

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 40-2012-OEFA/TFA

Lima, 16 AGO. 2012

VISTO:

El Expediente N° 2007-285 que contiene el recurso de apelación interpuesto por MINERA BARRICK MISQUICHILCA S.A. (en adelante, BARRICK) contra la Resolución Directoral N° 084-2011-OEFA/DFSAI de fecha 23 de setiembre de 2011 y el Informe N° 144-2012-OEFA/TFA/ST de fecha 08 de agosto de 2012;

CONSIDERANDO:

1. Por Resolución Directoral N° 084-2011-OEFA/DFSAI de fecha 23 de setiembre de 2011 (Fojas 782 a 792), notificada el 26 de setiembre de 2011, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos impuso a BARRICK una multa de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de cinco (5) infracciones; conforme al siguiente detalle¹:

N	HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCION
1	Efectuar calicatas sin autorización, para evaluar las arcillas, disturbando áreas donde se encuentran pastos naturales, las mismas	Artículo 7° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 038-98-EM ² .	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N°	10 UIT

¹ Corresponde precisar que de acuerdo al artículo 2° de la parte resolutive de la Resolución Directoral N° 084-2011-OEFA/DFSAI de fecha 23 de setiembre de 2011, se dispuso el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador en los siguientes extremos:

- a) Infracción al artículo 6° del Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades Minero-Metalúrgica aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM (en adelante RPAAMM). La empresa minera ha incumplido con sus compromisos ambientales del Estudio de Impacto Ambiental: 2) No se efectúa el monitoreo de calidad de aire de acuerdo a la frecuencia establecida.
- b) Infracción al artículo 6° del Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades Minero-Metalúrgica aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM (en adelante RPAAMM). La empresa minera ha incumplido con sus compromisos ambientales del Estudio de Impacto Ambiental: 3) No se determinó la concentración de dióxido de nitrógeno en el aire.

² DECRETO SUPREMO N° 038-98-EM. REGLAMENTO AMBIENTAL PARA LAS ACTIVIDADES DE EXPLORACION MINERA.

	que no fueron rehabilitadas inmediatamente después de haber concluido su utilización.		353-2000-EM-VMM ³ .	
2	No adoptar las medidas de previsión y control produciéndose empozamientos de los efluentes de lavado de equipos en zonas circundantes a dicha área, lo que ha impactado adversamente los suelos y las aguas subterráneas, lo que acredita que la empresa minera ha manejado inadecuadamente los efluentes de lavado de vehículos.	Artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM ⁴ .	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.	10 UIT
3	Incumplir con el compromiso del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Alto Chicama, aprobado mediante Resolución	Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM ⁵ .	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N°	10 UIT

Artículo 7°.- El Titular deberá iniciar las labores de rehabilitación de aquellas áreas perturbadas inmediatamente después de haber concluido su utilización, incluyendo las carreteras de acceso, las que se deberá efectuar cumpliendo con los lineamientos de la Guía.

(...)

³ **RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM-VMM. ESCALA DE MULTAS Y PENALIDADES A APLICARSE POR INCUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES DEL TUO DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA Y SUS NORMAS REGLAMENTARIAS.**

ANEXO

3. MEDIO AMBIENTE

3.1. Infracciones de las disposiciones referidas a medio ambiente contenidas en el TUO, Código del Medio Ambiente o Reglamento de Medio Ambiente, aprobado por D.S. N° 016-93-EM y su modificatoria aprobado por D.S. N° 059-93-EM; D.S. N° 038-98-EM, Reglamento Ambiental para Exploraciones; D. Ley N° 25763 Ley de Fiscalización por Terceros y su Reglamento aprobado por D.S. N° 012-93-EM, Resoluciones Ministeriales N°s. 011-96-EM/VMM, 315-96-EM/VMM ((R Ms.- de niveles máximos de efluentes y de emisiones gaseosas en la unidades mineras-metalúrgicas) y otras normas modificatorias y complementarias, que sean detectadas como consecuencia de la fiscalización o de los exámenes especiales el monto de la multa será de 10 UIT por cada infracción, hasta un máximo de 600 UIT. En los casos de pequeño productor minero la multa será de 2 UIT por infracción.

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

(...)

⁴ **DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO SOBRE PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE.**

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.

⁵ **DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO SOBRE PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE.**

	Directoral N° 118-2004-MEM/AAM: 1) No instalar una estación de monitoreo de calidad de aire en la zona este.		353-2000-EM-VMM.	
4	Incumplir con el compromiso del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Alto Chicama, aprobado mediante Resolución Directoral N° 118-2004-MEM/AAM: 4) El manejo de los residuos sólidos es ambientalmente inadecuado debido a que se encuentran acumulados en lugares no autorizados y expuestos en superficie en el relleno sanitario antiguo.	Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM.	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.	10 UIT
5	Incumplir el compromiso del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Alto Chicama, aprobado mediante Resolución Directoral N° 118-2004-MEM/AAM: 5) No efectuar el monitoreo de especies vegetales vulnerables trasladadas y de la comunidad vegetal de los alrededores de su nueva ubicación, así como de los suelos superficiales recuperados para la rehabilitación.	Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM.	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.	10 UIT
MULTA TOTAL				50 UIT

2. Mediante escrito de registro N° 012307 presentado con fecha 13 de octubre de 2011 (Fojas 794 al 812), y escrito de registro N° 011409 presentado con fecha 18 de

Artículo 6°.- Sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 225° de la Ley, es obligación del titular poner en marcha y mantener programas de previsión y control contenidos en el Estudio de Impacto Ambiental y/o Programas de Adecuación Y Manejo Ambiental, basados en sistemas adecuados de muestreo, análisis químicos, físicos y mecánicos, que permitan evaluar y controlar en forma representativa los afluentes o residuos líquidos y sólidos, las emisiones gaseosas, los ruidos y otros que puedan generar su actividad, por cualquiera de sus procesos cuando éstos pudieran tener un efecto negativo sobre el medio ambiente Dichos programas de control deberán mantenerse actualizados, consignándose en ellos la información referida al tipo y volumen de los afluentes o residuos y las concentraciones de las sustancias contenidas en éstos.

El tipo, número y ubicación de los puntos de control estarán de acuerdo a las características geográficas de cada región donde se encuentra ubicado el centro productivo. Estos registros estarán a disposición de la autoridad competente cuando lo solicite, bajo responsabilidad.

mayo de 2012 (Fojas 1082 a 1089), BARRICK interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 084-2011-OEFA/DFSAI, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

- a) Se ha vulnerado el Principio de Tipicidad toda vez que se ha impuesto una sanción por el incumplimiento de una obligación prevista en una norma que no es aplicable, ya que las actividades de efectuar calicatas para evaluar las arcillas es parte de la actividad de exploración minera, y las actividades mineras llevadas a cabo por BARRICK en su Unidad Minera "Alto Chicama" son de explotación y beneficio.

En ese sentido, las actividades ejecutadas corresponden a acciones previstas en el EIA de explotación de la Unidad Minera "Alto Chicama" así como al Plan de Cierre de Minas de la Unidad Minera "Alto Chicama" aprobado mediante Resolución Directoral N° 255-2009-MEM/AAM, por lo que BARRICK no puede ser imputable por la comisión de infracciones por actividades que corresponden a la etapa de exploración.

- b) La infracción imputada está referida al eventual incumplimiento de la obligación de implementar labores de rehabilitación de aquellas áreas perturbadas inmediatamente después de su utilización, por lo que no cabe la alusión a la falta de autorización en la Resolución recurrida, ya que ello no fue precisado en el Oficio de inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- c) No era técnicamente posible la rehabilitación de las áreas disturbadas, inmediatamente después de haber concluido su utilización, por lo que se estableció un Cronograma de Rehabilitación en 60 días, el mismo que se cumplió. Al momento de la supervisión, las calicatas se mantenían abiertas a la espera de obtener algunas muestras adicionales, lo cual responde a criterios técnicos. Además, la Resolución recurrida no acredita que las actividades llevadas a cabo hayan concluido.
- d) No se cumple con el requisito de la debida motivación establecido en el inciso 4 del artículo 3° y en el numeral 6.1 del artículo 6° de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General - LPAG, toda vez que no se ha acreditado el daño o efecto adverso ambiental por el hecho de que, en la Supervisión se evidenció que en el área de lavados de equipos pesados que no se adoptaron medidas de previsión y control produciéndose empozamientos de los efluentes de lavado de equipos en zonas circundantes a dicha área afectándose suelo natural, sino que más bien los reportes trimestrales presentados desde el año 2007 demuestran que no existe impacto alguno a las aguas superficiales o subterráneas en los puntos contiguos al área de lavado.
- e) Se ha vulnerado el Principio de Proporcionalidad porque no se ha tomado en cuenta que se han implementado medidas de control y previsión de lavaderos desde el inicio de operaciones bajo el procedimiento de Manejo de Aguas en Lavadero de Equipos del año 2007, resaltando que se cuenta con un sistema



de lavado de vehículos de circuito cerrado, es decir de recirculación y tratamiento de agua, así como con una poza de emergencia para contención de exceso de agua con trazas de hidrocarburos.

- f) Se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad respecto a que no se ha instalado una estación de monitoreo de calidad de aire en la zona este, por cuanto no se ha tomado en consideración que BARRICK ha realizado diversos monitoreos puntuales de calidad de aire en la Zona Este en cumplimiento del compromiso establecido en el EIA, cuyos resultados, al encontrarse por debajo de los Estándares de Calidad de Aire establecidos en el Decreto Supremo N° 074-2001-PCM, determinan que no existen fundamentos que sustenten la necesidad de una estación permanente en la Zona Este.
- g) Sobre la infracción respecto al manejo ambientalmente inadecuado de los residuos sólidos, existe incongruencia entre el hecho imputado que se refiere a que los residuos sólidos se encuentran acumulados en lugares no autorizados y expuestos en rellenos sanitarios antiguos, y la norma supuestamente incumplida (artículo 6° del RPAAM) que se refiere al incumplimiento a la obligación de poner en marcha y mantener programas de previsión y control contenidos en el EIA.

Además el EIA menciona la ubicación del relleno sanitario, la misma que se encuentra debidamente autorizada por el MINEM.

Con referencia a los residuos sólidos expuestos, se efectuaron movimientos de estos residuos para asegurar un factor de estabilidad observado al momento de la visita a campo; habiéndose corroborado con posterioridad que estos residuos ya están cubiertos por material de desmonte.

- h) Se ha vulnerado el Principio de Presunción de Veracidad con relación a no haber efectuado el monitoreo de especies vegetales vulnerables trasladadas y de la comunidad vegetal de los alrededores de su nueva ubicación, así como de los suelos superficiales recuperados para la rehabilitación, toda vez que sí se ha cumplido con efectuar dicho monitoreo, conforme a las carátulas e introducción de los reportes de monitoreo de especies vulnerables trasladadas en mina Lagunas Norte - Alto Chicama (cactáceas y orquídeas), y la entrega en formato digital con los puntos monitoreados de botaderos de suelos orgánicos recuperados durante la operación; lo cual es prueba suficiente para determinar el cumplimiento.
- i) Se ha vulnerado el Principio de Proporcionalidad por la incorrecta aplicación de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM a la luz de los principios recogidos en una ley posterior de alcance general como es la LPAG, al no aplicar criterios de gradualidad, sino multas fijas.

- 3. Asimismo, cabe agregar que en el Segundo Otrosí del citado recurso de apelación, BARRICK solicitó el uso de la palabra ante el Tribunal de Fiscalización Ambiental



del OEFA, el cual fue concedido mediante Decreto N° 012-2012-OEFA/TFA de fecha 17 de abril de 2012 y se llevó a cabo el 27 de abril de 2012, conforme consta en el Acta de Asistencia que se acredita a fojas 1080.

Competencia

4. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA)⁶.
5. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, el OEFA es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental⁷.
6. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley citada en el considerando precedente, dispone que mediante Decreto Supremo refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA⁸.

⁶ DECRETO LEGISLATIVO N° 1013. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE.
SEGUNDA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL.- CREACIÓN DE ORGANISMOS PÚBLICOS ADSCRITOS AL MINISTERIO DEL AMBIENTE

1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

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

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

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

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

Artículo 11°.- Funciones generales

Son funciones generales del OEFA: (...)

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

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

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- (...)

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

7. Con Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, publicado el 21 de enero de 2010, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN al OEFA; y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, publicada el 20 de julio de 2010, se estableció como fecha efectiva de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería del OSINERGMIN al OEFA, el 22 de julio de 2010.
8. De otro lado, es preciso mencionar que el artículo 10° de la citada Ley N° 29325, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA⁹.

Norma Procedimental Aplicable

9. Antes de realizar el análisis de los argumentos esgrimidos por la recurrente, resulta pertinente, en aplicación del Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establecer la norma procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes¹⁰.

⁹ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

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

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

Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

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

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

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

¹⁰ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo (...)

10. Siendo que a la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 640-2007-OS/CD, corresponderá observar el contenido normativo de dicho cuerpo legal.

Análisis

Protección constitucional al ambiente

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

Sobre el particular, cabe indicar que de acuerdo al numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993, constituye derecho fundamental de la persona “el gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”¹¹.

Ahora bien, a efectos de establecer el contenido del indicado derecho constitucional, conviene explicar aquello que se entiende por “ambiente”, por tratarse de un concepto consustancial al mismo. Al respecto, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 0048-2004-AI, en su Fundamento N° 27, señaló lo siguiente¹²:

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

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

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

¹¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: (...)

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

¹² La sentencia recaída en el Expediente 0048-2004-AI, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica:
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>

que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivos (plantas, animales y microorganismos).

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

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

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

En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros¹³.

Ahora bien, habiéndose precisado el concepto de ambiente, cabe señalar que de acuerdo a lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, el derecho fundamental previsto en el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política se encuentra integrado por¹⁴:

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

¹³ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 2°. Del ámbito.-

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

A mayor abundamiento, resulta oportuno citar la definición de Ambiente recogida en el Diccionario Ambiental (de FRAUME RESTREPO, Néstor Julio. ECOE ediciones, 2° edición. Bogotá, 2007) que señala lo siguiente:

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

¹⁴ La sentencia recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>

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

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

“Para el presente caso, interesa resaltar que la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsor del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar. La Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no soportarán.” (El resaltado es nuestro)

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

Sobre la existencia de calicatas efectuadas sin autorización y áreas perturbadas que no han sido rehabilitadas

12. Respecto a lo alegado en los literales a), b) y c) del numeral 2, corresponde señalar que es materia de análisis la normativa aplicada, de acuerdo a la etapa del ciclo minero, pues la recurrente alega que en la resolución recurrida se ha aplicado la normativa para la fase de exploración, cuando correspondía aplicar la normativa para la fase de explotación y beneficio que era la etapa en la que se encontraban las operaciones mineras de BARRICK.

Sobre el particular, el Oficio N° 176-2007-OS-GFM (Foja 438) precisado por la Carta N° 117-2011-OEFA-DFSAL (Fojas 620 al 621), mediante la cual se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador, precisa la conducta imputada conforme al siguiente detalle:

“Infracción al artículo 7° del Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera aprobado por Decreto Supremo N°038-98-EM (en adelante RAAEM). La empresa minera, en diversas partes de la unidad minera, efectuó calicatas para evaluar las arcillas, sin ninguna autorización. Como consecuencia se disturbaron áreas donde se



encuentran pastos naturales, dichas áreas no fueron rehabilitadas inmediatamente después de haber concluido su utilización”.

Dicha infracción es la que se encuentra en el cuadro del primer considerando de la presente Resolución, que se condice con lo indicado en el punto 2.1 del rubro II de la resolución recurrida.

Como es de verse, la norma infringida que generó la infracción imputada, es el artículo 7° del Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera aprobado por Decreto Supremo N° 038-98-EM, norma que se aplica a las actividades de exploración en las áreas concesionadas a los titulares mineros.

Sin embargo, es pertinente indicar que mediante Resolución Directoral N° 184-2005-MEM/DGM de fecha 14 de junio de 2005, la Dirección General de Minería otorgó a la recurrente el título de la concesión de beneficio “Alto Chicama” y autorizó el funcionamiento de la planta de beneficio, la misma cuya capacidad después fuera ampliada mediante Resolución Directoral N° 001-2006-MEM/DGM de fecha 03 de enero del 2006 (Fojas 16 al 17).

Asimismo, mediante escrito N° 1625785 de fecha 14 de agosto de 2006, la recurrente presentó el Plan de Cierre de Minas Lagunas Norte - Alto Chicama a la Dirección Regional de Energía y Minas, el mismo que a la fecha de la supervisión (que se realizó del 13 al 17 de agosto del 2007) no se encontraba aprobado¹⁵, sino hasta el 19 de agosto de 2009 mediante Resolución Directoral N° 255-2009-MEM/AAM¹⁶.

Es así que, luego de analizar el Informe Final del Plan de Cierre de Minas Lagunas Norte - Alto Chicama, se pudo verificar que dicho Plan contempla el uso de la arcilla para la construcción de Sistemas de Cobertura de baja permeabilidad de las instalaciones, el mismo que se prevé en grandes cantidades como material de préstamo de las principales instalaciones de la mina Laguna Norte.

Asimismo, luego de revisar el Informe Final del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Alto Chicama, aprobado por Resolución Directoral N° 118-2004-MEM-AAM de fecha 02 de abril de 2004, se verifica que el tema de estudios de arcilla está contemplado para la base de la pila de lixiviación, entre otros¹⁷.

¹⁵ Informe Final del Plan de Cierre de Minas Lagunas Norte- Alto Chicama preparado para Minera Barrick Misquichilca S.A. por la consultora Golder Associates Perú S.A. Ver: http://intranet.minem.gob.pe/Plone/Archivos/DGAAM/RE/RE_1625785.PDF

¹⁶ Ver contenido de Resolución Directoral N° 255-2009-MEM/AAM e informe final en: http://intranet.minem.gob.pe/Plone/Archivos/DGAAM/RD1/RD_255_2009_MEM_AAM.pdf

¹⁷ Ver contenido de Resolución Directoral N° 118-2004-MEM/AAM e informe final en: http://intranet.minem.gob.pe/Plone/Archivos/DGAAM/RD1/RD_118_2004_MEM_AAM.pdf

En ese sentido, se acredita que las actividades mineras llevadas a cabo por la recurrente se encontraban en la etapa de explotación y beneficio, y que el estudio de arcillas tenía relación con el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Alto Chicama aprobado por Resolución Directoral N° 118-2004-MEM-AAM de fecha 02 de abril de 2004, y con el Plan de Cierre de Minas Lagunas Norte - Alto Chicama presentado mediante escrito N° 1625785 de fecha 14 de agosto de 2006.

En consecuencia, al imputarse una infracción en base a una norma no aplicable a la recurrente, toda vez que el hecho imputado no corresponde a una actividad de la etapa de exploración, corresponde estimar los argumentos de la recurrente, por lo que se debe declarar fundada la Resolución recurrida en este extremo.

Al haberse pronunciado en este sentido, carece de objeto a este Colegiado pronunciarse respecto a lo alegado en los literales b) y c).

Sobre la falta de medidas de previsión y control en el área de lavados de equipos pesados

13. Respecto a lo alegado en los literales d) y e) del numeral 2, corresponde señalar que el artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM establece 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 tal sentido, corresponde al titular de la actividad la adopción de medidas de prevención y control, que se generen por acción u omisión, en cada una de las etapas de las operaciones mineras.

Además, BARRICK cuestiona la presencia de daño ambiental como elemento necesario para que se configure la infracción de acuerdo a la tipificación recogida en el numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM. En tal sentido, debe indicarse que el daño ambiental¹⁸ no forma parte del supuesto de

¹⁸ Al respecto, el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, define el daño ambiental como todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, tenga origen o no en la contravención a normas de protección y conservación del ambiente, cuyos efectos negativos pueden ser actuales o potenciales. De acuerdo a lo indicado, la definición de daño ambiental de la Ley N° 28611 recoge dos elementos de importancia:

- a) El primer elemento está referido a que el daño ambiental debe importar un menoscabo material al ambiente y/o a alguno de sus componentes.
- b) El segundo elemento está referido a que dicho menoscabo material genere efectos negativos, que pueden ser actuales o potenciales.

Respecto al primer elemento, cabe señalar que se refiere a toda afectación material de la calidad ambiental que se produce al emitir elementos contaminantes al ambiente o a alguno de los elementos que lo conforman, y que menoscaban su calidad física o química, alterando su estado natural en mayor o menor medida.

Respecto al segundo elemento, debe señalarse que éste se refiere a que en la configuración del daño ambiental no es indispensable que los efectos negativos del menoscabo material producido por las sustancias contaminantes al ambiente sean actuales, sino que resulta suficiente que dichos efectos negativos sean potenciales. Precisamente, los LMP se han

hecho que tipifica la infracción imputada a la recurrente, toda vez que solo se debe acreditar el incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM para configurar la infracción.

Sobre el particular, el Informe de Supervisión de las Normas de Conservación y Protección del Ambiente - Informe N° 17-MA-TEC-2007 elaborado por la supervisora E.F.E. Tecnología XXI S.A. señala a Fojas 31:

“Observación N° 6

En el área circundante a la poza del lavado de equipo pesado, se ha producido un empozamiento de agua, debido a la falta de estructuras hidráulicas para su flujo normal y/o evacuación.

Documento que sustenta la observación: Foto 9

Localización de observación: Poza de lavado de equipo pesado.

Recomendación N° 6

El responsable de la unidad minera debe implementar un plan de mejora del área adyacente a la poza de lavado del equipo pesado, para evitar el estancamiento de aguas que se producen por esta actividad.”

La supervisora señala que la infracción se acredita con la foto 9 (Foja 92) en la que efectivamente se muestra el área de lavado de equipo pesado con encharcamientos que demuestran el manejo ineficiente del agua.

Al respecto, BARRICK cuenta desde el año 2007 con un procedimiento denominado “Manejo de Aguas en Lavadero de Equipos” que tiene como objetivo tener un adecuado manejo y control del agua que se genera en el lavado de las unidades pesadas, siendo su alcance a las instalaciones del lavadero de equipos livianos y pesados (Fojas 829 a 831). En ese sentido, al advertirse la existencia de un estancamiento de aguas en el área adyacente a la poza de lavado del equipo pesado, se denota que no se está cumpliendo con el adecuado manejo y control de las aguas de lavado de equipo a través del procedimiento “Manejo de Aguas en Lavadero de Equipos” y en todo caso, tampoco está previendo ni controlando el manejo eficiente del agua en esta zona.

Dicho estancamiento de agua en el suelo, trae como consecuencia el asentamiento por disminución de la capacidad portante del terreno, desintegración del material conformante por humedecimiento, erosión en el material de cobertura, entre otros daños. Además, el lavado de maquinarias, equipos o vehículos en un área adyacente no asignada como en el presente caso, ocasiona que estas aguas empozadas que contienen disolventes, grasas de aceites, material particulado, residuos de combustibles sean arrastradas a los diferentes subsuelos, revelando un foco emisor de contaminación para el ambiente.

establecido explícitamente señalándose que su exceso causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano o al ambiente (numeral 32.1 del artículo 32° de la Ley N° 28611).

En ese sentido, al no haberse tomado medidas de previsión y control en el área de lavados de equipos pesados, pues de haberse tomado dichas medidas, no se hubiera producido el empozamiento de efluentes de lavado de equipos en la zona circundante a dicha área, se configura la infracción imputada por incumplimiento del artículo 5° del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, cumpliéndose de esta manera con el deber de motivación.

En consecuencia, corresponde desestimar lo alegado por BARRICK en este extremo.

Sobre el cumplimiento de los compromisos del Estudio de Impacto Ambiental-EIA del Proyecto "Alto Chicama" aprobado mediante Resolución Directoral N° 118-2004-MEM/AAM del 02 de Abril del 2004.

14. Respecto a lo alegado en los literales f), g) y h) del numeral 2, cabe indicar que en el marco del artículo 7° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, para el desarrollo de actividades de explotación el titular minero debe contar con un Estudio de Impacto Ambiental (en adelante, EIA), el que deberá ser presentado para su aprobación ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas, y abarcar, entre otros, los aspectos físico-naturales, biológicos, socio-económicos y culturales en el área de influencia del proyecto así como las medidas de prevención, mitigación o corrección a aplicar para lograr un desarrollo armónico entre las operaciones de la industria minera y el medio ambiente¹⁹.

En esa línea, los artículos 18° y 25° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, prevén que los Estudios de Impacto Ambiental en su calidad de instrumentos de gestión incorporan aquellos programas y compromisos que, con carácter obligatorio, tienen como propósito evitar o reducir a niveles tolerables, el impacto al medio ambiente generado por las actividades productivas²⁰.

¹⁹ **DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO PARA LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA ACTIVIDAD MINERO-METALÚRGICA.**

Artículo 7°.- Los titulares de la actividad minera deberán presentar:

2. Los titulares de concesiones mineras que, habiendo completado la etapa de exploración, proyecten iniciar la etapa de explotación, deberán presentar al Ministerio de Energía y Minas un Estudio de Impacto Ambiental del correspondiente proyecto.

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

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

²⁰ **LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.**

Artículo 18°.- Del cumplimiento de los instrumentos

En el diseño y aplicación de los instrumentos de gestión ambiental se incorporan los mecanismos para asegurar su cumplimiento incluyendo, entre otros, los plazos y el cronograma de inversiones ambientales, así como los demás programas y compromisos.

Artículo 25°.- De los Estudios de Impacto Ambiental

En ese sentido, una vez obtenida la Certificación Ambiental, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 55° del Reglamento de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-EM, será responsabilidad del titular de la actividad cumplir con todas las obligaciones contenidas en el Estudio de Impacto Ambiental para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, compensar y manejar los impactos ambientales²¹.

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

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

Sobre el particular, considerando que las infracciones materia de cuestionamiento por parte de BARRICK se refieren a incumplimientos de compromisos ambientales derivados del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto "Alto Chicama" aprobado mediante Resolución Directoral N° 118-2004-MEM/AAM del 02 de Abril del 2004²² (en adelante, EIA aprobado por Resolución Directoral N° 118-2004-MEM/AAM), corresponde realizar un análisis conjunto sobre el contenido de los mismos y la configuración de los hechos que sustentaron su incumplimiento, conforme al siguiente detalle:

Los Estudios de Impacto Ambiental - EIA son instrumentos de gestión que contienen una descripción de la actividad propuesta y de los efectos directos o indirectos previsibles de dicha actividad en el medio ambiente físico y social, a corto y largo plazo, así como la evaluación técnica de los mismos. Deben indicar las medidas necesarias para evitar o reducir el daño a niveles tolerables e incluirá un breve resumen del estudio para efectos de su publicidad. La ley de la materia señala los demás requisitos que deban contener los EIA.

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

Artículo 55°.- Resolución aprobatoria

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

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

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

²² Ver Resolución Directoral N° 118-2004-MEM/AAM e Informe N° 001-2004/MEM-AAM/LS/EA/AL/FO/LV E en: http://intranet.minem.gob.pe/Plone/Archivos/DGAAM/RD1/RD_118_2004_MEM_AAM.pdf

- a) Infracción detallada como hecho imputado N° 3 en el cuadro contenido en el numeral 1 de la presente resolución, por incumplimiento de la instalación de una estación de monitoreo de calidad de aire en la Zona Este, descrita en el Informe N° 118-2004/MEM-AAM/EA/AD/MR que forma parte del EIA aprobado por Resolución Directoral N° 118-2004-MEM/AAM, consistente en:

Medidas de manejo social y ambiental

- Entre las medidas de prevención, mitigación y control consideradas en el EIA se encuentran las siguientes: (...)
 - Con relación al control PM10, MBM asume el compromiso de establecer una estación de monitoreo al Oeste del área de los límites de la propiedad donde los pronósticos han dado como resultados una excedencia del ECA de aire, con la finalidad de comprobar el cumplimiento de los referidos estándares y demostrar que las concentraciones que se obtengan serán inferiores a las concentraciones pronosticadas. Adicionalmente, se establecerán dos estaciones una al Este y otra cerca del pad de lixiviación. (el subrayado es nuestro)

Al respecto, la recurrente señala que no existe la estación de monitoreo de calidad de aire en la zona este de la unidad minera, porque los diversos monitoreos efectuados no justifican el establecimiento permanente de dicha estación. Alega también que no se ha tomado en consideración que el Plan de Manejo Ambiental del EIA prevé que el muestreador de alto volumen se ubicará en función de los resultados del modelo de dispersión del EIA.

Sobre el incumplimiento, el Informe de Supervisión de las Normas de Conservación y Protección del Ambiente- Informe N°17-MA-TEC-2007 elaborado por la supervisora E.F.E. Tecnología XXI S.A. señala en el ítem 20 de la Tabla III-1 Estado Actual de Implementación de compromisos ambientales del EIA "Alto Chicama", a fojas 42:

Estado de implementación

*MBM ha instalado una estación de monitoreo al Oeste del área de los límites de la propiedad (ESCA-01), en la zona de pasivos ambientales; y otra estación en las inmediaciones de la pila de lixiviación (ESCA-02). Sin embargo, **no se tienen estaciones oficiales al Este de las instalaciones.** En fiscalizaciones anteriores, se ha monitoreado el Campamento Terrazas y en la presente se ha monitoreado en las inmediaciones de la estación meteorológica. Implementación parcial." (El resaltado en negrita es nuestro)*

En ese sentido, la recurrente solicitó la modificación del Estudio de Impacto Ambiental mediante escrito N° 1961503 de fecha 03 de febrero del 2010 y aprobado mediante Resolución Directoral N° 255-2010-MEM-AAM del 06 de agosto de 2010²³, sin embargo ello fue muy posterior a la fecha de la supervisión, la misma que se llevó a cabo del 13 al 17 de agosto de 2007.

Asimismo, sobre la ubicación del muestreador de alto volumen²⁴ que se alega²⁵, ello no exonera el cumplimiento del compromiso del EIA en el sentido del establecimiento de la estación de calidad de aire en la zona este, la misma que junto con la estación de calidad de aire cerca del pad de lixiviación, son adicionales a la estación de calidad de aire al oeste.

En consecuencia, los argumentos expuestos por la recurrente no desvirtúan la infracción imputada.

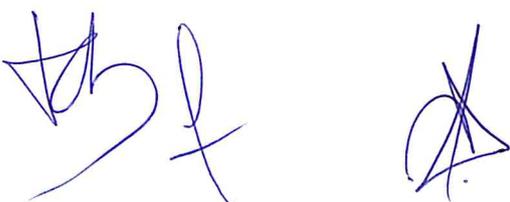
- b) Infracción detallada como hecho imputado N° 4 en el cuadro contenido en el numeral 1 de la presente resolución sobre el manejo inadecuado de los residuos sólidos, descrita en el Informe N° 118-2004/MEM-AAM/EA/AD/MR que forma parte del EIA aprobado por Resolución Directoral N° 118-2004-MEM/AAM, consistente en:

²³ Ver contenido de Resolución Directoral N° 118-2004-MEM/AAM en: http://intranet.minem.gob.pe/Plone/Archivos/DGAAM/RD1/RD_255_2010_MEM_AAM.pdf

²⁴ El muestreador de alto volumen es una unidad totalmente automática que permite recoger con precisión muestras de aire dosificadas.

²⁵ Al respecto, en la página 13 del Plan de Manejo del Estudio de Impacto Ambiental "Alto Chicama" aprobado por Resolución Directoral N° 118-2004-MEM-AAM sobre Lugar de Monitoreo (Fojas 470) se señala:
"Lugar de Monitoreo
El muestreador de alto volumen se ubicará en función de los resultados del modelo de dispersión del EIA (Sección C). El lugar se ubicará en la dirección del viento, cerca al lugar donde se anticipa que podría ocurrir la máxima concentración diaria de PM₁₀".

Ver: http://intranet.minem.gob.pe/Plone/Archivos/DGAAM/RD1/RD_118_2004_MEM_AAM.pdf



Medidas de manejo social y ambiental

- Entre las medidas de prevención, mitigación y control consideradas en el EIA se encuentran las siguientes: (...)
 - *Los desmontes serán clasificados de acuerdo a la capacidad reactiva de generar DAR o material no generador de DAR, por lo que serán dispuestos en dos botaderos.*
 - *Para el manejo de los residuos domésticos se considera la construcción de un relleno sanitario; asimismo se dispondrá de estaciones de transferencia de desechos, a fin de mejorar la eficiencia y control de recolección de desechos.*
 - *Para la etapa de construcción se construirá un relleno sanitario en la zona del botadero Oeste.*

Sobre el incumplimiento imputado, el Informe N°17-MA-TEC-2007 elaborado por la supervisora E.F.E. Tecnología XXI S.A en el ítem 27 de la Tabla III-1 Estado Actual de Implementación de compromisos ambientales del EIA "Alto Chicama" a Fojas 43, la supervisora indica:

Estado de Implementación:

"La unidad cuenta con un relleno sanitario para residuos domésticos que tiene algunas deficiencias en su operación (foto 4). Se cuenta con una estación de transferencia (foto 24). Implementación parcial."

Revisada la foto 4 a Fojas 89 se evidencia un área donde existe movimiento de tierras en la base del depósito de desmontes que ha provocado la exposición de los residuos sólidos.

Ello originó la observación N° 1 sobre Observaciones y Recomendaciones de la Fiscalización Ambiental que forma parte del Informe N° 17-MA-TEC-2007 elaborado por la supervisora E.F.E. Tecnología XXI S.A a Fojas 29:

"En el extremo norte del depósito de desmontes "Este" se han identificado residuos sólidos expuestos como consecuencia de la remoción de material de cobertura del relleno sanitario antiguo, por encontrarse en una zona en donde se proyectará el crecimiento del depósito de desmonte Este.

Documento que sustenta la observación: Foto 4

Localización de observación: Zona Norte del Depósito de desmontes "Este" (antiguo relleno sanitario)"



Ello ha derivado en la conclusión B del Informe N° 17-MA-TEC-2007 elaborado por la supervisora E.F.E. Tecnología XXI S.A. que se describe a Fojas 35:

“Se han identificado deficiencias significativas en el manejo de residuos sólidos domésticos, debido al manejo inapropiado de áreas de relleno sanitario que han sido cerradas, pero que por labores de operación en el depósito de desmontes Este, han descubierto los residuos generando un impacto negativo sobre el entorno”.

Se acredita entonces que los residuos sólidos se encontraban acumulados y expuestos en la superficie en el relleno sanitario antiguo, configurándose el incumplimiento al EIA al no existir eficiencia y control de los desechos.

Sobre la incongruencia que se alega entre el hecho imputado que se refiere a que los residuos sólidos se encuentran acumulados en lugares no autorizados y expuestos en rellenos sanitarios antiguos, y la norma supuestamente incumplida (artículo 6° del RPAAM), este Colegiado encuentra que no es tal, pues al advertirse residuos sólidos acumulados y expuestos en la superficie del relleno sanitario antiguo, se evidencia que no se cumple con la eficiencia y control de desechos establecido como compromiso del EIA, lo cual denota que se ha incumplido la obligación de poner en marcha y mantener programas de previsión y control contenidos en el Estudio de Impacto Ambiental, cuyos compromisos están involucrados, lo cual constituye infracción.

Sobre la condición de exposición de los residuos sólidos, la recurrente alega que ello se debió a un factor de estabilidad observado al momento de la visita a campo. Sin embargo, no se acredita que ello implique que los residuos deban quedar expuestos de la forma como se ha advertido en la supervisión, por lo cual no exime a BARRICK del incumplimiento del compromiso.

Pese a lo indicado por la recurrente, revisados los anexos del Plan de Manejo Ambiental del EIA “Alto Chicama” (Fojas 502 a 515), se verifica que se construirá un relleno sanitario dentro de la zona del Botadero de Desmonte Este y en él se almacenarán residuos sólidos no peligrosos, desmonte de la construcción y ceniza del incinerador que se generen durante la fase de construcción; y que *“serán construidos como una trinchera de disposición de rellenos utilizando los suelos excavados (de la trinchera) como una cobertura diaria. La cobertura diaria complementaria puede incluir también suelo tratado en la instalación de bioremediación...”* (Punto 3.3 del Anexo 3, Foja 505).

Es así que se acredita el incumplimiento imputado pues los residuos debieron estar cubiertos y no expuestos como verificó la supervisora durante la supervisión realizada.

En ese sentido, la implementación de la recomendación y levantamiento de la observación en el plazo establecido, para cubrir los residuos sólidos, no exime

a BARRICK de la responsabilidad por la infracción incurrida al momento de la supervisión. Cabe indicar, que de acuerdo al artículo 8^o²⁶ de la Resolución de Consejo Directivo N° 640-2007-OS/CD, la verificación del cese de la infracción no exime de responsabilidad al administrado ni substraer la materia sancionable.

En consecuencia, las alegaciones de la recurrente no desvirtúan la infracción imputada.

- c) Infracción detallada como hecho imputado N° 5 en el cuadro contenido en el numeral 1 de la presente resolución sobre no efectuar el monitoreo de especies vegetales vulnerables, descrita en el Informe N° 118-2004/MEM-AAM/EA/AD/MR que forma parte del EIA aprobado por Resolución Directoral N° 118-2004-MEM/AAM, consistente en:

Medidas de manejo social y ambiental

- Entre las medidas de prevención, mitigación y control consideradas en el EIA se encuentran las siguientes: (...)
 - Adicionalmente, **se considera el monitoreo del suelo superficial, de la vegetación trasladada** (para preservar algunas especies claves de la zona), del suelo rehabilitado y de la vegetación, así como monitoreo de biodiversidad.

Sobre el incumplimiento, cabe precisar que en el Informe N°17-MA-TEC-2007 elaborado por la supervisora E.F.E. Tecnología XXI S.A. en el ítem 30 de la Tabla III-1 Estado Actual de Implementación de compromisos ambientales del EIA "Alto Chicama" a Fojas 43, la supervisora indica:

"Estado de Implementación

*Se cuenta con un depósito de top-soil y un procedimiento para su remoción. Sin embargo **no se tiene evidencia de contar con un monitoreo de suelo superficial de vegetación** (foto 23).*

Implementación parcial." (El resaltado en negrita es nuestro)

²⁶ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA OSINERGMIN N° 640-2007-OS/CD. REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE OSINERGMIN

Artículo 8°.- Verificación de la infracción

La verificación del cese de la infracción no exime de responsabilidad al administrado ni substraer la materia sancionable, salvo el supuesto contemplado en el artículo 34 del presente Reglamento.

Revisada la foto 23, se evidencia el desarrollo de actividades en el depósito de top-soil. Sin embargo, la supervisora no ha podido evidenciar el monitoreo de suelo superficial y vegetación.

De la revisión del expediente, se puede advertir la existencia de dos informes sobre el Programa de Traslados de Cactáceas y Orquídeas: parte del Informe Final del Segundo Monitoreo del Programa de Traslado de Cactáceas y Orquídeas de fecha 02 de abril de 2007 (Fojas 516 al 520) y parte del Informe Final de Monitoreo del Programa de Traslado de Cactáceas y Orquídeas de fecha 08 de febrero de 2006 (Fojas 521 al 525).

Por lo demás, la recurrente alega que se entregó en su momento el formato digital con los puntos monitoreados de botaderos de suelo orgánico recuperado, y que podía entregar los reportes completos si la supervisora lo requería. Sin embargo, ni el formato digital ni los reportes completos, constan en el expediente, salvo el Informe de Monitoreos de Suelos Orgánicos que se adjunta como anexo del recurso de apelación (Fojas 1048 al 1059) pero que no tienen fecha cierta, y los Informes de Análisis de Suelos (Fojas 1060 al 1073) son de fecha 28 de setiembre de 2007, es decir, con posterioridad a la supervisión.

Ante ello, en aplicación del numeral 21.4 del artículo 21° de la Resolución N° 640-2007-OS-CD²⁷, el informe de la Supervisora respecto al Estado de Implementación del compromiso del EIA que indica que “no se tiene evidencia de contar con un monitoreo de suelo superficial de vegetación” se tiene por cierto, no habiendo acreditado la recurrente prueba en contrario siendo que correspondía a ella presentar los medios de prueba que sustenten lo alegado sin que sea necesario el requerimiento de la autoridad, a fin de desvirtuar el contenido del mencionado Informe, lo que no ocurrió.

En ese sentido, el compromiso asumido en el EIA no ha sido implementado totalmente, al no acreditarse haber realizado labores de monitoreo del suelo superficial.

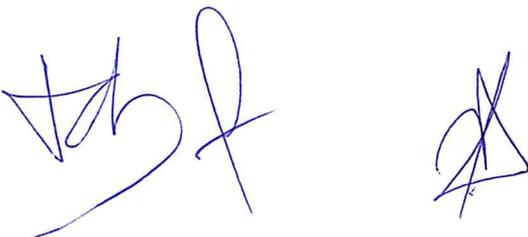
En consecuencia, corresponde desestimar lo alegado por BARRICK en este extremo.

²⁷ RESOLUCION N° 640-2007-OS-CD.APRUEBAN REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE OSINERGMIN.

Artículo 21°.- Inicio del Procedimiento

(...)

21.4. Los Informes Legales, Informes Técnicos, Actas Probatorias, Cartas de Visita de Fiscalización, Actas de Supervisión, constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario.



Sobre la vulneración al Principio de Proporcionalidad

15. Respecto a lo alegado en el literal i) del numeral 2, corresponde señalar que de acuerdo al numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, que tipifica los ilícitos administrativos imputados a la apelante, éstos se encuentran sancionados con multas de diez (10) UIT:

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 (...), que sean detectadas como consecuencia de la fiscalización o de los exámenes especiales el monto de la multa será de 10 UIT por cada infracción, hasta un máximo de 600 UIT. En los casos de pequeño productor minero la multa será de 2 UIT por infracción. (el subrayado es nuestro)

En el presente caso, se trata de una multa establecida taxativamente, no siendo posible hacer la graduación, sino la aplicación de la norma al caso concreto, el mismo que ha sido acreditado.

Sobre el particular, habiéndose acreditado objetivamente al interior del presente procedimiento que la recurrente incumplió los artículos 5° y 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM toda vez que no cumplió sus obligaciones ambientales, y sus compromisos ambientales, correspondía aplicar la sanción prevista en el numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, la que asciende a diez (10) UIT.

Conforme a lo expuesto, se constata que la multa total impuesta se determinó de acuerdo a la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, correspondiendo declarar infundado el recurso de apelación en este extremo.

En consecuencia, por las razones alegadas, corresponde desestimar los argumentos expuestos por BARRICK en todos estos extremos.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 29325, Ley del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental; Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA y Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA; con la participación de los vocales José Augusto Chirinos Cubas, Francisco José Olano Martínez y Verónica Violeta Rojas Montes.

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- DECLARAR FUNDADO en parte el recurso de apelación presentado por MINERA BARRICK MISQUICHILCA S.A. contra la Resolución Directoral

N° 084-2011-OEFA/DFSAI de fecha 23 de setiembre de 2011, en el extremo referido a la infracción por incumplimiento al artículo 7° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 038-98-EM, e **INFUNDADO** en los demás extremos, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución; quedando agotada la vía administrativa.

Artículo Segundo.- MODIFICAR la multa impuesta, fijándola en cuarenta (40) UIT y **DISPONER** que el monto sea depositado por la recurrente en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicar al momento de la cancelación al banco el número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA

Artículo Tercero.- NOTIFICAR la presente resolución a MINERA BARRICK MISQUICHILCA S.A. y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

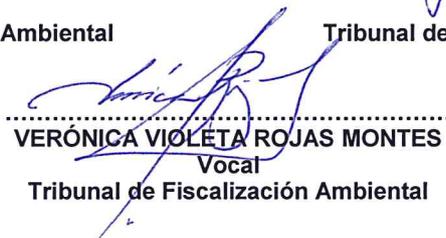
Regístrese y comuníquese.



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



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



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

