

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 056-2014-OEFA/TFA

EXPEDIENTE : N° 023-2013-OEFA/DFSAI/PAS
ADMINISTRADO : COMPAÑÍA MINERA MISKI MAYO S.R.L.
SECTOR : MINERÍA
APELACIÓN : RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 518-2013-OEFA-DFSAI

SUMILLA: "Se declara la nulidad de oficio de la resolución de primera instancia, toda vez que la imputación efectuada a Miski Mayo está referida a la idoneidad del alcance del compromiso ambiental aprobado por el Ministerio de Energía y Minas y no al incumplimiento de dicho compromiso."

Lima, 08 ABR. 2014

I. ANTECEDENTES

1. Compañía Minera Miski Mayo S.R.L.¹ (en adelante, Miski Mayo) es titular de la unidad minera Bayóvar, ubicada en el distrito y provincia de Sechura, departamento de Piura.
2. Del 22 al 25 de setiembre de 2011, la Dirección de Supervisión del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA) realizó una supervisión especial en la unidad minera Bayóvar de propiedad de Miski Mayo.
3. Durante la supervisión, la Dirección de Supervisión del OEFA verificó la presencia de material particulado al momento de la descarga del concentrado a través del

¹ Registro Único de Contribuyente N° 20506285314.

shiploader a las bodegas del buque, conforme se desprende del Informe N° 873-2012-OEFA/DS (en adelante, Informe de Supervisión)².

4. El 18 de enero de 2013, la Sub Dirección de Instrucción de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (en adelante, DFSAI) del OEFA notificó a Miski Mayo la Resolución Subdirectoral N° 028-2013-OEFA-DFSAI/SDI³, comunicándole el inicio de un procedimiento administrativo sancionador por incumplimiento al compromiso asumido en su Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de Fosfatos de Bayóvar aprobado por Resolución Directoral N° 084-2008-MEM/AAM del 17 de abril del 2008 (en adelante, EIA Fosfatos de Bayóvar) atendiendo al hecho verificado en la supervisión.
5. El 8 de febrero de 2013, Miski Mayo presentó a la DFSAI del OEFA su escrito de descargos respecto a la imputación realizada mediante Resolución Subdirectoral N° 028-2013-OEFA-DFSAI/SDI⁴.
6. El 12 de noviembre de 2013, la DFSAI emitió la Resolución Directoral N° 518-2013-OEFA-DFSAI⁵, a través de la cual impuso a Miski Mayo multa de diez (10) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de una (1) infracción, conforme se detalla a continuación⁶:

Cuadro N° 1: Infracción y sanción

Hecho imputado	Norma incumplida	Tipificación	Sanción
El método de carga de concentrado a las bodegas del buque (shiploader) no es el adecuado por cuanto está debidamente acreditado que esparce	Artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM ⁷ .	Numeral 3.1 del Punto 3 del Anexo	10 UIT

² Fojas 2 a 664.

³ Fojas 665 a 668.

⁴ Fojas 671 a 798. Complementado mediante escrito presentado el 5 de abril de 2013 (Fojas 800 a 803).

⁵ Fojas 837 a 848.

⁶ De acuerdo al Artículo 2° de la parte resolutive de la Resolución Directoral N° 518-2013-OEFA-DFSAI, se dispuso el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador en el extremo referido a la infracción al artículo 6 del Decreto Supremo N° 016-93-EM, respecto de la poza provisional (poza cero) que desbordó y ocasionó el incidente ambiental que inundó la mina de sal perteneciente a la Comunidad Campesina de San Martín de Sechura, se debió a que el muro de contención se ha construido rudimentariamente (sin forma) ya que debe tener la forma de un trapecio.

⁷ Decreto Supremo N° 016-93-EM, Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica, publicado en el diario oficial El Peruano el 01 de mayo de 1993.

"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 efluentes o residuos líquidos y sólidos, las emisiones gaseosas, los ruidos y otros que puedan generar su actividad, por cualquiera de sus procesos cuando éstos pudieran tener un efecto negativo sobre el medio ambiente.

Dichos programas de control deberán mantenerse actualizados, consignándose en ellos la información referida al tipo y volumen de los efluentes o residuos y las concentraciones de las sustancias contenidas en éstos.

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

volúmenes de material particulado (concentrado de fosfatos con partículas finas) que probablemente afecta la zona de influencia de la descarga.		de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ⁸	
Multa			10 UIT

Fuente: DFSAI

7. Asimismo, la Resolución Directoral N° 518-2013-OEFA-DFSAI⁹ dispuso que Miski Mayo cumpliera la siguiente medida correctiva:

- i) El encapsulamiento de las instalaciones a fin de evitar que se genere material particulado, al momento de ejecutar la carga de concentrados a las bodegas de los barcos (shiploader).
- ii) Miski Mayo deberá acreditar la adopción de acciones conducentes a realizar el referido encapsulamiento u otro mecanismo que evite la dispersión de material particulado.

Fundamentos jurídicos de la Resolución Directoral N° 518-2013-OEFA-DFSAI

- (i) La legalidad de la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM (en adelante, Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM), deviene entre otras normas del Decreto Supremo N° 014-92-EM, que aprobó el TULO de la Ley General de Minería (en adelante, Decreto Supremo N° 014-92-EM) donde se atribuyó a la administración pública la facultad de sancionar a los titulares mineros que infringen obligaciones o disposiciones reglamentarias entre ellas la relativa a la protección del medio ambiente.
- (ii) La Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM cumple con el principio de tipicidad en cuanto a la exigencia del tipo infractor, toda vez que establece las conductas infractoras de manera suficiente para que el titular minero pueda determinar sus obligaciones bajo criterios lógicos, técnicos o de experiencia.
- (iii) El sujeto que remite la información a la autoridad instructora respecto de los hechos que pudieran constituir un ilícito administrativo no necesita ostentar

⁸ 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, publicada en el diario oficial El Peruano el 2 de setiembre de 2000.

ANEXO

*3. MEDIO AMBIENTE

3.1. Infracciones de las disposiciones referidas a medio ambiente contenidas en el TULO, 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. (...)*

⁹ Mediante Resolución Directoral N° 523-2013-OEFA/DFSAI se dispuso aclarar la medida correctiva impuesta mediante la resolución de sanción (Fojas 852 a 856).

algún tipo de calificación especial, como pertenecer a un colegio profesional o estar habilitado.

- (iv) El Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA no contempla la emisión de un informe de instrucción.
 - (v) El OEFA tiene competencia para fiscalizar el cumplimiento de los compromisos establecidos en los instrumentos de gestión ambiental conforme al artículo 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, Ley N° 29325).
 - (vi) Miski Mayo no cumplió con el objetivo ambiental del compromiso establecido en el EIA Bayóvar, toda vez que el shiploader no eliminó la posibilidad de que el concentrado de fosfato sea arrastrado por el viento durante las operaciones de carga.
 - (vii) Se impone medida correctiva de paralización debido al incumplimiento del compromiso establecido en el EIA Bayóvar, teniendo en cuenta que la zona de influencia de la descarga está siendo afectada por el material particulado PM_{2.5} proveniente de los concentrados de fosfatos, que son transportados por el efecto eólico.
8. El 4 de diciembre de 2013¹⁰, Miski Mayo apeló la Resolución Directoral N° 518-2013-OEFA-DFSAI, solicitando que este Tribunal declare, indistintamente, la nulidad o la revocación de la misma.

Fundamentos jurídicos del recurso de apelación

- 
- a) En la imputación de cargos se señaló que Miski Mayo habría incumplido con la instalación de la cobertura de la parte superior de la faja y por ello se produjo la dispersión de material particulado al ambiente. Sin embargo, la resolución apelada varió el sentido de la imputación y señaló que si bien Miski Mayo cumplió con su compromiso ambiental de contar con una manga cubierta para el carguío de concentrado, no incluyó el método que elimine la posibilidad de que el concentrado sea arrastrado por el viento.

Dicha situación implica la nulidad de la resolución apelada pues se le ha impuesto una sanción por un hecho que no se le imputó en el procedimiento.

- 
- b) Se ha vulnerado los principios de legalidad y tipicidad, previstos en los numerales 1 y 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, Ley N° 27444) pues el Decreto Supremo N° 016-93-EM, que aprueba el Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica (en adelante, Decreto Supremo N° 016-93-EM) y la Resolución Ministerial N° 353-200-EM/VMM no tienen rango de ley para tipificar las infracciones imputadas.

¹⁰ Con registro N° 36067 (Fojas 978 al 1119).

- c) Se ha vulnerado el principio de tipicidad antes referido, toda vez que la Resolución Ministerial N° 353-200-EM/VMM es una norma sancionadora en blanco pues no define con precisión las conductas constitutivas de infracción administrativa sancionable, limitándose a señalar como infracción el incumplimiento de obligaciones derivadas de diversas normas legales allí estipuladas.
- d) Se ha vulnerado el principio de tipicidad en mención, toda vez que el hecho imputado no configura el tipo de la obligación prevista en el artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM. De acuerdo con dicha norma solo se encontraría obligada a contar con sistemas actualizados para tomar muestras y realizar análisis que le permitan monitorear los efectos de las emisiones al ambiente; por lo que la conducta tipificada en el artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM no guarda relación con los hechos contenidos en la imputación de cargos y la resolución apelada.
- e) Se ha vulnerado el principio del debido procedimiento, previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, toda vez que no se le notificó el informe de instrucción a fin de que presente sus alegatos antes de la emisión de la decisión de primera instancia.
- f) La supervisión fue realizada por Leonor Carmen Méndez Quincho, ingeniera que no se encontraba habilitada de acuerdo a la documentación remitida por el Colegio de Ingenieros del Perú; siendo ello así, el Informe de Supervisión carece de valor probatorio en el presente procedimiento administrativo sancionador pues no tiene validez desde que fue suscrita por dicha profesional, conforme con lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 016-2008-VIVIENDA que aprueba el Reglamento de la Ley N° 28858 (en adelante, Decreto Supremo N° 016-2008-VIVIENDA) que precisa que los informes emitidos por ingenieros que no se encuentren habilitados en el ejercicio de sus funciones, no tienen efectos legales.

Esta situación ya fue materia de análisis por el Tribunal de Fiscalización Ambiental en la Resolución N° 082-2013-TFA/OEFA.

- g) No obstante que los monitoreos en los puntos de control aprobados en el EIA Bayóvar reportaron valores por debajo de los ECA para los parámetros PM₁₀ y PM_{2.5}; la resolución apelada se ha basado en un supuesto de afectación al ambiente en la zona de operación de la descarga de concentrados.
- h) No se ha probado la causalidad entre la supuesta afectación al ambiente con el manejo de sus operaciones. No es responsable de ocasionar impactos en la bahía de Sechura pues hay estudios técnicos¹¹ que acreditan la existencia

¹¹ Tales como el Informe Técnico realizado por IMARPE que se adjuntó como Anexo E del recurso de apelación, la evaluación de la calidad marina de la bahía de Sechura (Anexo F), el Informe N° 266-2013-OEFA-DE/SDCA (Anexo G).

de factores externos que causan impactos ambientales en la citada bahía. Por ello existe una ruptura del nexo causal a su favor por caso fortuito (afloramiento natural y estado del mar) y por hecho de terceros (acciones de agentes contaminantes) que la exime de responsabilidad.

- i) La medida correctiva resulta innecesaria pues al momento del dictado de la misma, ya se había implementado las acciones correctivas respecto al encapsulamiento de las fajas transportadoras y se contaba con el estudio sobre la materia que fue ordenada.

No se puede imponer una medida correctiva sobre una conducta que no se ha acreditado como el generador del efecto negativo al ambiente. Por ello no es válido sustentar el presunto efecto nocivo en virtud del informe emitido por PetroPerú, toda vez que el mismo no acredita la afectación a la salud de la población y la de los recursos naturales.

La referida medida también resulta desproporcional puesto que se ordenó la paralización de todas las actividades a pesar que las actividades de explotación, beneficio y transporte no están vinculadas al presente procedimiento, a pesar que posteriormente se ordenó la aclaración del caso; pero ello igual ha producido un perjuicio económico a la administrada.

9. Asimismo, en su recurso de apelación, Miski Mayo solicitó el uso de la palabra ante el Tribunal de Fiscalización Ambiental, el mismo que se concedió mediante Proveído N° 003-2014/OEFA-TFA-ST del 22 de enero de 2014¹² y se realizó el 28 de enero de 2014, conforme se aprecia del acta respectiva¹³.

II. COMPETENCIA

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 Ambiente¹⁴, se crea el OEFA.
11. Según lo establecen los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental¹⁵ (en adelante, Ley N° 29325), el

¹² Foja 1122.

¹³ Foja 1126.

¹⁴ 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."

¹⁵ 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.

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 establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA¹⁶.
13. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM¹⁷ se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental del Osinergmin¹⁸ al OEFA, y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de julio de 2010¹⁹, 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.

¹⁶ "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.

Ley N° 29325.

"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."


¹⁶ 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."


¹⁷ 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."


¹⁸ 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 OSINERGMIN

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


¹⁹ Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD, aprueban aspectos objeto de la transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería entre el OSINERGMIN y el OEFA, publicada 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."

14. Por otro lado, el artículo 10° de la Ley N° 29325²⁰, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM²¹, y el Artículo 3° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución N° 032-2013-OEFA/CD²², disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

III. 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)²³.
16. En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente²⁴, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos,

²⁰ 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."

²¹ 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."

²² Resolución de Consejo Directivo N° 032 - 2013-OEFA/CD, que aprueban el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 02 de agosto de 2013.

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

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

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-AI. Fundamento jurídico 27.

²⁴ Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de octubre de 2005.

"Artículo 2°.- Del ámbito

(...)

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 esa situación, cada Estado define cuánta 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 elevar a rango constitucional el 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 ambiente²⁵.
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*²⁶ cuyo contenido esencial lo integra el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida; y el derecho a que dicho ambiente se preserve²⁷; y, (iii) como *conjunto de obligaciones* impuestas a autoridades y particulares en su calidad de contribuyentes sociales²⁸.
20. 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

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."

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC.

²⁶ 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."

²⁷ 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".

²⁸ 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.

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 inciertos²⁹.

21. En tal contexto, 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.
22. Bajo este marco constitucional que tutela el ambiente adecuado y su preservación, este Tribunal interpretará las disposiciones generales y específicas, así como las obligaciones de los particulares en el marco de la tramitación del procedimiento administrativo sancionador.

IV. CUESTIONES CONTROVERTIDAS A RESOLVER

23. La resolución de las controversias planteadas en el presente caso se puede realizar a partir del análisis de los aspectos relevantes de las cuestiones controvertidas en el expediente. De acuerdo con esta metodología, las respuestas a las controversias jurídicas, formuladas a modo de preguntas principales que a su vez se pueden sustentar en preguntas y respuestas secundarias, resuelven la controversia planteada³⁰.
24. A juicio del Tribunal, la única cuestión controvertida en el presente caso, es determinar si:

Única cuestión controvertida: Si correspondía imputar a Miski Mayo que es inadecuado el método de carga de concentrado a las bodegas del buque (shiploader)

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03048-2007-PA/TC. Fundamento jurídico 9.

³⁰ Una metodología para el trabajo jurídico similar a la adoptada por el Tribunal es propuesta por Marcial Rubio Correa que señala lo siguiente:

"Del cotejo de los hechos de la realidad y los elementos aportados al caso por el sistema jurídico, aparecen los problemas que deben ser solucionados desde el Derecho. Los problemas son de dos tipos: principales (o centrales) y accesorios (o secundarios), ambos importantes. El problema principal es aquel cuya respuesta resuelve el caso planteado (...). Los problemas accesorios son los que contribuyen a resolver el problema principal (...). Los problemas deben ser formulados clara y distintamente (primera regla de Descartes) y analizados hasta en sus unidades de problema más elementales (segunda regla)".

Ver: RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Sexta Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1993. pp. 360 - 361.

V. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

V.1. Única cuestión controvertida: Si correspondía imputar a Miski Mayo que es inadecuado el método de carga de concentrado a las bodegas del buque (shiploader)

25. Antes de emitir un pronunciamiento respecto a los argumentos esgrimidos por Miski Mayo en su recurso de apelación, debe indicarse que de acuerdo con el numeral 2 del artículo 7° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, en concordancia con el artículo 2° de su Título Preliminar, para el desarrollo de actividades de explotación, el titular minero debe contar con un estudio de impacto ambiental, 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 ambiente³¹.
26. En ese mismo sentido, los artículos 16°, 17° y 18° de la Ley N° 28611 prevén que los estudios ambientales 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 productivas³².

³¹ Decreto Supremo N° 016-93-EM.

"Artículo 2°.- Definiciones. Para los efectos de este Reglamento se define lo siguiente: (...)

Estudio de Impacto Ambiental (EIA).- Estudios que deben efectuarse en proyectos para la realización de actividades en concesiones mineras, de beneficio, de labor general y de transporte minero, que deben evaluar y describir los aspectos físico-naturales, biológicos, socio-económicos y culturales en el área de influencia del proyecto, con la finalidad de determinar las condiciones existentes y capacidades del medio, analizar la naturaleza, magnitud y prever los efectos y consecuencias de la realización del proyecto, indicando medidas de previsión y control a aplicar para lograr un desarrollo armónico entre las operaciones de la industria minera y el medio ambiente."

³² Ley N° 28611.

"Artículo 16°.- De los instrumentos

16.1 Los instrumentos de gestión ambiental son mecanismos orientados a la ejecución de la política ambiental, sobre la base de los principios establecidos en la presente Ley, y en lo señalado en sus normas complementarias y reglamentarias.

16.2 Constituyen medios operativos que son diseñados, normados y aplicados con carácter funcional o complementario, para efectivizar el cumplimiento de la Política Nacional Ambiental y las normas ambientales que rigen en el país.

Artículo 17°.- De los tipos de instrumentos

17.1 Los instrumentos de gestión ambiental podrán ser de planificación, promoción, prevención, control, corrección, información, financiamiento, participación, fiscalización, entre otros, rigiéndose por sus normas legales respectivas y los principios contenidos en la presente Ley.

17.2 Se entiende que constituyen instrumentos de gestión ambiental, los sistemas de gestión ambiental, nacional, sectoriales, regionales o locales; el ordenamiento territorial ambiental; la evaluación del impacto ambiental; los Planes de Cierre; los Planes de Contingencias; los estándares nacionales de calidad ambiental; la certificación ambiental, las garantías ambientales; los sistemas de información ambiental; los instrumentos económicos, la contabilidad ambiental, estrategias, planes y programas de prevención, adecuación, control y remediación; (...)

17.3 El Estado debe asegurar la coherencia y la complementariedad en el diseño y aplicación de los instrumentos de gestión ambiental."

27. Por su parte, de acuerdo al artículo 6° de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, dentro del procedimiento de certificación ambiental se debe seguir una serie de etapas, entre las cuales se tiene la revisión del estudio de impacto ambiental, lo que significa que luego de la presentación del estudio original presentado por el titular minero, éste es sometido a examen por la autoridad competente³³.
28. Así las cosas, resulta oportuno señalar que una vez obtenida la certificación ambiental, de acuerdo a lo dispuesto con el artículo 55° del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 27446 (en adelante, Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM), será responsabilidad del titular de la actividad cumplir con todas las obligaciones para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, compensar y manejar los impactos ambientales señalados en el Estudio de Impacto Ambiental³⁴.
29. Siendo ello así, en caso de infracción al artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, se sanciona al titular minero por incumplir la obligación de poner en marcha y mantener la totalidad de los programas de previsión y control contenidos en sus instrumentos de gestión ambiental debidamente aprobados, entre ellos el estudio de impacto ambiental.
30. En el marco de lo antes mencionado, cabe señalar que mediante Resolución Directoral N° 084-2008-MEM/AAM del 17 de abril de 2008 se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de Fosfatos de Bayóvar, en el cual se estableció como medida de prevención para la posible dispersión de material particulado al ambiente, la siguiente:

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."

³³ Ley N° 27446, que aprueba el Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de abril de 2001.

"Artículo 6°.- Procedimiento para la certificación ambiental
El procedimiento para la certificación ambiental constará de las etapas siguientes:
1. Presentación de la solicitud;
2. Clasificación de la acción;
3. Evaluación del instrumento de gestión ambiental;
4. Resolución; y,
5. Seguimiento y control."

³⁴ Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 27446, publicada en el diario oficial El Peruano el 25 de setiembre de 2009.

"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)"

"Generación de material particulado

(...) para la carga de concentrados al barco, el cargador contará con una **manga cubierta, que ingresará hasta por debajo de la cubierta superior de las bodegas del barco, esto elimina la posibilidad de que el concentrado sea arrastrado por el viento durante las operaciones de carga de concentrados.**³⁵

Pérdida de material

(...) **el cargador de barcos, contará con cubiertas de protección para evitar arrastre de partículas por el viento o caída de material, debido a fallas mecánicas (...)**³⁶ (Resaltado agregado)

31. De lo expuesto, se desprende que Miski Mayo estableció en su EIA Fosfatos de Bayóvar como compromiso ambiental para eliminar la posible dispersión de material particulado al ambiente por la descarga de concentrados al barco, el método de carga shiploader, consistente en una manga cubierta que ingresa hasta por debajo de la cubierta superior de las bodegas del barco.
32. Según el EIA Fosfatos de Bayóvar, el shiploader es un cargador de barcos para el manejo de material a granel, que consiste en un equipo móvil alimentado por la faja del muelle mediante un tripper³⁷. Este cargador de barcos está compuesto por un brazo basculante, tubo telescópico, sistema de traslación del cargador, sistema de izaje, cuchara y balanza de faja³⁸
33. De los componentes del shiploader, la manga cubierta se encuentra dentro del tubo telescópico, el cual ingresará hacia las bodegas del barco para depositar el material de concentrado y con el cucharón ubicado en su parte final se esparce dicho material a todas las áreas de la bodega, para así evitar, prevenir y reducir la dispersión del material particulado al ambiente.³⁹
34. No obstante ello, a través de la Resolución Subdirectoral N° 028-2013-OEFA-DFSAI/SDI se imputó a Miski Mayo el incumplimiento del artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, señalando que "el método de carga de concentrado a las bodegas del buque (shiploader) no es el adecuado por cuanto está debidamente acreditado que esparce volúmenes de material particulado (concentrado de fosfatos con partículas finas) que probablemente afecta la zona de influencia de la descarga."

³⁵ Página 9-25 del EIA Fosfatos de Bayóvar.

³⁶ Página 9-26 del EIA Fosfatos de Bayóvar.

³⁷ Un tripper es un brazo que es usado para descargar material desde una faja transportadora. Los trippers pueden ser estacionarios o móviles.

³⁸ Páginas 356 a 357 del Anexo 1 del EIA Fosfatos de Bayóvar.

³⁹ Páginas 356 a 357 del Anexo 1 del EIA Fosfatos de Bayóvar.

35. Al respecto, la función de fiscalización y sanción de la DFSAI es investigar las posibles infracciones administrativas e imponer sanciones y medidas administrativas por incumplimiento de las obligaciones ambientales, contenidos en los instrumentos de gestión ambiental, normas, entre otras fuentes.
36. Sin embargo, se advierte que la referida imputación está dirigida a cuestionar la idoneidad del alcance del compromiso referido al método de carga que estableció Miski Mayo en su EIA Fosfatos de Bayóvar, aprobado por el Ministerio de Energía y Minas; mas no el cumplimiento del mismo.
37. Ello también se desprende de la resolución apelada, en cuanto señala en los considerandos N° 62 y N° 65, respectivamente, lo siguiente:

"(...) si bien de las fotografías remitidas por Miski Mayo se desprende que el *shiploader* efectivamente cuenta con una manga cubierta, mediante tales fotos no se acredita que dicha manga haya eliminado la posibilidad de que el concentrado de fosfatos sea arrastrado por el viento durante las operaciones de carga, lo cual fue constatado durante la supervisión especial (...)"⁴⁰

(...) cabe indicar que dichas afirmaciones no hacen sino confirmar que el método de carga de concentrados a las bodegas de los barcos no cumple con el objetivo previsto en su EIA, toda vez que no evita la generación de material particulado (...)"⁴¹.

38. Es pertinente indicar que si la autoridad de supervisión, fiscalización y sanción ambiental, como resultado de sus acciones de supervisión y fiscalización de las obligaciones establecidas en el estudio ambiental aprobado, determinase que los impactos ambientales negativos generados difieren de manera significativa de los declarados en la documentación que propició la generación de la certificación ambiental, tiene la potestad de establecer las medidas de manejo ambiental o medidas correctivas que sean necesarias para mitigar sus efectos, así como requerir la actualización del estudio ambiental a la autoridad competente, en atención a lo dispuesto por el artículo 78° del Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM⁴².

⁴⁰ Foja 845.

⁴¹ Foja 846.

⁴² Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM.

"Artículo 78°.- Si como resultado de las acciones de supervisión y fiscalización de las obligaciones establecidos en el estudio ambiental aprobado, se determinase que los impactos ambientales negativos generados difieren de manera significativa a los declarados en la documentación que propició la Certificación Ambiental, la autoridad en materia de supervisión, fiscalización y sanción ambiental, que ejercen funciones en el ámbito del SEIA requerirá al titular, la adopción de las medidas correctivas o de manejo ambiental que resulten necesarias para mitigar y controlar sus efectos, sin perjuicio de requerir la actualización del estudio ambiental, ante la autoridad competente, en el plazo y condiciones que indique de acuerdo a la legislación vigente. Esta condición no exceptúa la eventual paralización de operaciones o la aplicación de otras sanciones que pudieran corresponder."

39. En tal sentido, la Dirección de Supervisión recomendó a Miski Mayo que informara sobre la implementación de la nueva tecnología de carga de concentrado de fosfato en los buques, así como el monitoreo de PM 2.5 de su área de influencia principalmente en el muelle de Petroperú y la zona industrial⁴³.
40. De otro lado, si de la revisión del Informe de Supervisión la Sub Dirección de Instrucción de la DFSAI del OEFA hubiera advertido que durante la supervisión se verificó el incumplimiento de obligaciones a cargo del titular minero, tales como los compromisos establecidos en los instrumentos de gestión ambiental, correspondía que dicho órgano instructor imputara a Miski Mayo los cargos por la presunta existencia de infracciones administrativas, mas no que cuestionara la idoneidad del alcance de las medidas de prevención, mitigación o corrección de los impactos ambientales establecidas en su instrumento de gestión ambiental, pues son aspectos vinculados a la etapa ex ante del inicio de las actividades u operaciones del titular minero.
41. En ese contexto, cabe mencionar que de acuerdo al principio de legalidad previsto en el numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, las autoridades deben actuar dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que le fueron conferidas⁴⁴.
42. En tal sentido, la imputación efectuada a Miski Mayo no es acorde con el principio de legalidad, pues la DFSAI al imputar el presunto ilícito administrativo cuestionó la idoneidad del alcance del compromiso ambiental aprobado por el Ministerio de Energía y Minas respecto del método de carga de concentrados al barco (shiploder), toda vez que calificó que el método de carga no era el adecuado al verificar la dispersión de material particulado en el ambiente, que de acuerdo a sus facultades atribuidas como órgano instructor no le correspondía.
43. Siguiendo este orden de ideas, resulta oportuno especificar que no son acordes al ordenamiento jurídico los actos dictados por la Administración que no respeten los principios y disposiciones contenidos en la Ley N° 27444. Por tanto, habiéndose constatado que la Resolución Directoral N° 518-2013-OEFA-DFSAI se emitió vulnerando el principio de legalidad, contenido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, pues el hecho que fue imputado cuestiona la idoneidad del compromiso ambiental aprobado por el Ministerio de Energía y Minas lo cual no cumple con el supuesto de hecho previsto en el artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM; por lo que corresponde declarar la nulidad de dicho acto administrativo en este extremo, al haberse configurado la causal prevista en el Numeral 1 del Artículo 10° de la Ley N° 27444.

⁴³ Foja 6.

⁴⁴ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444, publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de abril de 2001.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

44. En base a las consideraciones antes expuestas, carece de sentido emitir pronunciamiento sobre los argumentos esgrimidos por Miski Mayo en su recurso de apelación.

Teniendo en cuenta los considerandos expuestos, y de conformidad con lo establecido en la Ley N° 27444; Ley N° 29325; 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 la Resolución del Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA;

SE RESUELVE:

Artículo primero.- DECLARAR la NULIDAD DE OFICIO de la Resolución Directoral N° 518-2013-OEFA-DFSAI del 12 de noviembre de 2013, por los fundamentos expuestos en la presente resolución.

Artículo segundo.- NOTIFICAR la presente resolución a Compañía Minera Miski Mayo S.R.L. y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.


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


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


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


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