



**Tribunal de Fiscalización Ambiental
Sala Especializada en Minería**

RESOLUCIÓN N° 061-2015-OEFA/TFA-SEM

EXPEDIENTE N° : 1093-2013-OEFA/DFSAI/PAS
PROCEDENCIA : DIRECCIÓN DE FISCALIZACIÓN, SANCIÓN Y APLICACIÓN DE INCENTIVOS
ADMINISTRADO : MINERA BARRICK MISQUICHILCA S.A.
SECTOR : MINERÍA
APELACIÓN : RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 302-2015-OEFA/DFSAI

SUMILLA: "Se confirma la Resolución Directoral N° 302-2015-OEFA/DFSAI, en el extremo que declaró responsable a Minera Barrick Misquichilca S.A. por no controlar la presencia de polvos en los caminos de acceso a las instalaciones de la UM Pierina, debido a la falta de regado, lo cual constituyó el incumplimiento de un compromiso ambiental previsto en el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de la Planta de Beneficio "Misquichilca", aprobado por Informe N° 545-97-EM-DGM/DPDM del 13 de octubre de 1997 y, por ende, generó el incumplimiento del artículo 6° del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-Metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM y configuró la infracción prevista en el numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM".

Lima, 22 de setiembre de 2015

I. ANTECEDENTES

1. Minera Barrick Misquichilca S.A.¹ (en adelante, **Barrick**) es titular de la Unidad Minera "Pierina" (en adelante, **UM Pierina**), ubicada en el distrito de Jangas, provincia de Huaraz, departamento de Ancash.
2. Mediante auto directoral del 13 de octubre de 1997, sustentado en el Informe N° 545-97-EM-DGM/DPDM² se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental de la Planta de Beneficio "Misquichilca" (en adelante, **EIA Misquichilca**).
3. Del 16 al 18 de octubre del 2012, la Dirección de Supervisión (en adelante, **DS**) del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, **OEFA**) realizó una supervisión especial³ en las instalaciones de la UM Pierina (en adelante, **supervisión especial del año 2012**), durante la cual se verificó el presunto

¹ Registro Único de Contribuyente N° 20209133394.

² Foja 39.

³ Cabe destacar que mediante Oficio N° 0238-2012-PCM-/ONDS del 14 de setiembre de 2012, la Oficina de Diálogo y Sostenibilidad de la Presidencia de Consejo de Ministros solicitó al OEFA la evaluación de la calidad ambiental en época de estiaje del área de influencia de la UM Pierina.

incumplimiento de una obligación ambiental, tal como consta en el Informe N° 23-2013-OEFA/DS-MIN (en adelante, Informe de Supervisión)⁴ y del Informe Técnico Acusatorio N° 341-2013-OEFA/DS (en adelante, ITA)⁵.

4. Sobre la base del Informe de Supervisión y del ITA, mediante Resolución Subdirectorial N° 1236-2013-OEFA-DFSAI/SDI del 23 de diciembre del 2013, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (en adelante, DFSAI) del OEFA dispuso el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra Barrick⁶.
5. Luego de la evaluación de los descargos formulados por Barrick⁷, la DFSAI emitió la Resolución Directoral N° 302-2015-OEFA/DFSAI del 31 de marzo de 2015⁸, a través de la cual declaró la existencia de responsabilidad administrativa de Barrick, conforme se muestra a continuación en el Cuadro N° 1:

Cuadro N° 1: Conducta infractora por la que se declaró la existencia de responsabilidad administrativa por parte de Barrick en la Resolución Directoral N° 302-2015-OEFA/DFSAI

N°	Conducta infractora	Norma sustantiva	Norma tipificadora
1	No realizó un adecuado control de polvos en las vías de acceso a las instalaciones de la UM Pierina, conforme a lo establecido en su instrumento de gestión ambiental.	Artículo 6° del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM (en adelante, Decreto Supremo N° 016-93-EM) ⁹ .	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo 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) ¹⁰

⁴ El Informe de Supervisión se encuentra en un disco compacto (foja 6).

⁵ Fojas 1 a 5.

⁶ Fojas 7 a 10.

⁷ Fojas 12 al 32.

⁸ Fojas 66 a 79.

⁹ **DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM, Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica**, publicado en el diario oficial El Peruano el 1 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 cualesquiera 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.

¹⁰ **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**, publicada en el diario oficial El Peruano el 2 de setiembre de 2000.

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



6. La Resolución Directoral N° 302-2015-OEFA/DFSAI se sustentó en los siguientes fundamentos¹¹:

- a) La DFSAI señaló que durante la supervisión especial del año 2012 en la UM Pierina, se detectó la emisión de polvos en las vías de acceso a las instalaciones, por tanto Barrick no habría implementado las medidas de control de polvo dispuestas en su EIA Misquichilca.
- b) Respecto al argumento de Barrick, sobre que el EIA Misquichilca y el EIA Proyecto Pierina establecen como compromisos el control de la generación de polvo, es decir, reducir o minimizar su generación y que además durante la supervisión especial del año 2012 no se verificó si realizó o no el riego en el lapso de las cuatro (4) horas, la DFSAI sostuvo que en el "Cuadro 5.3-Resumen de las Medidas de Mitigación" del EIA Misquichilca se establece un noventa y seis por ciento (96%) de eficiencia respecto a las medidas de mitigación en el camino de acarreo de mineral para el control de polvo. Asimismo, indicó que el EIA Proyecto Pierina establece como medida de control para la generación de polvos, el regado de los caminos de acceso.

En tal sentido, la Autoridad Decisora indicó que ambos instrumentos de gestión ambiental establecen medidas para el control de polvo en los caminos de acceso a las instalaciones de la UM Pierina, tales como el riego con agua o humedecimiento de caminos cada cuatro (4) horas cuando se encuentren extremadamente secos, lo cual deberá generar una eficiencia de 96%. Agregó, que la medida de mitigación de polvo fue establecida por el propio titular minero con la finalidad de alcanzar el referido porcentaje de eficiencia, por lo que tanto la medida como la finalidad son compromisos asumidos por Barrick a través de sus instrumentos de gestión ambiental, y por tanto, son obligaciones ambientales fiscalizables.

La DFSAI manifestó que el porcentaje de 96% de eficiencia implica que, pese al riego de cada cuatro horas de los caminos y accesos, aún cabe la posibilidad de que se genere polvos en estas vías; no obstante esta generación de material particulado sería mínima.

¹⁰ 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, publicada en el diario oficial El Peruano el 2 de setiembre de 2000.

3. Medio Ambiente

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

¹¹ Cabe señalar que se están consignando únicamente los fundamentos de la Resolución Directoral N° 302-2015-OEFA/DFSAI que han sido materia de apelación por parte de la administrada.

Así, la primera instancia administrativa señaló que para un mejor entendimiento de lo expuesto anteriormente, existe referencia bibliográfica en la cual se aproximan mediciones de tipo cualitativa o también denominadas "evaluación visual", las cuales corresponden a ciertas observaciones del camino donde no se utilizan equipos y/o instrumentos para determinar la calificación de baja, media o alta severidad de la altura del polvo alcanzado como consecuencia del paso de vehículos en las vías de acceso¹².

En tal sentido, la DFSAI indicó que "para afirmar que Barrick cumplió con el riego de los caminos y accesos a las instalaciones de la UM Pierina cada cuatro (4) horas para mitigar la generación de polvo con un 96% de eficiencia, la altura del polvo alcanzado por el tránsito de vehículos debió ser inferior a un (1) metro para ser calificado como de baja severidad"¹³.

d) Asimismo, la DFSAI sostuvo que teniendo en cuenta la medición cualitativa en la fotografía N° 23 del Informe de Supervisión, se muestra a un vehículo de aproximadamente 1.8 metros de altura transitando por una de las vías de acceso que se encontraba seca, generando polvo con una altura mayor a un (1) metro. Por tanto, la DFSAI precisó que "pese a que el regado de los caminos y vías de accesos debió tener una eficiencia de 96%, esto es, presentarse una generación de polvo mínima o casi nula, la fotografía N° 23 del Informe de Supervisión evidencia que el polvo generado en la vía (la cual se encontraba seca) tenía una altura mayor a un (1) metro, lo cual se traduce en una generación de polvo de "media severidad", conforme a la medición de tipo cualitativa o de "evaluación visual". Por tanto queda demostrado que Barrick no cumplió con el porcentaje de eficiencia establecido en el EIA de la Planta de Beneficio "Misquichilca"¹⁴.

e) Con relación al argumento de la administrada, respecto a que las fotografías N° 23 y 24 contenidas en el Informe de Supervisión no evidencian que correspondan a un momento o tiempo prolongado que justifique la presunta falta de riego y que por tanto no existen pruebas suficientes, la DFSAI señaló que las mencionadas fotografías muestran que no se generó una mínima

¹² Sobre este fundamento la DFSAI cito el siguiente extracto de la tesis del trabajo titulado "Estudio Teórico-Experimental de Demanda, Tecnología y Economía de Métodos para la Supresión de Polvo en caminos de la Región de Los Ríos":

^{b)} *Parámetros de polvo (U.S. Army, 1987): Los parámetros se establecen de acuerdo al efecto funcional que tienen sobre el camino. En este sentido, para el caso del polvo se utiliza una evaluación en función de la altura de la nube de polvo que produce un vehículo a 40 km/hr. (Bellofio, 2005)*
 (...), correspondientes a:

Ítem	Calificación	Altura del polvo alcanzado
01	Baja severidad	Corresponde a la altura de polvo inferior a 1 metro.
02	Media severidad	Corresponde a la altura de polvo inferior entre 1 a 2 metros.
03	Alta severidad	Corresponde a la altura de polvo sobre los 2 metros."

¹³ Considerando 49 de la resolución impugnada (foja 73, reverso).

¹⁴ Considerando 51 de la resolución impugnada (foja 74, reverso).



cantidad de polvo en las vías de acceso o caminos hacia las instalaciones de la UM Pierina, incumpléndose con el porcentaje de eficiencia establecido en su instrumento de gestión ambiental. Ello, indicó la DFSAI, evidencia la ausencia de un adecuado control de polvo conforme a los compromisos asumidos, como es el riego o humedecimiento con agua y supresores químicos de polvo con una eficiencia de 96%.

- f) Asimismo, la DFSAI señaló que Barrick no adjuntó medio probatorio alguno que acredite que realizó el riego de los caminos y vías de acceso cada cuatro (4) horas, sino que solo se ha limitado a afirmar su cumplimiento en el escrito de descargos. Por tanto, la Autoridad Decisora señaló que la administrada no implementó oportunamente un programa más agresivo en el control de polvo, conforme lo establece su instrumento de gestión ambiental.
- g) Respecto a lo alegado por Barrick, con relación a que el Informe de Supervisión solo hace referencia a la emisión de polvos por la supuesta falta de frecuencia de riego en las vías y no a la falta de medidas de control de polvo implementadas en los compromisos contemplados en el EIA Misquichilca, la DFSAI sostuvo que durante la supervisión especial del año 2012 se detectó material particulado de media severidad en las vías de acceso a las instalaciones de la UM Pierina, lo cual implicó una deficiente implementación de las medidas para su control como es el regado de vías, y el incumplimiento del porcentaje de eficiencia del método de mitigación.
- h) Sobre lo referido por la recurrente, respecto a que no se han excedido los niveles máximos permisibles de emisiones, sino que por el contrario las muestras de aire realizadas durante la supervisión especial del año 2012 cumplen con el Estándar de Calidad Ambiental (en adelante, ECA), la DFSAI señaló que la presente imputación está referida al incumplimiento de un compromiso ambiental establecido en el EIA Misquichilca. Asimismo, la primera instancia administrativa afirmó que el titular está obligado a cumplir con todos los compromisos ambientales para evitar los daños al ambiente, por lo que no es necesario acreditar que la comisión de la presente infracción generó o no una afectación al ambiente, sino que lo relevante es determinar si Barrick cumplió o no con una obligación específica de su instrumento de gestión ambiental.

Sin perjuicio de ello, la DFSAI manifestó que el polvo suspendido en el aire es conocido como contaminación por partículas de fracción respirable. Así, los efectos de respirar estas partículas puede afectar la salud de las personas. Además, la generación excesiva de polvo podría afectar la visibilidad en las vías, ocasionando problemas con el tránsito de vehículos, por lo que la administrada estaba obligada a cumplir con las medidas dispuestas en su EIA Misquichilca para el control de polvos, a fin de evitar consecuencias negativas en la salud de los trabajadores de la UM Pierina y de las comunidades aledañas, así como problemas en el tránsito de vehículos, independientemente de los ECA de aire.

7. El 14 de mayo de 2015¹⁵, Barrick apeló la Resolución Directoral N° 302-2015-OEFA/DFSAI, argumentando lo siguiente:

- a) La administrada alegó que en virtud del EIA Misquichilca y del EIA Proyecto Pierina se comprometió a controlar el polvo en las vías de acceso, es decir, a reducir o minimizar su presencia, mas no se comprometió a que no exista polvo, toda vez que ninguna norma establece el impacto cero de polvo, debido a que el impacto asociado a cualquier actividad humana puede y debe ser mitigado hasta un nivel en que se minimicen sus efectos negativos a la salud de las personas y el ambiente.

Así, la administrada alegó que la obligación ambiental fiscalizable dispuesta en el EIA Misquichilca es el control de polvo durante la estación seca, mediante el riego o humedecimiento de las vías cada cuatro (4) horas aproximadamente, por lo que la presente imputación tendría sustento si durante la supervisión especial del año 2012 se hubiese verificado que Barrick no regó las vías en dicha frecuencia; lo cual no ocurrió.

- b) Barrick alegó que los medios probatorios utilizados por la DFSAI¹⁶ no acreditan la falta de riego ni de su frecuencia, solo hacen referencia a una mera constatación de la existencia de polvo, sin haberse evaluado su origen o su relación con las medidas de mitigación ejecutadas por la administrada¹⁷. De esta manera, la recurrente señaló que el Acta de Supervisión solo hace referencia a la emisión de polvos constatada a través de una simple observación.

Al respecto, la recurrente sostuvo que no hay una norma que determine cuál es el nivel de polvo aceptable en zonas rurales o en vías no pavimentadas, por lo que la simple observación realizada durante la supervisión especial del año 2012 no puede implicar la imputación de responsabilidad respecto de una obligación que no se ha configurado.

- c) Adicionalmente, sostiene que las fotografías N° 23 y 24 del Informe de Supervisión no acreditan si el nivel de polvo es aceptable o no, así como tampoco demuestran el supuesto incumplimiento de riego y de su frecuencia. Además, dichas fotografías han sido captadas desde el interior del vehículo, el cual se encontraba en tránsito, sin haberse evaluado lo siguiente¹⁸:

¹⁵ Fojas 81 a 115.

¹⁶ La administrada hace mención del Acta de Supervisión, fotografías N° 23 y 34 de Informe de Supervisión y escrito de descargos de Barrick (considerando 34 de la resolución impugnada).

¹⁷ Sobre el particular, la administrada señaló que "no se ha evaluado si existieron condiciones meteorológicas anómalas (como un incremento extraordinario en los niveles de radiación o de evaporación), si el suelo tenía características específicas diferentes de las usuales, como podría ser por el vertimiento de algún material por actividad de tercero, ni se verificó si MBM incumplió efectivamente con el riego cada 4 horas, según lo dispuesto en el EIA Misquichilca 1997". (página 5 del recurso de apelación, foja 85).

¹⁸ Página 6 de su recurso de apelación, foja 86.



1. La frecuencia del tránsito vehicular, la frecuencia del levantamiento de polvo y la frecuencia de riego.
2. El tiempo de precipitación del polvo, su tiempo de permanencia en el aire y el radio de traslado del polvo hacia la propia vía o zonas aledañas (radio y tiempo de dispersión).
3. Si las condiciones meteorológicas en el momento de la supervisión eran estándares o anómalas, es decir si en ese momento hubieron condiciones atípicas (radiación, niveles de evaporación elevados, etc), que favorecieron un mayor nivel de polvo a pesar del riego efectuado.
4. Si el nivel de polvo observado es constante o solamente puntual.
5. Si el nivel de polvo observado está dentro del rango de la evaluación realizada en el EIA 1997 o no."

- d) Con relación a ello, Barrick señaló que mediante el estudio de impacto ambiental y de las medidas de manejo ambiental contenidas en este, se fijan los compromisos y obligaciones ambientales fiscalizables, las cuales no pueden ser nuevamente definidas y evaluadas por el supervisor, toda vez que han sido determinadas administrativamente por otra autoridad, de lo contrario se estarían vulnerando los principios de legalidad, seguridad jurídica y predictibilidad en la actuación del Estado.

En tal sentido, la administrada sostuvo que las mencionadas fotografías evidencian que no existió una permanencia de más de cuatro (4) horas que permitiera al supervisor constatar el presunto incumplimiento. Además, acreditan que no se registró la presencia de constante polvo, sino el que se generó en el momento exacto que un vehículo circulaba por una vía no asfaltada.

- e) Por otro lado, la administrada adujo que la obligación de efectuar el riego con una frecuencia de cuatro (4) horas se encuentra establecida en el EIA Misquichilca, así como que en ningún otro instrumento legal se determina que deba administrar un registro de cada una de las medidas de manejo ambiental que se ejecutan en todos los componentes de su operación (como sería un registro de riego que se efectúa en las vías de acceso). Por tanto, Barrick afirmó que "no tiene que constituir prueba de cada medida que ejecuta, su compromiso es ejecutar las medidas y la prueba de que son ejecutadas, es verificable aplicando los controles que corresponde según cada compromiso"¹⁹.

En virtud de ello, la administrada señaló que en términos de fiscalización, la carga de la prueba le corresponde a la autoridad administrativa, pues esta debe demostrar un incumplimiento antes de imputar responsabilidad, mientras que las empresas deben ejecutar los compromisos asumidos en sus instrumentos de gestión ambiental y no acreditar el incumplimiento de estos, más aun cuando la Constitución Política reconoce el principio de presunción

¹⁹ Página 8 de su recurso de apelación, foja 88.

de inocencia, por lo que la DFSAI estaría vulnerando dicho principio regulado en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

Agregó, que cumple con el compromiso ambiental relacionado al control de polvo en vías de acceso, el cual no conlleva a la obligación de contar con algún tipo de registro de riego y frecuencia, ni de forma digital o manual.

- f) Asimismo, la administrada indicó que el Acta de Supervisión y las fotografías N° 23 y 24 no demuestran que incumplió con su obligación ambiental fiscalizable, por lo que la presente imputación debe ser desestimada, de lo contrario se estarían vulnerando los principios de verdad material y presunción de licitud establecidos en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar y el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444, respectivamente.

Agregó, que si bien el artículo 16° de la Resolución de Consejo Directivo N° 045-2015-OEFA/CD, TULO del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA (en adelante, la **Resolución de Consejo Directivo N° 045-2015-OEFA/CD**) establece que la información contenida en el Acta de Supervisión se presume cierta y responde a la verdad de los hechos, el carácter probatorio no es extensible a las interpretaciones o especulaciones del supervisor, como sería que la presencia de polvo se deba a la falta de la frecuencia comprometida para el riego.

- g) Barrick sostuvo que de los considerandos 43 al 46 de la resolución impugnada se desprende que la medida de control de polvo en los caminos de acceso a las instalaciones de la UM Pierina no solo comprende el riego con agua o humedecimiento de los caminos cada cuatro (4) horas sino también el logro de su eficiencia en un 96%. De esta manera, la administrada señaló que para la DFSAI tanto la medida (riego de caminos) como la finalidad (eficiencia al 96%) constituyen obligaciones ambientales fiscalizables independientes.

En razón de ello, la administrada indicó que se ha vulnerado el principio de debido procedimiento, toda vez que fue sancionada por el incumplimiento de la supuesta obligación de lograr una eficiencia determinada de riego (finalidad) sin previa posibilidad de ejercer el derecho a descargos. Además, Barrick afirmó que de la revisión del Acta de Supervisión del 18 de octubre de 2012, del Informe de Supervisión y del ITA, no se advierte que se haya dejado constancia del incumplimiento de la supuesta obligación de eficiencia en el 96% de riego o humedecimiento de los caminos cada cuatro (4) horas, sino que mediante la Resolución Directoral N° 302-2015-OEFA/DFSAI se acusa a la administrada de un supuesto incumplimiento que no fue imputado anteriormente, mencionando fundamentos que probarían tal incumplimiento, como sería el caso de los supuestos de verificación a través de la evaluación visual. Por tanto, Barrick alegó que se habría vulnerado su derecho de defensa.



- h) La administrada sostuvo que el compromiso establecido en el EIA Misquichilca consistía en realizar el control de polvos en época seca a través del riego con una frecuencia de cuatro (4) horas, así como en el capítulo 5 "Evaluación de Impacto Ambiental" del EIA Misquichilca se previó que dicha medida podría tener una eficiencia estimada al 96%, lo cual evidencia que la mitigación de polvo en caminos no podría alcanzar una eficiencia de 100%.

En virtud de ello, Barrick precisó que la obligación ambiental fiscalizable que se desprende de su instrumento de gestión ambiental es el control de polvos de las vías de acceso de la UM Pierina, considerando que cuando estas vías se encuentran extremadamente secas, se efectuaría el riego o humedecimiento cada cuatro (4) horas aproximadamente, *"siendo la eficiencia una característica de la medida de control, y no una acción adicional o independiente que se deba cumplir, sino únicamente un estimado del efecto de la medida en sí, que permitió su determinación en la frecuencia de 4 horas"*²⁰.

- i) Por otro lado, Barrick señaló que: (i) no se ha verificado en campo ni se ha acreditado en gabinete el incumplimiento del 96% de eficiencia al que hace referencia la DFSAI, (ii) no existe metodología establecida por norma legal peruana o por instrumentos de gestión ambiental a fin de medir o verificar el nivel de eficiencia de las medidas de mitigación de polvo; (iii) la afirmación de que durante la supervisión especial del año 2012 se detectó material particulado de "media severidad" en las vías de acceso es falsa; y (iv) no existe verificación alguna que determine el nivel de eficiencia o de severidad de las medidas de mitigación implementadas por Barrick.

Asimismo, Barrick indicó que la DFSAI en el considerando 48 de la resolución impugnada utilizó la referencia del U.S. Army, 1987 para determinar los niveles de polvo, sin considerar si dicho texto resulta aplicable o no al caso concreto, toda vez que se realiza un estimado de la altura del polvo según la altura del vehículo que aparece en las fotografías contenidas en el Informe de Supervisión, sin tener en cuenta la velocidad de los vehículos en tránsito.

Además, la recurrente manifestó que el autor citado por la DFSAI en la resolución impugnada reconoce que para monitorear el polvo en vías no pavimentadas, debe distinguirse el tipo de camino a evaluar (camino de tierra, camino de ripio) y la metodología a aplicar, toda vez que existen diversos métodos, siendo el método visual (considerado por la DFSAI) el menos objetivo. Agregó que *"el propio tesista (...) incluso recomienda una velocidad*

²⁰ Al respecto, Barrick agregó que *"...una obligación ambiental fiscalizable será tal, si conlleva a la realización de una conducta activa o pasiva, y si de su contenido es factible identificar como mínimo la prestación de hacer o no hacer, la forma, modo y oportunidad o momento de ejecución. De no cumplirse con dichas condiciones resultaría imposible para el OEFA establecer la materia fiscalizable, determinar cuándo los administrados se encuentran en situación de incumplimiento y mucho menos poder iniciar un PAS..."* (página 23 de su recurso de apelación, foja 103).

de muestreo de 50 Km/H, es decir, una velocidad específica, que no ha sido siquiera considerada por la Supervisión²¹".

En tal sentido, la administrada sostuvo que la DFSAI elaboró una forzada justificación de un supuesto incumplimiento a partir de los enunciados contenidos en una tesis de grado²², de la cual se extrae la calificación de media severidad y es utilizada para determinar la supuesta responsabilidad legal de la administrada; no obstante dicha tesis no es relevante ni vinculante para las operaciones de Barrick y de ninguna administrada.

- j) Sobre el particular, la administrada expuso que en caso la mencionada tesis sea validada como medio probatorio, debe tenerse en cuenta que dicho estudio señala condiciones técnicas que no han sido consideradas ni probadas en el presente caso, tales como la velocidad en la que transitaba el vehículo que generó el polvo, por lo que el método utilizado no resulta idóneo para pretender sustentar el incumplimiento del supuesto compromiso ambiental.

Asimismo, Barrick sostuvo que en el considerando 50 de la resolución impugnada, la DFSAI intenta aplicar el método visual para calcular la altura del polvo generado por el desplazamiento de vehículos, y si bien utiliza referencialmente la supuesta altura del vehículo para determinar que la altura del polvo observado es de un (1) metro, no ha motivado adecuada ni objetivamente cómo es que se determina que dicha altura es superior a un metro, por tanto, la administrada manifestó que no es correcto afirmar que se ha realizado un análisis técnico del medio probatorio, tal como se señala en el considerando 57 de la resolución impugnada.

En tal sentido, Barrick afirmó que las fotografías N° 23 y 24 del Informe de Supervisión sobre las cuales se habría aplicado el método de verificación visual, no demuestran por sí mismas que la administrada haya incumplido con realizar un adecuado control del polvo que se generan en las vías de acceso, por lo que la DFSAI ha basado su decisión en dichas fotografías sobre la base de lo descrito en una tesis y no sobre métodos científicos objetivos o legalmente establecidos que permitan concluir el presunto incumplimiento del supuesto compromiso ambiental, por tanto se habría vulnerado el principio de presunción de licitud.

- k) Barrick señaló que resulta arbitrario que la DFSAI sostenga que la presencia de polvo en las vías de acceso cause o pueda causar en un futuro algún impacto negativo en la salud o seguridad de las personas, toda vez que dicha afirmación no se fundamenta en ninguna prueba técnica, teniendo en cuenta

²¹ Página 27 de su recurso de apelación (Foja 107).

²² La referida tesis tiene el título de "Estudio Teórico-Experimental de Demanda, Tecnología y Economía de Métodos para la Supresión de Polvo en caminos de la región de Los Ríos".



que incluso la presunción de efectos negativos en el ambiente o en la salud de las personas, debe estar respaldada por evidencias científicas.

Así, la administrada indicó que si el OEFA pretender sostener que un hecho determinado (como es el caso de la presencia de polvo en las vías de acceso) puede generar alguna afectación, deberá respaldar su afirmación mínimamente con monitoreos del cuerpo receptor supuestamente afectado (aire), acreditando que se ha superado los ECA correspondientes, y probar que dicha superación es responsabilidad del imputado como causante (nexo causal), conforme lo establece el numeral 4 del artículo 31° de la Ley N° 28611.

En virtud de ello, Barrick alegó que el polvo verificado no podría causar ningún efecto negativo al ambiente o a la salud de las personas, pues no se ha probado que se han excedido los LMP, sino por el contrario en el Informe de Supervisión se indica que las muestras de calidad de aire en los diferentes puntos de control para el parámetro PM-10 cumplen con el ECA para aire.

II. COMPETENCIA

8. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente (en adelante, **Decreto Legislativo N° 1013**)²³, se crea el OEFA.
9. Según lo establecido en los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325²⁴, el OEFA es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público

²³ **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.

²⁴ **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.

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

11.1 El ejercicio de la fiscalización ambiental comprende las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, y sanción destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables establecidas en la legislación ambiental, así como de los compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental y de los mandatos o disposiciones emitidos por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), en concordancia con lo establecido en el artículo 17, conforme a lo siguiente:

(...)

interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental.

10. 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 ambiental serán asumidas por el OEFA²⁵.
11. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM²⁶ se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental del Osinergmin²⁷ al OEFA, y mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de julio de 2010²⁸, 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.
12. Por otro lado, el artículo 10° de la Ley N° 29325²⁹, y los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto

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 emitidas por el OEFA, en concordancia con lo establecido en el artículo 17. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas cautelares y correctivas. (...).

25

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.

26

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.

27

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

Artículo 18°.- Referencia al OSINERG

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

28

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

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

29

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.



Supremo N° 022-2009-MINAM (en adelante, **Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM**)³⁰, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA, en materias de su competencia.

III. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL AMBIENTE

13. 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)³¹.
14. En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (en adelante, **Ley N° 28611**)³², prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.
15. 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 ese contexto, cada Estado define cuanta protección otorga al ambiente y a los recursos

(...).

³⁰ **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:

- 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 normatividad ambiental, dentro del ámbito de su competencia.
- c) Ejercer las demás atribuciones que correspondan de acuerdo a Ley.

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-AI/TC. Fundamento jurídico 27.

³² **LEY N° 28611, Ley General del Ambiente**, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de octubre de 2005.

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.

naturales, pues el resultado de proteger tales bienes incide en el nivel de calidad de vida de las personas.

16. En nuestro sistema jurídico, el primer nivel de protección al ambiente es formal y viene dado por la elevación a rango constitucional del conjunto de normas que tutelan 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 ambiente³³.
17. 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 fundamental³⁴ cuyo contenido esencial lo integra el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida así como el derecho a que dicho ambiente se preserve³⁵; y, (iii) como conjunto de obligaciones impuestas a autoridades y particulares en su calidad de contribuyentes sociales³⁶.
18. Sobre la base de este sustento constitucional, el Estado hace efectiva la protección al ambiente, frente al incumplimiento de la normativa ambiental, a través del ejercicio de la potestad sancionadora en el marco de un debido procedimiento administrativo, así como mediante la aplicación de tres grandes grupos de medidas: (i) medidas de reparación frente a daños ya producidos; (ii) medidas de prevención frente a riesgos conocidos antes que se produzcan; y, (iii) medidas de precaución frente a amenazas de daños desconocidos e inciertos³⁷.
19. Bajo este marco normativo que tutela el ambiente adecuado y su preservación, este Tribunal interpretará las disposiciones generales y específicas en materia ambiental,

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC. Fundamento jurídico 33.

³⁴ **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".

³⁵ 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".

³⁶ 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.

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03048-2007-PA/TC. Fundamento jurídico 9.



así como las obligaciones de los particulares vinculados a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador.

IV. CUESTIÓN CONTROVERTIDA

20. La cuestión controvertida a resolver en el presente caso es la siguiente:

- (i) Si se ha acreditado que Barrick es responsable por el incumplimiento del artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM.

V. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

V.1. Si se ha acreditado que Barrick es responsable por el incumplimiento del artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM

21. Sobre el cumplimiento de los compromisos ambientales establecidos en los instrumentos de gestión ambiental, cabe precisar que de acuerdo con los artículos 16°, 17° y 18° de la Ley N° 28611, las obligaciones consideradas en un determinado estudio ambiental que finalmente aprueba la autoridad competente, se traducen en compromisos específicos, mecanismos, programas, cuyos plazos y cronogramas que son de obligatorio cumplimiento para asegurar el adecuado manejo ambiental del proyecto a ejecutarse³⁸.

³⁸

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; los mecanismos de participación ciudadana; los planes integrales de gestión de residuos; los instrumentos orientados a conservar los recursos naturales; los instrumentos de fiscalización ambiental y sanción; la clasificación de especies, vedas y áreas de protección y conservación; y, en general, todos aquellos orientados al cumplimiento de los objetivos señalados en el artículo precedente.

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

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.

22. En este sentido, el numeral 2 del artículo 7° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, en concordancia con el artículo 2° de su Título Preliminar, señala que, para el desarrollo de actividades mineras, el titular debe contar con un estudio de impacto ambiental, el cual deberá ser presentado para su aprobación ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Minem. Dicho estudio debe 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 ambiente³⁹.
23. Ahora bien, debe indicarse que la exigibilidad de todos los compromisos ambientales asumidos en los estudios de impacto ambiental por parte del titular minero se deriva de lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, el cual impone 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**, entre ellos, el estudio de impacto ambiental⁴⁰.
24. Por lo tanto, a efectos de determinar la responsabilidad administrativa por el incumplimiento de cualquier compromiso ambiental derivado de un instrumento de gestión ambiental, debe identificarse no solo el compromiso respectivo cuyo incumplimiento es materia de imputación, sino también las especificaciones técnicas contenidas en el EIA necesarias para su cumplimiento.
25. Respecto a las medidas de control sobre las emisiones de polvo en la UM Pierina, aplicables a las vías de acceso a la referida unidad minera, en el EIA Misquichilca se estableció lo siguiente⁴¹:

"4. PLAN DE MANEJO AMBIENTAL Y DE MITIGACIÓN DEL IMPACTO SOCIO-ECONÓMICO

(...)

4.2 Plan de Manejo Ambiental

³⁹ 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.

⁴⁰ Artículos vigentes al momento de la supervisión y del inicio del procedimiento administrativo sancionador, actualmente estos preceptos normativos se encuentran regulados en los artículos 17° y 18° del Decreto Supremo N° 040-2014-EM, Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero, publicado en el diario oficial El Peruano el 12 de noviembre de 2014.

⁴¹ Páginas 2 a 3 y 10 del Plan de Manejo Ambiental del EIA Misquichilca.



Esta sección contiene una descripción de las medidas que se implementarán en el Proyecto Pierina para impedir o mitigar impactos ambientales resultantes de operaciones de extracción y procesamiento minero (descarga de efluentes, manipuleo de residuos sólidos, emisiones al aire, etc.).
(...)

4.2.5 Instalaciones Auxiliares

4.2.5.1 Objetivos de Manejo Ambiental

El objetivo del plan de manejo ambiental para las instalaciones auxiliares es el de minimizar los impactos sobre los recursos del aire y agua durante la operación y el cierre. (...) También se implementarán medidas de control (rociado de caminos y posiblemente aplicación de supresores químicos del polvo) para reducir las emisiones de polvo de las carreteras.

4.2.5.2 Estrategias de Manejo Ambiental

Durante el diseño y la operación de las instalaciones auxiliares, se implementarán las estrategias siguientes para minimizar los impactos ambientales provenientes de las instalaciones auxiliares.

4.2.5.3 Caminos

Los caminos de acarreo de mineral y los caminos secundarios de acceso serán rociados según sea necesario, para controlar la generación de polvo. Se podrá usar un supresor químico de polvo para mejorar su control. Estas medidas de prevención continuarán durante la construcción, la operación y cierre.(...).(Subrayado agregado)

- 26. De esta manera, al momento de verificar si se cumplieron con los compromisos ambientales antes mencionados, durante la supervisión especial del año 2012, se constató lo siguiente⁴²:

"5. OBSERVACIONES

Handwritten notes: a large bracket with numbers 1 and 2, and a signature 'P. H.'

Nº	Observaciones	Sustento	Recomendaciones
1	Observación de campo: Se observó en diversos puntos de los caminos de acceso a las instalaciones de la unidad minera la emisión de polvos por la falta de frecuencia de riego en las vías de acceso	Anexo 1.3: Observación 01 del acta de supervisión. Anexo 02: Fotografías N° 23, 24	Recomendación de campo: Incrementar la frecuencia de riego en las vías de acceso a las diversas instalaciones de la unidad minera y presentar al OEFA el plan de riego y control de polvos para mejora de control de la emisión de polvos en las vías de acceso".

Handwritten initials 'E.M.'

- 27. Dicha observación se complementó con las fotografías N° 23 y 24 contenidas en el Informe de Supervisión, cuyas descripciones realizadas por el supervisor señalan lo siguiente: "Observación N° 1, emisión de polvos en las vías de acceso, falta de riego"⁴³.

⁴² Página 8 del Informe de Supervisión que se encuentra en un disco compacto (foja 6).

⁴³ Página 33 del Informe de Supervisión que se encuentra en un disco compacto (foja 6).



Fotografía N° 23: Observación N°1, emisión de polvos en las vías de acceso, falta de regado.



Fotografía N° 24: Observación N°1, emisión de polvos en las vías de acceso por falta de regado.

Handwritten signature and initials in blue ink.

Handwritten initials 'SP' in blue ink.



28. En virtud de lo constatado durante la supervisión especial del año 2012, la DFSAI concluyó que Barrick había inobservado su EIA Misquichilca, al haberse acreditado que no implementó las medidas de control respecto a la emisión de polvos, toda vez que durante la supervisión especial del año 2012 se observó la emisión de polvos en las vías de acceso.
29. Al respecto, Barrick sostuvo en su apelación que en virtud del EIA Misquichilca y del EIA Proyecto Pierina se comprometió a controlar el polvo en las vías de acceso, mas no se comprometió a que no exista polvo, toda vez que ninguna norma establece el impacto cero de polvo. Además, la administrada alegó que la obligación ambiental fiscalizable dispuesta en el EIA Misquichilca es el control de polvo durante la estación seca, mediante el riego o humedecimiento de las vías cada cuatro (4) horas aproximadamente, por lo que la presente imputación tendría sustento si durante la supervisión especial del año 2012 se hubiese verificado que Barrick no regó las vías en dicha frecuencia, lo cual no ocurrió. En tal sentido, Barrick alegó que los medios probatorios utilizados por la DFSAI (Acta de Supervisión y fotografías N° 23 y 24) no acreditan la falta de riego ni de su frecuencia, solo hacen referencia a una mera constatación de la existencia de polvo, sin haberse evaluado su origen o su relación con las medidas de mitigación ejecutadas por la administrada⁴⁴.
30. Respecto a los argumentos de la administrada, cabe señalar que el principio de verdad material previsto en la Ley N° 27444, en concordancia con el numeral 1 del artículo 6° del mismo cuerpo legal, establece que los pronunciamientos emitidos por las entidades al interior de los procedimientos administrativos sancionadores solo podrán sustentarse en aquellos hechos que se encuentren debidamente probados⁴⁵.

⁴⁴ En virtud de ello, la administrada señaló que en términos de fiscalización, la carga de la prueba le corresponde a la autoridad administrativa, pues esta debe demostrar un incumplimiento antes de imputar responsabilidad, mientras que las empresas deben ejecutar los compromisos asumidos en sus instrumentos de gestión ambiental y no acreditar el incumplimiento de estos, más aun cuando la Constitución Política reconoce el principio de presunción de inocencia, por lo que la DFSAI estaría vulnerando dicho principio regulado en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

⁴⁵ **LEY N° 27444.**

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

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

Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado (...).

31. Asimismo, resulta oportuno especificar que en el marco del artículo 197° del Código Procesal Civil⁴⁶, la valoración de los medios probatorios es realizada en forma conjunta y de acuerdo con las reglas del sistema de la libre valoración de la prueba, lo que implica acudir, entre otros, a criterios de suficiencia, lógica y congruencia de los mismos⁴⁷.
32. Por su parte, el artículo 43° de la Ley N° 27444 reconoce como documentos públicos a aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades públicas, mientras que el artículo 165° del mismo cuerpo normativo establece que constituyen hechos no sujetos a actuación probatoria aquellos que hayan sido comprobados con ocasión del ejercicio de las funciones atribuidas a la autoridad administrativa⁴⁸.
33. En esa línea, el literal b) del artículo 22° de la Resolución de Consejo Directivo N° 205-2009-OS/CD, Reglamento de Supervisión de Actividades Energéticas y Mineras de Osinergmin (en adelante, **Resolución de Consejo Directivo N° 205-2009-OS-CD**)⁴⁹, vigente al momento de efectuarse la supervisión, establece que los supervisores pueden llevar a cabo los actos necesarios para obtener fotografías que recojan, contengan o representen algún hecho, actividad humana o su resultado, que sean pertinentes con el objetivo de la supervisión contratada.
34. Conforme a lo expuesto, esta Sala considera que los Informes de Supervisión elaborados con ocasión del ejercicio de la función supervisora, constituyen medios

⁴⁶ Aplicable de manera supletoria en atención a lo dispuesto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

⁴⁷ **RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 010-93-JUS, Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil** publicada en el diario oficial El Peruano el 22 de abril de 1993.
Artículo 197°.- Valoración de la prueba.-
 Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.

⁴⁸ **LEY N° 27444.**
Artículo 43°.- Valor de documentos públicos y privados
 43.1 Son considerados documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades.
Artículo 165°.- Hechos no sujetos a actuación probatoria
 No será actuada prueba respecto a hechos públicos o notorios, respecto a hechos alegados por las partes cuya prueba consta en los archivos de la entidad, sobre los que se haya comprobado con ocasión del ejercicio de sus funciones, o sujetos a la presunción de veracidad, sin perjuicio de su fiscalización posterior”.

⁴⁹ **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 205-2009-OS/CD, Reglamento de Supervisión de Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN**, publicado en el diario oficial El Peruano el 4 de noviembre de 2009.
Artículo 22°.- Facultades de las Empresas Supervisoras
 OSINERGMIN, a través de documento escrito emitido por cada Gerencia de Fiscalización, Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente, podrá otorgar a los supervisores las facultades que considere pertinentes para el ejercicio de sus funciones, de acuerdo al marco legal vigente y a las especificaciones técnicas de su contrato, pudiendo considerar las siguientes:
 (...)
 b) Llevar a cabo los actos necesarios para obtener o reproducir impresos, fotocopias, facsímiles, planos, estudios o informes, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, imágenes satelitales, Sistema de Información Geográfica (SIG), micro formas, tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, actividad humana o su resultado, que sean pertinentes con el objetivo de la supervisión contratada.



probatorios de los hechos que en ellos se describen. Asimismo, los hechos plasmados en el correspondiente Informe de Supervisión, el cual tiene veracidad y fuerza probatoria, responden a una realidad de hecho apreciada directamente por la supervisora en ejercicio de sus funciones, siendo que todas sus labores son realizadas conforme a dispositivos legales pertinentes.

35. En el presente caso, de la observación establecida en el Informe de Supervisión se desprende que durante la supervisión especial del año 2012 efectuada en la UM Pierina se constató que la administrada no controló la generación de polvo en los caminos de acceso, debido a la falta de rociado en estas vías, tal como lo establece su instrumento de gestión ambiental. Además de ello, el supervisor realizó una descripción de lo que observó en las fotografías N° 23 y 24 contenidas en el Informe de Supervisión, esto es, la presencia de emisión de polvos en las vías de acceso y falta de regado.
36. De esta manera, se determinó la responsabilidad administrativa de Barrick sobre la base de la observación contenida en el Informe de Supervisión, de la descripción de las fotografías N° 23 y 24 realizada por el supervisor y de las propias fotografías, por lo que sí existen medios probatorios, además de las fotografías, que acreditan la presencia polvo en los caminos de acceso.
37. Asimismo, cabe mencionar que el artículo 16° de la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD⁵⁰ dispone que la información contenida en los informes técnicos, actas de supervisión u otros documentos similares constituye medio probatorio y se presume cierta, salvo prueba en contrario. En tal sentido, Barrick debió aportar medios probatorios idóneos para desvirtuar los hechos constatados durante la supervisión, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 162° de la Ley N° 27444; no obstante, Barrick no ha presentado medio probatorio alguno que acredite su alegación, razón por la cual corresponde desestimar su argumento.
38. / De otro lado, con relación al argumento de Barrick respecto a que es imposible tener un impacto cero para la generación de polvos y que no se ha verificado la inexistencia de regado o la falta de cumplimiento en la frecuencia del mismo, así como la obligación de tener un registro de regado, cabe precisar que la configuración de la infracción corresponde al incumplimiento del compromiso ambiental descrito en el considerando 25 de la presente resolución, no hace referencia a un compromiso ambiental de tolerancia o impacto cero. Asimismo,

⁵⁰ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 012-2012-OEFA/CD, Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental publicada el 13 de diciembre de 2012.

Artículo 16°.- Documentos públicos

La información contenida en los informes técnicos, actas de supervisión u otros documentos similares constituyen medios probatorios y se presume cierta, salvo prueba en contrario.

Debe indicarse que mediante Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 045-2015-OEFA/PCD, publicada en el diario oficial El Peruano el 7 de abril de 2015, se aprobó el Texto Único Ordenado del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA. Dicho dispositivo legal recoge la misma obligación en su artículo 16°.

tampoco se ha imputado la inexistencia de regado, la falta de cumplimiento de la frecuencia en el mismo, o la obligación de tener un registro; sino que de acuerdo con los medios probatorios (Acta de Supervisión, Informe de Supervisión, y las fotografías N° 23 y 24), la imputación corresponde al incumplimiento de minimizar los impactos sobre los recursos del aire durante la operación de su unidad minera, por no haber implementado adecuadamente medidas de control para reducir las emisiones de polvo en las vías de acceso.

39. Por otro lado, Barrick sostuvo que de los considerandos 43 al 46 de la resolución impugnada, la DFSAI advierte que la medida de control de polvo en los caminos de acceso a las instalaciones de la UM Pierina no solo comprende la obligación del riego con agua o humedecimiento de los caminos cada cuatro (4) horas sino también la obligación de lograr una eficiencia en un 96% de los caminos cada cuatro (4) horas. Así, la administrada indicó que el logro de la eficiencia constituye una obligación independiente al control de polvos, la cual no fue imputada desde inicio del presente procedimiento administrativo, por lo que se habría vulnerado el principio de debido procedimiento al haberse sancionado por el incumplimiento de la supuesta obligación de lograr una eficiencia determinada de riego sin previa posibilidad de ejercer el derecho a descargos⁵¹, por tanto, Barrick alegó que se habría vulnerado su derecho de defensa.
40. Asimismo, Barrick indicó que en el considerando 48 de la resolución impugnada, la DFSAI utilizó una tesis sobre la evaluación visual⁵² para determinar los niveles de polvo sin considerar si dicho texto resulta aplicable o no al caso concreto. En tal sentido, la administrada sostuvo que la DFSAI elaboró una forzada justificación de un supuesto incumplimiento a partir de los enunciados contenidos en una tesis de grado, de la cual se extrae la calificación de media severidad y es utilizada para determinar su supuesta responsabilidad legal; no obstante dicha tesis no es relevante ni vinculante para las operaciones de Barrick y de ninguna administrada.

41. Con relación a lo alegado por la administrada, cabe mencionar que respecto a la motivación de los actos administrativos, el numeral 4 del artículo 3° de la Ley N° 27444, en concordancia con el artículo 6° del citado instrumento⁵³, establece que

⁵¹ Además, Barrick afirmó que de la revisión del Acta de Supervisión del 18 de octubre de 2012, del Informe de Supervisión y del ITA, no se advierte que se haya dejado constancia del incumplimiento de la supuesta obligación de eficiencia en el 96% del riego o humedecimiento de los caminos cada cuatro (4) horas, sino que es la Resolución Directoral N° 302-2015-OEFA/DFSAI en la cual se acusa a la administrada de un supuesto incumplimiento que no fue imputado anteriormente, mencionando fundamentos que probarían tal incumplimiento, como sería el caso de los supuestos de verificación a través de la evaluación visual.

⁵² La referida tesis tiene el título de "Estudio Teórico-Experimental de Demanda, Tecnología y Economía de Métodos para la Supresión de Polvo en caminos de la región de Los Ríos".

⁵³ LEY N° 27444, LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de abril de 2001.

Artículo 3°.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. **Motivación.-** El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo



el acto administrativo debe estar motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. En tal sentido, la motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso y la exposición de las razones jurídicas que justifiquen el acto adoptado, no siendo admisibles como motivación las fórmulas que, por su contradicción, no resulten esclarecedoras para la motivación del acto.

42. En este contexto, nuestro régimen jurídico ha establecido algunos alcances sobre la exigencia de la motivación de las resoluciones en el ámbito de la actuación administrativa. Así, los numerales 1.2 y 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 establecen dos reglas generales vinculadas a la motivación⁵⁴. En primer lugar, se recoge la obligación de la motivación en las decisiones que tome la Administración Pública⁵⁵, conforme al principio del debido procedimiento, y, en

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

(...)

6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

(...)

- ⁵⁴ Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 03891-2011-AA/TC (Fundamento jurídico 17) ha señalado lo siguiente:

"La motivación de las decisiones administrativas no tiene referente constitucional directo. No obstante, se trata de un principio constitucional implícito en la organización del Estado Democrático que se define en los artículos 3° y 43° de la Constitución, como un tipo de Estado contrario a la idea del poder absoluto o arbitrario. En el Estado Constitucional Democrático, el poder público está sometido al Derecho, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración deberá dar cuenta de esta sujeción a fin de despejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la Administración deben contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso".

Asimismo, en la sentencia recaída en el expediente N° 03399-2010-PA/TC (Fundamento jurídico 4) señala lo siguiente:

"El derecho a la motivación de las resoluciones administrativas es de especial relevancia. Consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de todo administrado a que las sentencias estén motivadas, es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican.

La motivación de la actuación administrativa, es decir, la fundamentación con los razonamientos en que se apoya, es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos, imponiéndose las mismas razones para exigirla tanto respecto de actos emanados de una potestad reglada como discrecional.

(...)

Constituye una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto ineludible de todo Estado de derecho. A ello, se debe añadir la estrecha vinculación que existe entre la actividad administrativa y los derechos de las personas. Es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de sus actos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa (...)"

- ⁵⁵ LEY N° 27444.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

(...)

- 1.1. 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

segundo lugar, se dispone –como requisito previo a la motivación– la obligación de la verificación plena de los hechos que sustentan la decisión adoptada por la Administración Pública, conforme al principio de verdad material⁵⁶.

43. Asimismo, de acuerdo con el artículo 3° de la citada ley, la motivación constituye un elemento de validez del acto administrativo, mientras que el artículo 6° del citado instrumento establece con mayor detalle sus alcances, prohibiciones y excepciones.
44. Conforme a lo expuesto, se concluye que la motivación exige la justificación de la decisión adoptada por parte de la Autoridad Administrativa en un caso concreto, lo cual implica la exposición de los hechos debidamente probados y su relación con la norma que contiene la obligación cuyo incumplimiento es materia de imputación, ello como garantía del debido procedimiento administrativo.
45. En el presente caso, de la Resolución Subdirectoral N° 1236-2013-OEFA/DFSAI/SDI se desprende que la SDI inició el presente procedimiento administrativo a Barrick por el incumplimiento del artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, al haberse constatado durante la supervisión especial del año 2012 lo siguiente: *"se observa en diversos puntos de los caminos de acceso a las instalaciones de la unidad minera la emisión de polvos por falta de frecuencia de riego en vías de acceso"*. Así, tal hecho constituyó la inobservancia de los compromisos establecidos en el Plan de Manejo Ambiental contenidos en el EIA Misquichilca, citados en el considerando 25 de la presente resolución.
46. Por su parte, en la Resolución Directoral N° 302-2015-OEFA/DFSAI se advierte que la DFSAI, además de determinar el incumplimiento de los compromisos establecidos en el instrumento de gestión ambiental de la administrada vinculados a la mitigación de la generación de polvos en las vías de acceso sobre la base de los extractos citados en la Resolución Subdirectoral N° 1236-2013-OEFA/DFSAI/SDI, consideró, complementariamente, identificar los parámetros que se deben utilizar para medir el

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.

Cabe destacar que, este principio se manifiesta cuando el legislador, mediante el numeral 2 del artículo 230° de la Ley N° 27444, exige que las entidades apliquen sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.

LEY N° 27444.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

(...)

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

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.



cumplimiento de dicha obligación ambiental, citando el siguiente compromiso ambiental⁵⁷:

"Cuadro 5.3-4 Resumen de las Medidas de Mitigación (continuación)

Fuentes	Método de Mitigación	% Estimado de Eficiencia
Camino de Acarreo de Mineral		
Recorrido	<ul style="list-style-type: none"> • Humedecimiento de caminos cuando están extremadamente secos; esto puede ocurrir cada 4 horas. • Control de velocidad de recorrido. • Mantenimiento periódico para minimizar sedimentación. 	96
Nivelación	<ul style="list-style-type: none"> • Humedecimiento de caminos. 	75

(...)"

47. A partir de este compromiso, la primera instancia administrativa consideró que Barrick tenía la obligación de realizar un control de polvos mediante el riego con agua o humedecimiento de caminos en general cada cuatro (4) horas, lo cual debió generar una eficiencia de 96%. Asimismo, la DFSAI utilizó a modo referencia un trabajo de investigación para justificar que la generación de polvos no fue mínima y, por tanto, no se cumplió con dicha eficiencia, concluyendo de esta manera que "Barrick no realizó un adecuado control de polvo en las vías de acceso a las instalaciones de la Unidad Minera "Pierina", como el regado de los caminos con agua y supresor químico, que cumpla con el estimado de 96%, contraviniendo lo establecido en su EIA Misquichilca"⁵⁸.
48. Al respecto, debe mencionarse que el compromiso citado en el considerando 46 de la presente resolución, hace referencia a los "métodos de mitigación" y "estimado de eficiencia (%)" en la fuente "**camino de acarreo de mineral**", en el cual se señala una serie de acciones al momento de realizar el recorrido en las instalaciones del proyecto Pierina, las cuales deben obtener una eficiencia estimada de 96% para mitigar la emisión de polvos. No obstante, la observación realizada por el supervisor durante la supervisión especial en el año 2012, esto es, la presencia de polvos por falta de riego, ocurrió en los caminos de acceso a las instalaciones de la UM Pierina⁵⁹, por lo que el compromiso ambiental citado en el considerando anterior no

⁵⁷ Foja 73.

⁵⁸ Considerando 77 de la resolución impugnada (foja 76, reverso).

⁵⁹ Al respecto, el EIA Misquichilca establece que existen dos tipos de camino en la UM Pierina:

"3.1.6.8 Caminos

Habrían dos tipos de camino en la zona del Proyecto: vías principales de acarreo y caminos menores para los servicios. Los caminos de acarreo se ubican dentro del tajo abierto y conectan al tajo con las chancadoras, con la zona de almacenamiento de desmonte y con las pilas de lixiviación. Los caminos de acarreo dentro de los límites del tajo abierto y dentro de la zona de almacenamiento de desmonte tienen 25 m de ancho. Fuera de estas áreas, los caminos de acarreo tienen 30 m de ancho. (...)

Los caminos secundarios para vehículos de servicio se construirán con materiales de préstamo que no sean potencialmente generadores de drenaje ácido. Se tiene previsto construir aproximadamente 15 Km de caminos secundarios.

resultaría aplicable a los caminos de acceso, debido a que el estimado de eficiencia del 96% hace referencia a una ubicación distinta (caminos de acarreo). En tal sentido, la DFSAI no debió considerar el referido compromiso ambiental para fundamentar el incumplimiento de la falta de adopción de medidas para controlar la generación de polvos en los caminos de acceso.

49. No obstante ello, corresponde mencionar que ha quedado acreditado que la administrada no ejecutó las medidas de control para evitar la generación de polvos en los caminos de acceso, tales como "los caminos secundarios de acceso serán rociados según sea necesario, para controlar la generación de polvo", lo cual sí fue considerado y motivado por la DFSAI en la Resolución Directoral N° 302-2015-OEFA/DFSAI, toda vez que durante la supervisión especial del año 2012, el supervisor observó la emisión de polvos por falta de rociado o regado en estos caminos, lo cual se aprecia en las fotografías N° 23 y 24 contenidas en el Informe de Supervisión. Por esta razón, el supervisor concluyó que⁶⁰:

"6.7. En la presente supervisión ambiental, se observó la emisión de material particulado al ambiente durante el recorrido de las unidades vehiculares del titular minero, determinándose una observación de campo (...)" (Subrayado agregado)

50. En consecuencia, esta Sala considera que el hecho que la DFSAI citara un compromiso que no resultaba aplicable en el presente caso, no resulta un vicio trascendente, pues de cualquier otro modo la resolución apelada hubiese determinado de manera suficiente la existencia de responsabilidad administrativa de Barrick por el incumplimiento del artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, tal como ha sido expuesto en los considerandos 26 al 28 y 35 al 36 de la presente resolución, así como en los considerandos 31 al 34 de la resolución apelada.

51. Al respecto, el numeral 1 del artículo 14° de la Ley N° 27444⁶¹, señala que cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

52. Es así que la precitada norma ha establecido una relación taxativa de actos administrativos afectados por vicios no trascendentes que pueden ser conservados, siendo uno de ellos el acto administrativo que hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio, privilegiando la eficacia del acto administrativo, lo cual

Habrá un sistema de control de tráfico consistente en avisos, restricciones de velocidad y radiocomunicaciones. El polvo será controlado mediante la utilización de dos camiones cisterna, los cuales se espera que distribuyan un promedio de 70 m³/h de agua durante la temporada seca". (Página 24 del EIA Misquichilca).

⁶⁰ Página 8 del Informe de Supervisión contenido en el disco compacto a foja 6.

⁶¹ LEY N° 27444.

Artículo 14°.- Conservación del acto.

14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.



permite perfeccionar las decisiones de las autoridades –respaldadas en la presunción de validez– afectadas por vicios no trascendentes, sin tener que anularlas o dejarlas sin efecto⁶².

53. En tal sentido, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 10° y el numeral 2.4 del artículo 14° de la Ley N° 27444⁶³, esta Sala considera que corresponde conservar el acto administrativo contenido en la Resolución Directoral N° 302-2015-OEFA/DFSAI del 31 de marzo de 2015, en el extremo que determinó la responsabilidad de Barrick por no controlar la generación de polvo en las vías de acceso, lo cual constituyó el incumplimiento del artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, al haberse erróneamente adoptado un fundamento secundario como motivación que no hubiese variado la existencia de responsabilidad administrativa resuelta en contra de Barrick en el presente procedimiento administrativo sancionador.
54. En consecuencia, se concluye que no se ha vulnerado el principio de debido procedimiento, correspondiendo desestimar lo alegado por la administrada en este extremo de su recurso de apelación.
55. Además, Barrick señaló que resulta arbitrario que la DFSAI sostenga que la presencia de polvo en las vías de acceso cause o pueda causar en un futuro algún impacto negativo en la salud o seguridad de las personas, toda vez que dicha afirmación no se fundamenta en ninguna prueba técnica, teniendo en cuenta que incluso la presunción de efectos negativos en el ambiente o en la salud de las personas, debe estar respaldada por evidencias científicas. Así, la administrada indicó que si el OEFA pretender sostener que un hecho determinado (como es el caso de la presencia de polvo en las vías de acceso) puede generar alguna afectación, deberá respaldar su afirmación mínimamente con monitoreos del cuerpo receptor supuestamente afectado (aire), acreditando que se ha superado los ECA correspondientes, y probar que dicha superación es responsabilidad del imputado

⁶² MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Novena Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 182.

Asimismo, cabe indicar que en cuanto a la instancia competente para realizar la conservación de los actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, DANOS ORDOÑEZ señala lo siguiente:

"(...) es competencia primera de la autoridad o funcionario que emitió el acto viciado, pero también del superior jerárquico administrativo cuando (...) se ha interpuesto recurso para impugnar un acto administrativo, caso este último en el que, de corresponder su tramitación al superior jerárquico, este podrá corregir todos aquellos vicios o defectos incurridos de carácter no trascendente del acto impugnado."

DANOS ORDÓÑEZ, Jorge. "Régimen de la nulidad de los actos administrativos en la nueva Ley N° 27444". En *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444*. Segunda Parte. Lima: Ara Editores, 2003, p. 248.

⁶³ LEY N° 27444.

Artículo 10°.- Causales de nulidad.

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14°.

como causante (nexo causal), conforme lo establece el numeral 4 del artículo 31° de la Ley N° 28611.

56. Sobre el particular, debe señalarse que la conducta imputada por la DFSAI fue infringir el artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, al incumplir la recurrente el compromiso contenido en el EIA Misquichilca y no por exceso de los LMP o ECA para aire. Además, cabe señalar que el artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM es una obligación de carácter preventivo en tanto establece que el titular minero debe ejecutar los compromisos ambientales asumidos en su EIA Misquichilca (como controlar la emisión de polvos) a fin de mitigar los posibles impactos ambientales que puedan ocurrir durante el ejercicio de la actividad, y de esta manera asegurar el adecuado manejo ambiental del proyecto a ejecutarse, por lo que para incurrir en el incumplimiento de esta obligación no se requiere acreditar una afectación ambiental.
57. Asimismo, cabe precisar que este Tribunal de Fiscalización Ambiental ha señalado en reiterados pronunciamientos que la exigibilidad de todos los compromisos ambientales asumidos en los instrumentos de gestión ambiental por parte de los titulares mineros se derivan de lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM⁶⁴.
58. Bajo estas consideraciones, esta Sala confirma la responsabilidad administrativa de Barrick, al haberse acreditado que la administrada no controló la presencia de polvos en los caminos de acceso a las instalaciones de la UM Pierina, debido a la falta de regado, lo cual constituye el incumplimiento del compromiso ambiental establecido en el EIA Misquichilca, y por tanto, del artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, y la configuración de la infracción prevista en el numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.

De conformidad con lo establecido en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental; Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del 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:


PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución Directoral N° 302-2015-OEFA/DFSAI del 31 de marzo de 2015, que determinó la existencia de responsabilidad administrativa de Minera Barrick Misquichilca S.A. al haberse acreditado que la administrada incumplió el artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM y configuró la infracción prevista en el numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución; quedando agotada la vía administrativa.

⁶⁴ Resoluciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental N° 039-2015-OEFA/TFA-SEM, N° 025-2014-OEFA/TFA-SEP1, N° 030-2014-OEFA/TFA-SE1 y N° 022-2014-OEFA/TFA-SE1, entre otras.

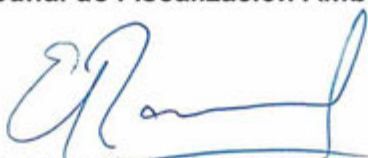


SEGUNDO.- Notificar la presente resolución a Minera Barrick Misquichilca S.A. y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.


Regístrese y comuníquese.



.....
HÉCTOR ADRIÁN CHÁVARRY ROJAS
Presidente
Sala Especializada en Minería
Tribunal de Fiscalización Ambiental



.....
LUIS EDUARDO RAMÍREZ PATRÓN
Vocal
Sala Especializada en Minería
Tribunal de Fiscalización Ambiental



.....
CÉSAR ABRAHAM NEYRA CRUZADO
Vocal
Sala Especializada en Minería
Tribunal de Fiscalización Ambiental