

REPÚBLICA DEL PERÚ



# Tribunal de Fiscalización Ambiental

## Resolución N° 215-2012-OEFA/TFA

Lima, 23 OCT. 2012

### VISTOS:

El Expediente N° 017-08-MA/E que contiene el recurso de apelación interpuesto por XSTRATA TINTAYA S.A.<sup>1</sup> (en adelante, XSTRATA) contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007055 de fecha 19 de abril de 2010 y el Informe N° 231-2012-OEFA/TFA/ST de fecha 19 de octubre de 2012;

### CONSIDERANDO:

1. Por Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007055 de fecha 19 de abril de 2010 (Fojas 352 a 357), notificada con fecha 03 de mayo de 2010, se impuso a XSTRATA una multa de treinta (30) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de tres (3) infracciones; conforme se detalla a continuación<sup>2</sup>:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCION
Incumplir el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto de Óxidos,	Artículo 6° del Decreto	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo	10 UIT

<sup>1</sup> XSTRATA TINTAYA S.A. identificado con Registro Único de Contribuyentes (RUC) N° 20114915026.

<sup>2</sup> Corresponde precisar que de acuerdo al artículo 2° de la parte resolutive de la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007055, se dispuso el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador en el extremo referido a las siguientes infracciones:

- Incumplimiento del artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, por no realizar la recirculación del efluente minero metalúrgico almacenado en la poza que capta los drenajes del Botadero 23
- Incumplimiento de los artículos 5° y 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, artículo 74° de la Ley N° 28611 y artículo 104° de la Ley N° 26842, por descargar el efluente proveniente de los drenajes del Botadero 23, sin autorización

<p>aprobado por Resolución Directoral N° 363-2004-EM/AAM, por no realizar el monitoreo del efluente minero-metalúrgico almacenado en la poza que capta los drenajes del Botadero 23</p>	<p>Supremo N° 016-93-EM<sup>3</sup></p>	<p>de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM<sup>4</sup></p>	
<p>Modificar el sistema de manejo de efluentes mineros metalúrgicos provenientes del Botadero 23, mediante la construcción de obras adicionales (poza denominada PCEPO), que no están contempladas en estudio ambiental alguno aprobado por el Ministerio de Energía y Minas</p>	<p>Artículos 23° y 7° numeral 3 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, concordante con el artículo 25° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 046-2001-EM<sup>5</sup></p>	<p>Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM</p>	<p>10 UIT</p>

**<sup>3</sup> DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO PARA LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA ACTIVIDAD MINERO-METALÚRGICA.**

**Artículo 6.-** Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 225o. 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.

**<sup>4</sup> 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.**

**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. (...)

**<sup>5</sup> DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO PARA LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA ACTIVIDAD MINERO-METALÚRGICA.**

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

(...) 3. Los titulares de concesiones que se encuentren en la etapa de producción u operación y que requieren ampliar sus operaciones, deberán presentar al Ministerio de Energía y Minas un Estudio de Impacto Ambiental del correspondiente proyecto.

**Artículo 23°.-** El EIA deberá presentarse al Ministerio de Energía y Minas en dos ejemplares.

No comunicar al OSINERGMIN, dentro de las 24 horas, la descarga al ambiente que realizó el efluente minero metalúrgico proveniente de la poza que capta los drenajes del Botadero 23	Artículo 9° de la Ley N° 28964 y artículo 29° del Reglamento aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD <sup>6</sup>	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM	10 UIT
<b>MULTA TOTAL</b>			<b>30 UIT</b>

2. Mediante escrito de registro N° 1354973 presentado con fecha 24 de mayo de 2010 (Fojas 361 al 404), la recurrente interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007055, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

- a) No se ha configurado la infracción al artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, porque el monitoreo del punto PZI estaba limitado exclusivamente a casos excepcionales, tales como precipitaciones atípicas muy altas o cuando se toma la decisión de descargar fuera del circuito operativo, circunstancias en las cuales será considerado como efluente minero.

En este sentido, siendo que toda el agua de la Poza del Botadero 23 es recirculada y no existen descargas, resultaba materialmente imposible realizar un monitoreo. Además, el incidente del 22 de febrero de 2008 no implicó la descarga de un efluente sino el reboce de la poza de aguas de lluvia por una falla operativa.

El Ministerio de Energía y Minas, luego de recibido el EIA y/o la ampliación solicitada, procederá a su revisión, la que deberá efectuarse dentro de un plazo máximo de cuarentaicinco (45) días. Transcurrido dicho plazo, sin haberse emitido comunicación alguna, el EIA quedará aprobado automáticamente.

**DECRETO SUPREMO N° 046-2001-EM. REGLAMENTO DE SEGURIDAD E HIGIENE MINERA.**

**Artículo 25°.-** Las actividades mineras no podrán iniciar, reiniciar o cesar sus operaciones sin notificar previamente a la autoridad minera, adjuntando lo siguiente:

- a) Evaluación ambiental o estudio de impacto ambiental, plan de minado y plan de cierre debidamente aprobados.  
b) Documentación que acredite que el solicitante está autorizado a utilizar el terreno de propiedad privada en el que realizará la explotación.  
c) Autorización del Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción en caso de que se proyecte iniciar la explotación cercana a asentamiento humanos, carreteras y/o autopistas.  
d) Opinión favorable del respectivo consejo provincial en caso de que se proyecte iniciar la explotación en zona urbana o expansión urbana.  
e) Si la explotación, afectara a zonas agrícolas, no solo contar con la opinión favorable del Ministerio de Agricultura, sino la autorización del propietario.

**6 LEY N° 28964. LEY QUE TRASFIERE COMPETENCIAS DE SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE MINERAS AL OSINERGMIN.**

**Artículo 9°.- ACCIDENTES FATALES Y SITUACIONES DE EMERGENCIA**

Los accidentes fatales, así como las situaciones de emergencia de seguridad e higiene minera y/o de naturaleza ambiental, deben ser comunicados por el titular minero al OSINERGMIN dentro de las veinticuatro (24) horas de ocurridos. En estos casos, el OSINERGMIN dispondrá la inspección sin perjuicio de las medidas inmediatas que deberá tomar el titular de la actividad minera.

- b) Se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, al haberse interpretado la obligación de monitorear establecida en su estudio ambiental como una actividad permanente.
- c) Con relación a la realización de actividades sin contar con estudio ambiental aprobado, cabe señalar que la poza PCEPO sí estuvo considerada en el Addendum del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto óxidos, aprobado por Resolución Directoral N° 019-2001-EM-DGAA y la Modificación al Estudio de Impacto Ambiental, aprobado por Resolución Directoral N° 363-2004-EM/AAM, en el Diseño de Factibilidad Botadero 23.
- d) El rebose proveniente de la poza que capta los drenajes del botadero 23, producido el 22 de febrero de 2008, generó un incidente menor, por lo que no se produjo una situación de emergencia ambiental, conforme a lo establecido en el Reglamento de la Ley N° 28804, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2008-PCM, y el artículo 9° de la Ley N° 29864.

### Competencia

- 3. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA)<sup>7</sup>.
- 4. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, el OEFA es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> DECRETO LEGISLATIVO N° 1013. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE.  
SEGUNDA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL.- CREACIÓN DE ORGANISMOS PÚBLICOS ADSCRITOS AL MINISTERIO DEL AMBIENTE

#### 1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

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

#### <sup>8</sup> LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

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

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

##### Artículo 11°.- Funciones generales

Son funciones generales del OEFA: (...)

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

5. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la ley citada en el considerando precedente, dispone que mediante Decreto Supremo refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA<sup>9</sup>.
6. Con Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, publicado el 21 de enero de 2010, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN al OEFA; y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, publicada el 20 de julio de 2010, se estableció como fecha efectiva de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería del OSINERGMIN al OEFA, el 22 de julio de 2010.
7. De otro lado, es preciso mencionar que el artículo 10° de la citada Ley N° 29325, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA<sup>10</sup>.

**<sup>9</sup> LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.  
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES  
PRIMERA.- (...)**

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

**<sup>10</sup> LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.  
Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental**

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

**Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental**

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

**Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental**

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

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

## Norma Procedimental Aplicable

8. Antes de realizar el análisis de los argumentos esgrimidos por la recurrente, resulta pertinente, en aplicación del Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establecer la norma procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes<sup>11</sup>.
9. En tal sentido, siendo que a la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, corresponderá observar el contenido normativo de dicho cuerpo legal.

## Análisis

### Protección constitucional al ambiente

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

Sobre el particular, cabe indicar que de acuerdo al numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993, constituye derecho fundamental de la persona “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”<sup>12</sup>.

Ahora bien, a efectos de establecer el contenido del indicado derecho constitucional, conviene explicar aquello que se entiende por “ambiente”, por tratarse de un concepto consustancial al mismo. Al respecto, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 0048-2004-AI, en su Fundamento N° 27, señaló lo siguiente<sup>13</sup>:

---

<sup>11</sup> LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.  
TÍTULO PRELIMINAR

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> La sentencia recaída en el Expediente 0048-2004-AI, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica:  
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>

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

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

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

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

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

En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 2°.- Del ámbito

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

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

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

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

Ahora bien, habiéndose precisado el concepto de ambiente, cabe señalar que de acuerdo a lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, el derecho fundamental previsto en el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política se encuentra integrado por<sup>15</sup>:

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

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

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

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

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

*Sobre la no configuración de la infracción al no ser obligatorio monitorear en forma permanente el punto PZI*

- 
11. Respecto a lo alegado en los literales a) y b) del numeral 2, cabe indicar que de acuerdo al artículo 7° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, para el desarrollo de actividades de explotación el titular minero debe contar con un Estudio de Impacto Ambiental (en adelante, EIA), el que deberá ser presentado para su aprobación ante la Dirección General de Asuntos Ambientales

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

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 ambiente<sup>16</sup>.

En ese mismo sentido, los artículos 18° y 25° de la Ley N° 28611, prevén que los Estudios de Impacto Ambiental en su calidad de instrumentos de gestión incorporan aquellos programas y compromisos que, con carácter obligatorio, tienen como propósito evitar o reducir a niveles tolerables, el impacto al medio ambiente generado por las actividades productivas<sup>17</sup>.

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 de revisión del EIA, lo que significa que luego de la presentación del estudio original presentado por el titular minero, éste es sometido a examen por la autoridad competente<sup>18</sup>.

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

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

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

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

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

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

**Artículo 18°.- Del cumplimiento de los instrumentos**

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

**Artículo 25°.- De los Estudios de Impacto Ambiental**

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

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

**Artículo 6°.- Procedimiento para la certificación ambiental**

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

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

En efecto, en el marco de los artículos 5° y 6° del Decreto Supremo N° 053-99-EM, que establece las disposiciones que uniformizan los procedimientos administrativos ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas, y el artículo 12° de la Ley N° 27446, dicha autoridad se encuentra autorizada a formular observaciones al estudio original, las mismas que una vez absueltas por el titular formarán parte, ambas, del instrumento de gestión ambiental que se apruebe<sup>19</sup>.

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

Así las cosas, una vez obtenida la Certificación Ambiental, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 55° del Reglamento de la Ley N° 27446, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-EM, publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 19 de marzo de 2009, será responsabilidad del titular de la actividad cumplir con todas las obligaciones para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, compensar y manejar los impactos ambientales señalados en el Estudio de Impacto Ambiental<sup>20</sup>.

**<sup>19</sup> LEY N° 27446. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL.**

**Artículo 12°.- Resolución de certificación ambiental**

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

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

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

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

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

**<sup>20</sup> REGLAMENTO DE LA LEY N° 27446, LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. DECRETO SUPREMO N° 019-2009-EM.**

**Artículo 55°.- Resolución aprobatoria**

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

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

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

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

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

De acuerdo a los sub-numerales 4.2.1 y 4.2.2 del numeral 4.2 del capítulo IV "Plan de Manejo Ambiental para el Botadero 23" de la modificación del Estudio de Impacto Ambiental "Planta de óxidos", aprobada por Resolución Directoral N° 363-2004-EM/AAM, XSTRATA asumió las siguientes obligaciones ambientales fiscalizables<sup>21</sup> (Fojas 42 y 43 del EIA)<sup>22</sup>:

#### **"4.2.1 Programa de Monitoreo**

##### **a) Calidad del Agua**

*Las estaciones de monitoreo para el control de la calidad del agua durante la vida útil del Botadero 23 de desmonte - ripio son: T1 y T3. Su ubicación está definida en la Tabla 4.1. Adicionalmente se establecerá una estación en la poza de captación identificada con PZ1, a la salida de la descarga. Los parámetros a considerar son los establecidos en el Anexo N° 2 de la R.M. N° 011-96-EM/MM. La frecuencia será mensual. Diagrama 4.2 muestra la ubicación de las estaciones de monitoreo para la etapa de operación del Botadero 23. (...)*

<sup>21</sup> Sobre las "obligaciones fiscalizables" corresponde precisar que éstas se constituyen por aquellas obligaciones exigibles a las personas naturales o jurídicas que desarrollan actividades bajo el ámbito de competencia de este Organismo Técnico Especializado, cuyo incumplimiento acarrea consecuencias jurídicas restrictivas de sus derechos.

A su vez, a efectos de identificar dichas obligaciones se debe recurrir a sus fuentes, las que de acuerdo al literal d) del artículo 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, se encuentran conformadas por la legislación ambiental, los instrumentos de gestión ambiental y los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA.

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

##### **Artículo 11°.- Funciones generales**

Son funciones generales del OEFA:

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

<sup>22</sup> Se debe precisar que el referido Estudio de Impacto Ambiental es la modificación del Estudio de Impacto Ambiental aprobado por la Dirección General de Minería con fecha 12 de noviembre de 1996, de conformidad con el Informe N° 477-96-EM-DGM/DPAM.

#### “4.2.2 Plan de Contingencias

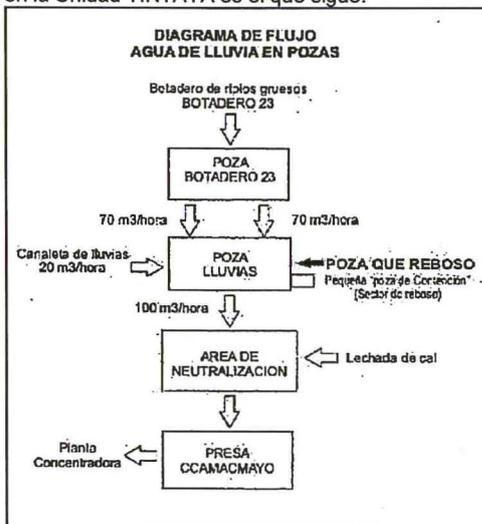
Las filtraciones provenientes del Botadero 23 de desmonte-ripió, se coleccionarán en una poza de captación ubicada a unos 40 metros de la base del talud inicial de la fase 01. Esta poza será excavada e impermeabilizada y su efluente deberá de tener un constante monitoreo por parte de la Superintendencia de Medio Ambiente para el control de aguas.

La poza contará con las dimensiones adecuadas teniendo en consideración el periodo de retorno establecido para máximas avenidas. El agua coleccionada en la poza reingresará al proceso de la planta de óxidos mediante un sistema de bombeo

En el caso extremo de exceso de lluvia y la poza tendiera a rebalsar, el monitoreo nos indicará si se puede descargar agua como efluentes. Si los niveles son más altos, de todas maneras se bombeará el agua hacia óxidos para su procesamiento”

De lo expuesto, se verifica que XSTRATA se encontraba obligada a disponer la ubicación de una estación en la Poza Botadero 23, a la salida de la descarga, que capta toda el agua de drenaje del botadero de rípios gruesos mezclado con material caliza proveniente del tajo de mina, y realizar el monitoreo con una frecuencia mensual, considerando los parámetros previstos en el Anexo 2 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Sobre el particular, cabe precisar que de acuerdo al numeral 3.2 del punto 3 del Informe de la Supervisión Especial a la Unidad Minera Tintaya de XSTRATA TINTAYA S.A., el diagrama sobre el manejo de los efluentes generados por XSTRATA en la Unidad TINTAYA es el que sigue:



Sobre el particular, se debe mencionar que conforme a lo establecido en el Informe de Supervisión Especial a la Unidad Minera Tintaya de XSTRATA TINTAYA S.A. (Foja 27), en concordancia con el documento adjunto en calidad de Anexo N° 17(Foja 188), durante la supervisión a las instalaciones de la apelante, el Supervisor Externo ALGON INVESTMENT S.R.L. constató lo siguiente:

*“Se solicitó al titular minero los reportes de monitoreo de efluentes de la poza P23, por lo que el mismo entregó los cuadros de Parámetros Regulados para Efluentes Líquidos en los puntos DB-02 y QY-02, los cuales no corresponden a los efluentes que descargan de la poza P23 (Poza Botadero 23), puesto estos están referidos a las estaciones ubicadas al ingreso de la poza P23 y a la Quebrada Yanamayo (...)” (SIC) (El agregado en paréntesis es nuestro)*

En este contexto, toda vez que la disposición del numeral 21.4 del artículo 21° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD<sup>24</sup>, establece que la información contenida en los Informes de Supervisión se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario, correspondía a XSTRATA la presentación de medios de prueba que desvirtúen el contenido del mencionado Informe, lo que no ocurrió.

En efecto, XSTRATA no desconoce los hechos constatados por el Supervisor Externo arriba citados, al sostener que no le era exigible la realización del monitoreo de la descarga proveniente de la Poza Botadero 23, toda vez que esta actividad estaría condicionada a casos de precipitaciones atípicas muy altas o cuando se toma la decisión de descargar fuera del circuito operativo.

Conforme se desprende de los compromisos ambientales derivados del sub-numeral 4.2.1 del numeral 4.2 del capítulo IV de la modificación del Estudio de Impacto Ambiental aprobado por Resolución Directoral N° 363-2004-EM/AAM, se advierte que la obligación de monitoreo no se encuentra sujeta a condicionalidad alguna, como indica la apelante.

De otro lado, corresponde precisar que de acuerdo a los sub-numerales 4.2.1 y 4.2.2 del numeral 4.2 del capítulo IV de la modificación del Estudio de Impacto Ambiental citado, la obligación de monitorear el agua de la Poza del Botadero 23, que se bombeaba hacia la poza de lluvias, se sustenta en la necesidad de prevenir que, en casos de rebose el vertimiento de dichos flujos al ambiente, estos no excedan los Límites Máximos Permisibles – LMP establecidos en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM.

<sup>24</sup> RESOLUCIÓN N° 640-2007-OS/CD. REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL OSINERGMIN.

TÍTULO IV  
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Artículo 21°.- Inicio del Procedimiento

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

En virtud de ello, si bien la recurrente señala que no existían descargas directas al ambiente, ello no la exonera de responsabilidad por el incumplimiento sancionado toda vez que el monitoreo debía realizarse en las aguas de la Poza del Botadero 23, de acuerdo al compromiso recogido en el Estudio de Impacto Ambiental.

A su vez, con relación a lo indicado en el sentido que el incidente ocurrido no implicó una descarga de efluente sino el reboce de la poza de aguas de lluvia, corresponde precisar que en este extremo no se ha formulado imputación alguna vinculada con la calidad del líquido proveniente de dicha poza, sino el incumplimiento de la obligación ambiental de monitorear el contenido de la Poza del Botadero 23, razón por la cual al no guardar relación con el objeto de prueba del presente procedimiento sancionador, en aplicación numeral 163.1 del artículo 163° de la Ley N° 27444, corresponde desestimar lo señalado al respecto, por impertinente.

De otro lado, resulta oportuno precisar que lo señalado por el OSINERGMIN en el numeral 3.1 del punto 3 de la resolución recurrida en el sentido que el monitoreo debía realizarse de modo permanente, se sustentó en lo siguiente:

- Numeral 2.6 del Diseño de Factibilidad del Botadero 23 de Desmonte – Ripio (Foja 260):

*“Una poza de Captación, ubicada a 40 metros de la base del talud inicial de la fase 01. Esta poza será excavada e impermeabilizada con arcilla adecuadamente y recubierta con vinimanta, la cual debe de tener un constante monitoreo por parte de Medio Ambiente para el control de aguas (...).”*

- Anexo N° 2 del Levantamiento de Observaciones de la Modificación de EIA Planta Industrial de Óxidos (Foja 373):

*“(…) en el ítem 4.2.2 “Plan de Contingencias” de la Modificación del EIA Planta de Óxidos de BPH Billiton Tintaya S.A.; esta poza servirá de contingencia en el caso que la calidad no cumpla con los lineamientos establecidos por la Legislación Nacional, de lo contrario podrá ser evacuada normalmente. Así mismo se especifica que en el caso que haya una fuerte precipitación, las aguas deberán ser evacuadas; considerando que los datos de monitoreo indica que durante fuertes lluvias; el agua de la presa de emergencia (donde se ubica actualmente el botadero 20), contienen elementos disueltos por debajo de los niveles máximos permisibles”.*

En tal sentido, se advierte que la interpretación del estudio ambiental materia de análisis se realizó siguiendo el contenido del mismo, razón por la cual no se ha producido vulneración alguna del Principio de Razonabilidad, previsto en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

Por lo expuesto, corresponde desestimar lo alegado por XSTRATA en estos extremos.

Sobre la realización de actividades sin contar con estudio ambiental aprobado

12. Respecto a lo alegado en el literal c) del numeral 2, corresponde señalar que de acuerdo al Principio de Verdad Material previsto en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, en concordancia con el numeral 6.1 del artículo 6° del mismo cuerpo legal, los pronunciamientos que emiten las entidades al interior de los procedimientos administrativos sólo podrán sustentarse en aquellos hechos que se encuentren debidamente probados<sup>25</sup>.

En esta línea, resulta oportuno especificar que en el marco del artículo 197° del Código Procesal Civil, aplicable de manera supletoria en atención a la Primera Disposición Final de dicho cuerpo legal y el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, la valoración de los medios probatorios es realizada en forma conjunta y según las reglas de la sana crítica, lo que implica apelar, entre otros, a criterios de suficiencia, lógica y congruencia de los mismos<sup>26</sup>.

En este contexto normativo, toda vez que XSTRATA alega que la poza de captación de efluentes de la planta de óxidos, identificada por sus siglas como poza PCEPO, sí estuvo considerada en el Addendum del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto óxidos, aprobado por Resolución Directoral N° 019-2001-EM-DGAA y la Modificación al Estudio de Impacto Ambiental, aprobado por la Resolución Directoral N° 363-2004-EM/AAM, corresponde a este Órgano Colegiado determinar la veracidad de dicha afirmación, a la luz del referido estudio ambiental.

Sobre el particular, corresponde señalar que el numeral 3.4 del Addendum del Estudio de Impacto Ambiental aprobado por Resolución Directoral N° 019-2001-EM-DGAA, del Estudio de Impacto Ambiental aprobado por Resolución sustentada en el Informe N° 477-96-EM-DGM/DPAM, estipula lo siguiente:

<sup>25</sup> LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

TÍTULO PRELIMINAR

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.

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. (...)

<sup>26</sup> RESOLUCION MINISTERIAL N° 010-93-JUS. TEXTO UNICO ORDENADO DEL CODIGO PROCESAL CIVIL.

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.

*“El Proyecto de óxidos originalmente fue diseñado con tres pozas de recolección de solución, incluyendo una poza para solución de lixiviación impregnada (PLS), una poza de refinó y una poza para aguas pluviales. Las tres pozas iban a ser construidas con un revestimiento de doble membrana y un sistema de recolección de filtraciones. (...)*

*Las modificaciones propuestas para las pozas de recolección de solución incluyen un nuevo diseño del revestimiento para la poza de agua pluvial (...):*

- El sistema de revestimiento para la poza de aguas pluviales será construido con una sola capa de suelo compactado de baja permeabilidad, en vez del sistema de doble membrana que originalmente se propuso”.*

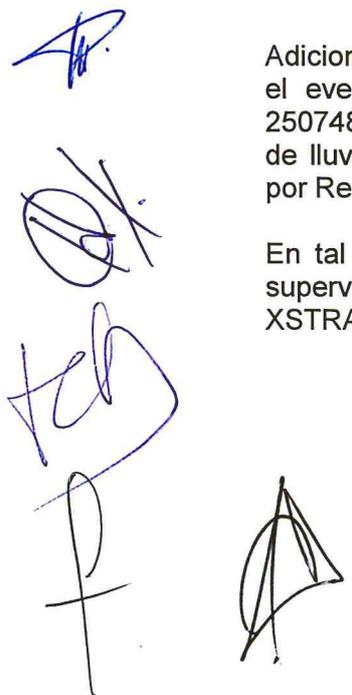
Asimismo, conforme a lo descrito en el sub-numeral 3.2 del numeral 3 del Informe de Supervisión Especial a la Unidad Minera Tintaya de XSTRATA TINTAYA S.A. (Fojas 22 y 23), el Supervisor Externo ALGON INVESTMENT S.R.L. concluyó lo siguiente:

*“(...) en el lado este de esta poza se observa una especie de aliviadero de geomembrana (...), con una pendiente 30° y una longitud de 10 metros aproximadamente que concluye en una pequeña poza del mismo material de aproximadamente 3.0m. de ancho x 4.0 m. de largo y 0.30 m. de altura. (...)*

*De acuerdo a lo informado por el titular minero, esta pequeña poza de geomembrana es utilizada a manera de contención de probables reboses desde la poza PCCEPO. Cabe mencionar que el día del evento, el efluente de esta poza discurrió por el aliviadero arriba mencionado hacia la pequeña poza de contención la misma que, por sus dimensiones limitadas, fue rebasada rápidamente, vertiéndose los efluentes hacia las cotas de terreno más bajas, alcanzando el canal Ccocrete que en este tramo, a escasos 05 metros de esta pequeña poza de contención (...).”*

Adicionalmente, en el Informe de supervisión se expresó que al sector donde ocurrió el evento le corresponden las siguientes coordenadas (Foja 28): 8353853N y 250748E, en una altitud de 4003 msnm, que son las mismas donde se ubica la Poza de Lluvias contenida en el Addendum del Estudio de Impacto Ambiental aprobado por Resolución Directoral N° 019-2001-EM-DGAA.

En tal sentido, la constitución de la Poza de Lluvias denominada PCEPO por el supervisor estaba prevista en el EIA, por lo que corresponde estimar lo alegado por XSTRATA en este extremo.



Por tanto, la resolución recurrida se ha expedido en contravención del Principio de Verdad Material regulado en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, ya que no se acreditaron los hechos que sustentaron la imputación realizada en este extremo, en tanto la Poza de Lluvias denominada PCEPO sí se incluyó en el estudio ambiental aprobado.

En consecuencia, corresponde estimar lo alegado por la recurrente en el extremo referido a la infracción por incumplimiento de los artículos 23° y 7° numeral 3 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, concordante con el artículo 25° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 046-2001-EM, por haber incurrido en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 10° de la Ley N° 27444<sup>27</sup> y en consecuencia, dejar sin efecto la multa impuesta por la citada infracción.

En cuanto a la infracción al artículo 9° de la Ley N° 28964 y artículo 29° del Reglamento aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD

13. Al respecto, corresponde precisar que en aplicación de los Principios de Legalidad y del Debido Procedimiento, contenidos en los numerales 1.1 y 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, respectivamente, los pronunciamientos de la autoridad administrativa deben sustentarse en la debida aplicación e interpretación del conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, lo que implica la observancia de la regulación que garantiza a los administrados la obtención de una decisión motivada y fundada en derecho<sup>28</sup>.

En dicho marco normativo, este Cuerpo Colegiado, luego de revisar los actuados que obran en el presente expediente administrativo, considera pertinente determinar si se realizó una debida aplicación del marco normativo que tipifica el incumplimiento del artículo 9° de la Ley N° 28964 y del artículo 29° del Reglamento aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD, según se indica en el numeral 3.1 del punto 3 del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.

Sobre el particular, corresponde precisar que la obligación ambiental fiscalizable derivada del artículo 9° de la Ley N° 28964 y del artículo 29° del Reglamento aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD, es una de tipo formal consistente en el deber de los titulares de actividades mineras de informar al organismo fiscalizador, entre otros, la ocurrencia de incidentes, accidentes o situaciones de

<sup>27</sup> Se debe precisar que el artículo 25° del Reglamento de Seguridad e Higiene Minera, aprobado por Decreto Supremo N° 046-2001-EM fue utilizado de manera complementaria en el oficio de inicio del presente procedimiento administrativo sancionador.

<sup>28</sup> LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

**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:

1.1. 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.

emergencia ambiental. Dicha obligación de tipo formal se encuentra tipificada en el numeral 1.1 del punto 1 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.

Por tal motivo, considerando que la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM tipifica el incumplimiento de obligaciones formales en su numeral 1.1 del punto 1, debió aplicarse este último tipo legal a efectos de sancionar los hechos imputados a XSTRATA en este extremo, y no así la infracción regulada en el numeral 3.1 del punto 3 de la referida Resolución Ministerial, como ocurrió en el presente caso, y que se refiere a otro tipo de obligaciones sustantivas, por lo que se advierte que en este extremo el OSINERGMIN realizó una indebida aplicación de la legislación del sector.

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.

En virtud de lo expuesto, se concluye que la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007055 de fecha 19 de abril de 2010 se emitió vulnerando los Principios de Legalidad y del Debido Procedimiento, contenidos en los numerales 1.1 y 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, al haber realizado una aplicación incorrecta de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, incurriendo en la causal de nulidad prevista en el numeral 1 del artículo 10° de la citada Ley N° 27444.

Por tal motivo, en aplicación del numeral 202.1 del artículo 202° de la Ley N° 27444, corresponde declarar de oficio la nulidad de dicho acto administrativo en el extremo referido a la atribución de responsabilidad por el incumplimiento del artículo 9° de la Ley N° 28964 y artículo 29° del Reglamento aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD; y, en consecuencia devolver los actuados a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos<sup>29</sup>.

14. En atención a la declaración de nulidad contenida en el numeral anterior, carece de sentido emitir pronunciamiento sobre lo alegado por XSTRATA en el literal d) del numeral 2 de la presente resolución.

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

<sup>29</sup> LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 202.- Nulidad de oficio

202.1 En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público.

del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA;

**SE RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR FUNDADO** en parte el recurso de apelación presentado por XSTRATA TINTAYA S.A. contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007055 de fecha 19 de abril de 2010; dejando sin efecto la multa ascendente a diez (10) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) impuesta a la recurrente por la infracción a los artículos 23° y 7° numeral 3 del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, concordante con el artículo 25° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 046-2001-EM tipificada en el numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM; e **INFUNDADO** en el extremo relacionado a la infracción al artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, por las razones expuestas en los numerales 10 y 11 de la parte considerativa de la presente resolución, quedando agotada la vía administrativa.

**ARTÍCULO SEGUNDO.- DECLARAR DE OFICIO LA NULIDAD** de la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007055 de fecha 19 de abril de 2010, en el extremo relacionado a la infracción al artículo 9° de la Ley N° 28964 y artículo 29° de la Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS/CD y, en consecuencia, devolver a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos para continuar con el trámite correspondiente en este extremo.

**ARTÍCULO TERCERO.- MODIFICAR** la multa impuesta fijándola en diez (10) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y **DISPONER** que este monto sea depositado por la recurrente en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicar al momento de la cancelación el número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

**ARTÍCULO CUARTO.- NOTIFICAR** la presente resolución a XSTRATA TINTAYA S.A. y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines 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



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



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