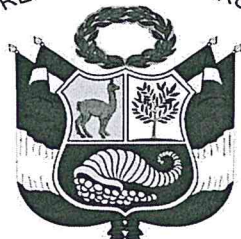


REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 071-2013-OEFA/TFA

Lima, 19 MAR. 2013

VISTO:

El Expediente N° 071-2011-DFSAI/PAS¹ que contiene el recurso de apelación interpuesto por XSTRATA TINTAYA S.A.² (en adelante, XSTRATA) contra la Resolución Directoral N° 382-2012-OEFA/DFSAI del 06 de diciembre de 2012, el Expediente N° 256-09-MA/E³ y el Informe N° 073-2013-OEFA/TFA/ST de 08 de marzo de 2013;

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución Directoral N° 382-2012-OEFA/DFSAI del 06 de diciembre de 2012 (Fojas 711 a 722), notificada el 07 de diciembre de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos impuso a XSTRATA una multa de setenta y nueve con diecisiete centésimas (79.17) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por la comisión de cuatro (04) infracciones; conforme al siguiente detalle:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Incumplir la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado del Proyecto de Exploración Minera Antapaccay, aprobada mediante Resolución Directoral N° 035-2009-MEM/AAM, por no construir los canales de	Literal a) del numeral 7.2 del artículo 7° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM ⁴	Numeral 2.4.2.2 de la Resolución del Consejo Directivo N° 211-2009-OS/CD ⁵	02.40 UIT

¹ El presente procedimiento administrativo sancionador se inició como consecuencia de los resultados de la Supervisión Especial del 21 a 22 de diciembre de 2009, llevada a cabo en las instalaciones del Proyecto de Exploración Minera Antapaccay, ubicado en el distrito y provincia de Espinar, departamento de Cusco, de titularidad de XSTRATA TINTAYA S.A., contenidos en el Informe N° 34-ES-2009-ACOMISA elaborado por Asesores y Consultores Mineros S.A. (Fojas 07 a 475 del Expediente N° 256-09-MA/E)

² EMPRESA XSTRATA TINTAYA S.A. identificada con Registro Único de Contribuyente (R.U.C) N° 20114915026.

³ El Expediente N° 256-09-MA/E contiene el Informe N° 34-ES-2009-ACOMISA elaborado por Asesores y Consultores Mineros S.A., en mérito de la Supervisión Especial del 21 a 22 de diciembre de 2009.

⁴ DECRETO SUPREMO N° 020-2008-EM. REGLAMENTO AMBIENTAL PARA LAS ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN MINERA.

Artículo 7°.- Obligaciones del titular (...)

7.2 Durante el desarrollo de sus actividades de exploración minera, el titular está obligado a lo siguiente:

coronación alrededor de una de las plataformas de exploración del referido Proyecto			
Incumplir la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado del Proyecto de Exploración Minera Antapaccay, aprobada mediante Resolución Directoral N° 035-2009-MEM/AAM, por construir la plataforma denominada ANTAS-17, ubicada en las coordenadas 8346608 N y 242834 E, a menos de cincuenta (50) metros de un curso de agua natural	Literal a) del numeral 7.2 del artículo 7° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM	Numeral 2.4.2.5 de la Resolución del Consejo Directivo N° 211-2009-OS/CD ⁵	15.00 UIT
Retirar suelo natural de un área de cien (100) metros por cien (100) metros superficiales que no estaba contemplada en el Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado del Proyecto de Exploración Minera Antapaccay, sin solicitar la modificación del referido estudio.	Numeral 36.1 del artículo 36° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM ⁷	Numeral 2.4.1.4 de la Resolución del Consejo Directivo N° 211-2009-OS/CD ⁸	23.87 UIT
No remediar ni rehabilitar inmediatamente treinta y cinco (35) plataformas, con sus respectivos pozos y accesos, construidas con fines de investigación hidrogeológica del Proyecto de	Artículo 39° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM ⁹	Numeral 3.2.1.1 de la Resolución del Consejo Directivo N° 211-2009-OS/CD ¹⁰	37.90 UIT

a) Ejecutar todas las medidas dispuestas en el estudio ambiental correspondiente, en los plazos y términos aprobados por la autoridad.

⁵ RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO N° 211-2009-OS/CD. APRUEBAN TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES Y ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES PARA LAS ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN MINERA Y PARA LAS ACTIVIDADES DE EXPLOTACIÓN MINERA POR NO CONTAR CON ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL Y AUTORIZACIONES. ANEXO 1.

2. OBLIGACIONES PARA EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN (...)

2.4 COMPROMISOS DEL ESTUDIO AMBIENTAL (...)

2.4.2 Plan de Manejo Ambiental (...)

2.4.2.2 No controlar las aguas de escorrentía del proyecto de exploración.

⁶ RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO N° 211-2009-OS/CD. APRUEBAN TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES Y ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES PARA LAS ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN MINERA Y PARA LAS ACTIVIDADES DE EXPLOTACIÓN MINERA POR NO CONTAR CON ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL Y AUTORIZACIONES. ANEXO 1.

2. OBLIGACIONES PARA EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN (...)

2.4 COMPROMISOS DEL ESTUDIO AMBIENTAL (...)

2.4.2 Plan de Manejo Ambiental (...)

2.4.2.5 No manejar y proteger los cuerpos de agua superficial y subterránea.

⁷ DECRETO SUPREMO N° 020-2008-EM. REGLAMENTO AMBIENTAL PARA LAS ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN MINERA.

Artículo 36°.- Modificación del EIASd

La modificación del EIASd se rige por los siguientes criterios:

36.1 Toda modificación del EIASd aprobado deberá ser previamente aprobada por la DGAAM, encontrándose el titular obligado a presentar únicamente la información relacionada a los Términos de Referencia Comunes que sea pertinente, de acuerdo a la modificación solicitada. (...)

⁸ RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO N° 211-2009-OS/CD. APRUEBAN TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES Y ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES PARA LAS ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN MINERA Y PARA LAS ACTIVIDADES DE EXPLOTACIÓN MINERA POR NO CONTAR CON ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL Y AUTORIZACIONES. ANEXO 1.

2. OBLIGACIONES PARA EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN (...)

2.4 COMPROMISOS DEL ESTUDIO AMBIENTAL

2.4.1 Plan de Trabajo aprobado en los estudios ambientales (...)

2.4.1.4 No comunicar las modificaciones a los estudios ambientales.

⁹ DECRETO SUPREMO N° 020-2008-EM. REGLAMENTO AMBIENTAL PARA LAS ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN MINERA.

Exploración Minera Antapaccay, con una afectación superficial de ciento cuarenta cuatro (144) metros cuadrados por cada plataforma			
MULTA TOTAL			79.17 UIT

2. Mediante escrito de registro N° 2012-E01-028014 presentado el 27 de diciembre de 2012 (Fojas 725 a 773), XSTRATA interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 382-2012-OEFA/DFSAI del 06 de diciembre de 2012, argumentando lo siguiente:

- a) La obligación contemplada en el Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado del Proyecto de Exploración Minera Antapaccay (en adelante, EIAsd) era construir canales de coronación para las plataformas de perforación "en donde sea necesario", particularmente "en áreas de pendiente pronunciada", mas no en todas las plataformas. Al respecto, señaló que las plataformas que fueron observadas por el Supervisor Externo no presentaban las condiciones que determinarían la necesidad de construir los referidos canales.
- b) La resolución recurrida no ha sido debidamente motivada, pues en la misma no se indica qué tan cerca se encontraba la referida plataforma a un área de pendiente pronunciada, ni qué grado de pendiente tenía dicha área, a efectos de establecer que era necesario construir un canal de coronación en esa plataforma.
- c) Se ha vulnerado los Principios de Legalidad y Razonabilidad establecidos en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, al considerarse que construir plataformas de perforación a menos de cincuenta (50) metros de los cursos de agua superficial era una prohibición y no solamente una medida preventiva establecida en la Modificación del EIAsd del Proyecto de Exploración Minera Antapaccay.

Artículo 39.- Cierre progresivo

El titular deberá iniciar las labores de rehabilitación de aquellas áreas perturbadas inmediatamente después de haber concluido su utilización, incluyendo el lugar donde se colocaron las plataformas, las perforaciones, trincheras o túneles construidos y las vías de acceso, salvo que la comunidad o los gobiernos locales, regionales o nacional tengan interés en el uso alternativo y económicamente viable de alguna instalación o infraestructura del titular, para fines de uso o interés público. En este caso, los interesados solicitarán conjuntamente con el titular, que dicha instalación o infraestructura sea excluida de los compromisos de cierre.

De ser aceptado por la autoridad, las instalaciones o infraestructuras cedidas serán excluidas de las obligaciones de cierre progresivo y según corresponda, del cálculo para el establecimiento de las garantías asociadas al Plan de Cierre de Minas, o será detráido de las mismas. Dicha solicitud debe ser presentada por escrito ante la DGAAM, adjuntando el correspondiente Acuerdo Regional o Local u otra documentación sustentatoria emitida por la máxima instancia decisoria de la entidad solicitante y siempre que dichas instalaciones no representen peligro para la salud humana o pudieran ocasionar daños ambientales. Los beneficiarios deberán asumir ante la autoridad competente la responsabilidad ambiental relacionada con el uso y eventual cierre de estas instalaciones, liberando al titular de actividad minera de tal obligación.

¹⁰ RESOLUCIÓN DEL CONSEJO DIRECTIVO N° 211-2009-OS/CD. APRUEBAN TIPIFICACIÓN DE INFRACCIONES Y ESCALA DE MULTAS Y SANCIONES PARA LAS ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN MINERA Y PARA LAS ACTIVIDADES DE EXPLOTACIÓN MINERA POR NO CONTAR CON ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL Y AUTORIZACIONES. ANEXO 1.

3. OBLIGACIONES DE CIERRE (...)

3.2 MEDIDAS DE CIERRE

3.2.1 Medidas de Cierre Progresivo y Final

3.2.1.1 No cumplir con las medidas para la rehabilitación y cierre de todas las labores de exploración, considerando el cierre progresivo, de acuerdo con los estudios ambientales aprobados.

- d) No existe norma legal alguna que establezca la prohibición de realizar perforaciones a menos de cincuenta (50) metros de los cursos de agua superficial, considerando además que en caso se efectuara dicha construcción, el impacto negativo al ambiente sería de baja magnitud.
- e) El suelo orgánico fue retirado para cumplir labores de rehabilitación y revegetación de plataformas y accesos, en cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Plan de Cierre del EIAsd, pues se descartó que existiera suficiente suelo orgánico en estado de conservación y en estado natural en la zona sur del Proyecto de Exploración Minera Antapaccay.
- f) No existe procedimiento legal para efectuar trabajos de préstamo de material como éste, por lo que las labores de rehabilitación y revegetación se han realizado conforme a la legislación vigente.
- g) La supervisión del cumplimiento de las medidas de rehabilitación ambiental de las plataformas de los pozos de perforación para estudios hidrogeológicos no es competencia del OEFA, sino de la Autoridad Nacional del Agua – ANA, entidad que tiene facultades de supervisión y fiscalización relacionadas a los recursos hídricos.

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)¹¹.
- 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 ambiental¹².

¹¹ 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 (...).

¹² 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 OEFA¹³.
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 (en adelante, 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 el 22 de julio de 2010.
7. En adición, 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 N° 005-2011-OEFA/CD, modificado por Resolución N° 014-2012-OS/CD, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA¹⁴.

**¹³ 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 (...).

**¹⁴ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.
Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental**

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

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

Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

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

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

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

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 005-2011-OEFA-CD. APRUEBAN REGLAMENTO INTERNO DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

Artículo 4°.- Competencia del Tribunal

El Tribunal es competente para conocer y resolver en última instancia administrativa, los recursos de apelación contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por órganos del OEFA en materia de supervisión y fiscalización ambiental; así como resolver los recursos impugnativos interpuestos ante aquellas entidades cuyas funciones en materia ambiental hayan sido transferidas al OEFA. Asimismo, es competente para resolver las quejas administrativas de conformidad

Norma Procedimental Aplicable

8. Antes de realizar el análisis de los argumentos formulados 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 intervinientes¹⁵.
9. A la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución N° 003-2011-OEFA/CD; siendo aplicable posteriormente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución N° 012-2012-OEFA/CD, con vigencia desde el 14 de diciembre de 2012¹⁶.

Análisis

Protección constitucional al ambiente

10. Al respecto, este órgano 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, constituye derecho fundamental de la persona "gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida"¹⁷.

con lo establecido en el artículo 158° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444. Las resoluciones del Tribunal agotan la vía administrativa y se difunden para que sean de conocimiento público a través del portal institucional del OEFA.

Los pronunciamientos de la Sala Plena del Tribunal son de obligatorio cumplimiento y constituyen precedentes administrativos de observancia obligatoria en materia ambiental, siempre que esto se señale en la misma Resolución debidamente sustentada, debiendo ser publicada de acuerdo a las normas correspondientes en el Diario Oficial "El Peruano" y en el portal institucional del OEFA.

¹⁵ 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.

¹⁶ RESOLUCIÓN N° 012-2012-OEFA/CD. APRUEBAN NUEVO REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL – OEFA.

Artículo 3°.- Disponer que las disposiciones de carácter procesal del presente Reglamento se aplicarán a los procedimientos administrativos sancionador en trámite, en la etapa en que se encuentren.

¹⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

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.

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 con ocasión del Expediente N° 0048-2004-AI, en su Fundamento N° 27, señaló lo siguiente¹⁸:

"(...) 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 otros¹⁹.

¹⁸ Sentencia recaída en el Expediente N° 0048-2004-AI, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>

¹⁹ 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 por²⁰:

- 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 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.

Respecto a los incumplimientos al literal a) del numeral 7.2 del artículo 7° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM

- 11. Con relación a los argumentos contenidos en el literal a), b), c) y d) del considerando 2 de la presente Resolución, referidos a que según el EIAsd no estaba obligado a construir canales de coronación en todas las plataformas de exploración del Proyecto de Exploración Minera Antapaccay ni estaba prohibido construir dichas plataformas a menos de cincuenta (50) metros de un curso de agua natural, cabe señalar que de acuerdo al literal a) del numeral 7.1 del artículo 7° en concordancia con el artículo 21° del Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM, para el desarrollo de actividades de exploración el titular minero debe contar con un estudio ambiental, según la categoría del proyecto,

²⁰ Sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>

aprobado por la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas.

De acuerdo con las normas antes referidas, el estudio ambiental debe comprender, 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, corrección y cierre a aplicar, para lograr un desarrollo armónico entre las operaciones de la industria minera y el ambiente²¹.

En ese mismo sentido, los artículos 16°, 17° y 18° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, establecen que los estudios ambientales, en su calidad de instrumentos de gestión ambiental, incorporan aquellos programas y compromisos de carácter obligatorio que tienen como propósito evitar o reducir a niveles tolerables, el impacto negativo al medio ambiente generado por las actividades productivas²².

Por su parte, el artículo 6° de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, establece las etapas a seguir en el procedimiento para la obtención de la certificación ambiental, siendo una de ellas la evaluación del instrumento de gestión ambiental por parte de la autoridad competente²³.

²¹ DECRETO SUPREMO N° 020-2008-EM. REGLAMENTO AMBIENTAL PARA LAS ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN MINERA.

Artículo 7°.- Obligaciones del titular

7.1 El titular está obligado a contar con los siguientes instrumentos, antes de iniciar sus actividades de exploración minera:
a) El estudio ambiental correspondiente aprobado, de acuerdo a lo señalado en el presente reglamento.

Artículo 21°.- Estudios Ambientales según Categoría

Para el desarrollo de actividades de exploración minera, el titular debe someter a consideración de la autoridad, los siguientes estudios ambientales:

21.1 Para la Categoría I: Declaración de Impacto Ambiental (DIA)

21.2 Para la Categoría II: Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado (EIASd)

Los estudios ambientales establecidos en el presente artículo para las actividades de exploración minera, pueden ser elaborados por personal especialista en medio ambiente del propio titular o por cualquier entidad o profesionales especializados en la materia. En los estudios ambientales deberá consignarse el nombre completo, especialidad y colegiatura profesional de los profesionales que participaron en su elaboración.

²² LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 16°.- De los instrumentos

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

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

Artículo 17°.- De los tipos de instrumentos

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

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

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

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.

²³ LEY N° 27446. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL.

Artículo 6°.- Procedimiento para la certificación ambiental

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5° y 6° del Decreto Supremo N° 053-99-EM, a través del cual se establecieron las disposiciones para uniformizar los procedimientos administrativos ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas, en concordancia con el artículo 12° de la Ley N° 27446, la referida Dirección General se encuentra facultada para formular observaciones al estudio original, las mismas que una vez absueltas por el titular, formarán parte del instrumento de gestión ambiental que se apruebe²⁴.

Conforme a las normas citadas en los párrafos precedentes, una vez elaborado el EIA por el titular minero, éste es presentado ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas, la cual puede formular observaciones al referido instrumento, las que al ser levantadas por el titular, generan el pronunciamiento de la autoridad a través de informes de levantamiento de observaciones. En tal sentido, la certificación ambiental comprende tanto el estudio ambiental originalmente propuesto por el titular, como los informes a través de los cuáles el administrado levanta las observaciones efectuadas por la autoridad ambiental.

Una vez obtenida la certificación ambiental, el titular minero es responsable del cumplimiento de las obligaciones para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, compensar y manejar los impactos ambientales señalados en el EIA²⁵; de conformidad

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

²⁴ 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.

²⁵ 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 señalados 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.

con lo dispuesto en el artículo 55° del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-EM.

En este contexto, la exigibilidad de todos los compromisos ambientales asumidos en los estudios ambientales, llámense Declaración de Impacto Ambiental o Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado, por parte del titular minero, se deriva de lo dispuesto en el literal a) del numeral 7.2 del artículo 7° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM²⁶, el cual traslada a los titulares de actividades de exploración la obligación de poner en marcha todas las medidas de prevención, mitigación y control dispuestas en el estudio correspondiente, en los términos y plazos en que hayan sido aprobadas por la autoridad competente.

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.

En el marco de la normativa expuesta, a continuación se procederá al análisis de las infracciones al literal a) del numeral 7.2 del artículo 7° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM, imputadas en el presente procedimiento administrativo sancionador.

Sobre la falta de construcción de canales de coronación en las plataformas de exploración

12. Mediante Resolución Directoral N° 035-2009-MEM/AAM del 16 de febrero de 2009, se aprobó la Modificación por Ampliación del Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado del Proyecto de Exploración Minera Antapaccay presentada por XSTRATA, contenida en el Expediente N° 1838724, en el cual se establece el siguiente compromiso (Fojas 232 del Expediente N° 1838724):

"9.0 PLAN DE MANEJO AMBIENTAL Y SOCIAL (...)

9.1 Medidas de Manejo Ambiental (...)

9.1.2 Control de Aguas de Escorrentía. (...)

Control de Escorrentía en Plataformas

La principal medida de protección ambiental considerada, es la habilitación de canales de drenaje, que serán construidos alrededor de las plataformas de perforación. Estos canales evitarán que el agua de escorrentía superficial (producida por lluvia) alcance cualquier elemento de las plataformas, de modo que no traslade sedimentos hacia los cursos de agua natural.

²⁶ DECRETO SUPREMO N° 020-2008-EM. REGLAMENTO AMBIENTAL PARA LAS ACTIVIDADES DE EXPLORACIÓN MINERA.

Artículo 7°.- Obligaciones del titular

7.2 Durante el desarrollo de sus actividades de exploración minera, el titular está obligado a lo siguiente:

- Ejecutar todas las medidas dispuestas en el estudio ambiental correspondiente, en los plazos y términos aprobados por la autoridad.
- Adoptar medidas y buenas prácticas para prevenir, controlar, monitorear, mitigar, restaurar, rehabilitar o reparar, según corresponda, los impactos y efectos negativos generados por su actividad.
- Ejecutar las medidas de cierre y post cierre correspondientes.

Estos canales serán excavados en tierra y donde sea necesario (en áreas de pendiente pronunciada) su base y paredes laterales podrá ser fijada con piedras o rocas para evitar el arrastre de sedimentos."

Conforme se advierte, el citado instrumento de gestión ambiental establece la obligación de construir canales de drenaje alrededor de todas las plataformas de perforación del proyecto, con la finalidad de evitar el arrastre de sedimentos alcanzados por el agua de escorrentía superficial desde las referidas plataformas hacia los cursos de agua natural.

Asimismo, se señaló que los canales de drenaje debían ser excavados en tierra y que sus bases y paredes podrían ser fijadas con piedras o rocas, cuando las plataformas se ubiquen en áreas de pendiente pronunciada. Ello, debido a que la inclinación de tales pendientes podría incrementar la velocidad y, por ende, la fuerza del arrastre de sedimentos, siendo por ello necesario adoptar esta medida de refuerzo.

Sin embargo, en el acápite 5 "Incumplimientos a la Normatividad" del Informe N° 34-ES-2009-ACOMISA elaborado por la supervisora externa Asesores y Consultores Mineros S.A., en mérito de la Supervisión Especial del 21 a 22 de diciembre de 2009 llevada a cabo en el Proyecto de Exploración Minera Antapaccay, se concluyó lo siguiente (Foja 19):

"1.- Programa de perforación diamantina aprobado mediante R.D. N° 035-2009-MEM/AAM del 16 de febrero de 2009; se observa que las 12 plataformas construidas no cuentan con canal de coronación ni estabilidad física en sus taludes inferiores."

De igual modo, de la Observación N° 1 del Formato "Observaciones y Recomendaciones de Fiscalización Actual" (Foja 28) complementada con la Fotografía N° 22 (Foja 90), se advierte que durante la referida Supervisión Especial, la supervisora externa verificó que las doce (12) plataformas de perforación construidas no cuentan con canales de coronación.

Al respecto, en su recurso de apelación, XSTRATA se limitó a señalar que el EIA del Proyecto de Exploración Minera Antapaccay no contemplaba la obligación de construir canales de coronación en todas las plataformas, sino únicamente en donde fuera necesario, especialmente en áreas de pendiente pronunciada. Asimismo, indica que en la resolución recurrida no se precisa qué tan cerca de un área de pendiente se encontraba la plataforma observada por la supervisora externa ni qué grado de pendiente tenía dicha área, a efectos de establecer si era necesario o no construir un canal de coronación en esa plataforma.

Sobre el particular, debe señalarse que contrariamente a lo alegado por la apelante, la indicación de "donde fuera necesario" contenida en el EIA no estaba referida a que sólo se debía construir canales de coronación en las plataformas de perforación que se ubicaran en áreas de pendiente pronunciada. Esta indicación estaba referida a que sólo se requería la fijación de las bases y paredes de los canales de coronación en aquellos casos en los que las plataformas de perforación se ubicaran en áreas de pendiente pronunciada.

Es así que, encontrándose acreditados los hechos que sustentaron la infracción imputada en este extremo, al tratarse de hechos comprobados con ocasión del ejercicio de la función supervisora del OSINERGMIN (ahora, de competencia del OEFA), esto último a la luz del artículo 165° de la Ley N° 27444²⁷; en aplicación del Principio de Presunción de Licitud, concordado con el numeral 162.2 del artículo 162° de la Ley N° 27444, correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que desvirtuaran el contenido del mencionado informe, lo que no ocurrió²⁸.

Por tanto, lo señalado por la recurrente en este extremo carece de sustento.

En cuanto a la construcción de las plataformas de perforación a menos de 50 metros de un curso de agua natural

13. Con relación a ello, cabe señalar que en la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado del Proyecto de Exploración Minera Antapaccay aprobada mediante Resolución Directoral N° 035-2009-MEM/AAM del 16 de febrero de 2009 se establece el siguiente compromiso (Foja 237 del Expediente N° 1838724):

“9.0 PLAN DE MANEJO AMBIENTAL SOCIAL (...)

9.1 Medidas de Manejo Ambiental (...)

9.1.6 Manejo de Protección de los Cursos de Agua Superficial y Cuerpos de Agua Subterránea

Medidas de Protección para Cursos de Agua Superficial (...)

- *No se prevé la construcción de nuevas vías de acceso y/o plataformas de perforación a menos de 50 m de los cursos de agua superficial.”*

Sin embargo, cabe indicar que de acuerdo al acápite 5 “Incumplimientos a la Normatividad” del Informe N° 34-ES-2009-ACOMISA se concluyó lo siguiente (Foja 20):

²⁷ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

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

Al respecto, cabe indicar que por disposición del artículo 165° de la Ley N° 27444, constituyen hechos no sujetos a actuación probatoria, entre otros, aquellos que hayan sido comprobados con ocasión del ejercicio de las funciones atribuidas a la autoridad administrativa; dispositivo legal que cuyo fundamento, según la doctrina nacional, es el que sigue:

“Hechos no sujetos a la actuación probatoria

(...) Tampoco se actuará prueba sobre hechos que se hayan comprobado con ocasión del ejercicio de las funciones de la entidad (...) Ello opera también al amparo de los principios de simplificación administrativa, a los cuales nos hemos referido reiteradamente en el presente trabajo, que además reducen el costo administrativo generado por la actuación probatoria (...) (SIC)

Cita tomada de: GUZMÁN NAPURÍ, Christian. El Procedimiento Administrativo. ARA Editores. Lima. Primera edición, 2007

²⁸ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 162°.- Carga de la prueba

162.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

"3.- Programa de perforación diamantina aprobado mediante R.D. N° 035-2009-MEM/AAM de fecha 16 de febrero de 2009; se observó que la plataforma denominada ANTAS-17 coordenadas 8346608 N y 242834 E, se encuentra ubicada a menos de 50 m de un curso de agua natural."

De igual modo, de la Observación N° 5 del Formato Observaciones y Recomendaciones de Fiscalización Actual (Foja 30) complementada con la Fotografía N° 29 (Foja 94), se desprende que durante la referida Supervisión Especial la supervisora externa verificó que la plataforma de perforación ANTAS-17 se encuentra a una distancia menor de 50 metros de un curso de agua natural.

Al respecto, en su recurso de apelación, XSTRATA no desconoce la ocurrencia de los hechos constatados durante la Supervisión Especial, limitándose a señalar que el EIASd del Proyecto de Exploración Minera Antapaccay no prohibía construir plataformas de perforación a menos de 50 metros de los cursos de agua superficial, sino que dicho compromiso se estableció como una medida preventiva adicional a las otras medidas de control de las erosiones y escorrentías del proyecto bajo supervisión.

Sin embargo, el compromiso de no construir plataformas de perforación a menos de 50 metros de los cursos de agua natural se encuentra establecido en el numeral 9.1.6 del EIASd del Proyecto de Exploración Minera Antapaccay antes citado.

Es pertinente reiterar que la exigibilidad de los compromisos asumidos por XTRATA en el referido EIASd se deriva de lo dispuesto en el literal a) del numeral 7.2 del artículo 7° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM, el cual traslada a los titulares de actividades de exploración la obligación de poner en marcha todas las medidas dispuestas en el estudio correspondiente, entre ellas las medidas de prevención, control, mitigación, rehabilitación, compensación y manejo de los impactos ambientales negativos señalados en el referido instrumento de gestión ambiental, siendo que cada una de ellas tiene como fin evitar o reducir tales impactos ambientales.

~~Al respecto, en la Modificación del referido EIASd se consignó lo siguiente (Foja 224):~~

"8.0 EVALUACIÓN DE IMPACTOS (...)

8.3 Evaluación de Impactos al Ambiente (...)

8.3.7 Alteración de la Calidad de los Cuerpos de Agua Superficial

La construcción de los accesos y de las plataformas de perforación, pueden ocasionar el incremento del transporte de sólidos hacia los cuerpos de agua (...)

Otra fuente potencial de contaminación de los cuerpos de agua superficial que se podría dar, es por efecto de un derrame accidental de hidrocarburos desde la maquinaria que trabajará en el área durante el desarrollo de accesos, la habilitación de plataformas y durante la perforación (...). El riesgo podrá ser minimizado con la implementación de medidas preventivas, y en caso ocurra un derrame accidental se activarán inmediatamente las medidas de control para contener el derrame y evitar que estos alcancen el curso de agua.

Asimismo, como una medida preventiva adicional se ha considerado que las perforaciones se realicen a una distancia no menor de 50 m de un curso natural o fuente de agua de la población."

En tal sentido, XSTRATA identificó los impactos ambientales negativos generados por el Proyecto de Exploración Minera Antapaccay y consideró necesario incluir en el EIAAs del referido proyecto la medida preventiva de no construir plataformas de perforación a menos de 50 metros de los cursos de agua natural, a fin de evitar o reducir tales impactos, convirtiéndose así en una obligación ambiental fiscalizable.

En consecuencia, encontrándose acreditados los hechos que sustentaron la infracción imputada en este extremo, al tratarse de hechos comprobados con ocasión del ejercicio de la función supervisora del OSINERGMIN; correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que desvirtuaran el contenido del mencionado Informe, lo que no ocurrió.

Se concluye entonces que lo señalado por la apelante en este extremo carece de sustento.

Respecto al retiro de suelo natural de un área no contemplada en el EIAAs sin solicitar la modificación del referido instrumento de gestión ambiental

14. En cuanto a los argumentos contenidos en los literales e) y f) del considerando 2 de la presente Resolución, referidos a que el suelo orgánico fue retirado para realizar labores de rehabilitación y revegetación de plataformas y accesos, en cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Plan de Cierre del EIAAs y que dichas labores fueron realizadas conforme a la legislación vigente, cabe señalar que el numeral 36.1 del artículo 36° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM establece que toda modificación del instrumento de gestión ambiental deberá ser previamente aprobada por la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas.

Con relación a ello y conforme se ha señalado en los considerandos precedentes en la presente resolución, el Proyecto de Explotación Minera Antapaccay cuenta con una Modificación del Estudio de Impacto Ambiental aprobada mediante Resolución Directoral N° 035-2009-MEM/AAM del 16 de febrero de 2009, en mérito de la cual la recurrente asumió el siguiente compromiso (Foja 232 del Expediente N° 256-09-MA/E):

"9.0 PLAN DE MANEJO AMBIENTAL Y SOCIAL (...)

9.1 Medidas de Manejo Ambiental (...)

9.1.3 Manejo de Suelo Orgánico

Rescate de Suelos Orgánicos

El rescate de los suelos orgánicos es una práctica destinada a preservar el suelo superficial (rico en materia orgánica y en nutrientes) de manera que éste pueda ser utilizado posteriormente en la rehabilitación del área.

Esta práctica se aplicará en todos aquellos lugares donde sea necesario construir accesos, habilitar plataformas de perforación, pozas de lodos, pilas de material y cunetas de derivación. (...)

Almacenamiento de la Capa Orgánica del Suelo

El suelo orgánico rescatado será almacenado adecuadamente mientras duren los trabajos de perforación de manera que se preserven, tanto como sea posible, sus propiedades físico-químicas, para su uso posterior en la rehabilitación ambiental de la zona."

Asimismo, en el punto 10.0 de la Modificación del referido EIAsd, se consignó lo siguiente (Foja 269):

"10.0 MEDIDAS DE CIERRE Y POST-CIERRE (...)

10.1 Medidas Generales de Rehabilitación (...)

10.1.5 Plan de Revegetación y Recuperación de Suelos

El suelo orgánico almacenado antes del desbroce del terreno servirá para la rehabilitación del área.

De lo indicado precedentemente, se desprende que XSTRATA se comprometió a efectuar las labores de rehabilitación de las áreas impactadas con el suelo natural retirado de los lugares en los que se construirían los accesos, plataformas de perforación, pozas de lodos, pilas de material y cunetas de derivación; asimismo, durante el desarrollo de estas labores, la referida empresa debía cuidar que los suelos se mantengan debidamente preservados.

Sin embargo, conforme a lo señalado en el acápite 5 "Incumplimientos a la Normatividad" del Informe N° 34-ES-2009-ACOMISA correspondiente a la Supervisión Especial del 21 a 22 de diciembre de 2009, se verificó lo siguiente (Foja 20):

"5.- Se observó que se viene retirando suelo natural de un área de 100 x 100 m superficiales, no considerada en los estudios ambientales, que se ubica en las coordenadas 8345068 N y 243023 E, generando depredación del área vegetal circundante."

Del citado informe de supervisión, se advierte que la apelante retiró suelo natural de lugares distintos a los permitidos en el instrumento de gestión ambiental aprobado para su proyecto.

De igual modo, de la Observación N° 10 del Formato "Observaciones y Recomendaciones de Fiscalización Actual" (Foja 32) complementado con las Fotografías N° 34 y 35 (Fojas 96 y 97), se desprende que durante la referida supervisión se verificó la depredación de terreno agrícola, al haberse efectuado el retiro de *topsoil*²⁹ de dicho terreno.

Es así que, encontrándose acreditados los hechos que sustentaron la infracción imputada en este extremo, al tratarse de hechos comprobados con ocasión del ejercicio de la función supervisora del OSINERGMIN; correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que desvirtuaran el contenido del mencionado Informe, lo que no ocurrió.

²⁹ Se denomina "*topsoil*" a la capa superior del suelo, concentrada en los primeros cinco centímetros del suelo, que contiene la mayor parte de la materia orgánica.

En efecto, la impugnante no desconoce la ocurrencia de los hechos constatados durante la supervisión, limitándose a señalar que el suelo natural retirado y conservado, así como el suelo natural de la zona sur del Proyecto de Exploración Minera Antapaccay no era suficiente para realizar las labores de rehabilitación y revegetación de las áreas impactadas y que no existe un procedimiento legalmente establecido para efectuar trabajos de préstamo de material orgánico.

A lo anterior, debe agregarse que el titular minero estaba facultado a solicitar una nueva modificación del Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado del referido proyecto, en caso advirtiera que el cumplimiento de las medidas previstas en su instrumento de gestión ambiental no era factible, debiendo para ello seguir el procedimiento establecido en el artículo 36° del Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM; sin embargo, ello no sucedió.

Por lo tanto, la apelante no realizó las labores de rehabilitación y revegetación del Proyecto de Exploración Minera Antapaccay conforme a la legislación vigente.

En tal sentido, lo señalado por la recurrente en este extremo carece de fundamento.

En cuanto al incumplimiento de las labores de remediación y rehabilitación de los pozos de perforación con fines de estudio hidrogeológico

15. En cuanto al argumento contenido en el literal g) del considerando 2 de la presente Resolución, referido a que la supervisión del cumplimiento de las medidas de rehabilitación ambiental de las plataformas de los pozos de perforación para estudios hidrogeológicos no es competencia del OEFA, es pertinente mencionar que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 14° y en el numeral 12 del artículo 15° de la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, el ente rector del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos es la Autoridad Nacional del Agua, siendo una de sus funciones el ejercer jurisdicción administrativa exclusiva en materia de aguas, desarrollando acciones de administración, fiscalización, control y vigilancia, para asegurar la preservación y conservación de las fuentes naturales de agua³⁰.

Por otro lado, cabe reiterar que 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.

³⁰ LEY N° 29338. LEY DE RECURSOS HÍDRICOS.

Artículo 14°.- La Autoridad Nacional como ente rector

La Autoridad Nacional es el ente rector y la máxima autoridad técnico-normativa del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos. Es responsable del funcionamiento de dicho sistema en el marco de lo establecido en la Ley.

Artículo 15°.- Funciones de la Autoridad Nacional

Son funciones de la Autoridad Nacional las siguientes:

12. Ejercer jurisdicción administrativa exclusiva en materia de aguas, desarrollando acciones de administración, fiscalización, control y vigilancia, para asegurar la preservación y conservación de las fuentes naturales de agua, de los bienes naturales asociados a estas y de la infraestructura hidráulica, ejerciendo para tal efecto, la facultad sancionadora y coactiva.

En este respecto, es preciso señalar que de conformidad con lo dispuesto en la Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD, 22 de julio del 2010 el OEFA asumió las competencias en materia de supervisión y fiscalización ambiental respecto de la mediana y gran minería.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se desprende que las competencias de la ANA y del OEFA tienen fundamentos jurídicos distintos, siendo de competencia del OEFA fiscalizar y sancionar el incumplimiento de la normativa ambiental por parte de los titulares mineros.

Al respecto, cabe señalar que la apelante adjuntó a su escrito con Registro N° 06826 del 13 de junio de 2011, a través del cual presentó sus descargos correspondientes al presente procedimiento administrativo sancionador, copia de la Resolución Administrativa N° 065-2009-MINAG-ANA/ALA-SICUANI del 13 de mayo de 2009, mediante la cual la Administración Local de Aguas de Sicuani otorgó a XSTRATA la autorización para ejecutar la perforación de treinta y dos (32) pozos exploratorios con fines de investigación correspondientes al Proyecto Antapaccay.

No obstante, se debe señalar que si bien la ANA otorgó a XSTRATA la autorización para ejecutar la perforación de los referidos pozos, el OEFA tiene competencia para supervisar y, de ser el caso, sancionar en caso dicha ejecución genere impactos negativos al ambiente, en la medida que la perforación de dichos pozos se realizó como parte de sus actividades de exploración minera.

En tal sentido, siendo que durante la Supervisión Especial del 21 a 22 de diciembre de 2009, llevada a cabo en las instalaciones del Proyecto de Exploración Minera Antapaccay se constató que XSTRATA no realizó las labores de rehabilitación de las áreas en las que se construyeron los pozos, plataformas y accesos, con fines de estudio hidrogeológico, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 39° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM, correspondía imponerle la sanción establecida en el numeral 3.2.1.1 de la Resolución del Consejo Directivo N° 211-2009-OS/CD.

Por las consideraciones expuestas, corresponde desestimar los argumentos expuestos por XSTRATA en este extremo.

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 N° 005-2011-OEFA/CD, modificado por Resolución N° 014-2012-OS/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA;

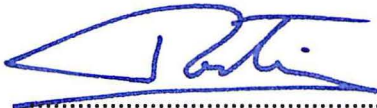
SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por XSTRATA TINTAYA S.A. contra la Resolución Directoral N° 382-2012-OEFA/DFSAI del 06 de diciembre de 2012, en todos sus extremos, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa, quedando agotada la vía administrativa.

ARTÍCULO SEGUNDO.- DISPONER que el monto de la multa impuesta, ascendente a setenta y nueve con diecisiete centésimas (79.17) de Unidades Impositivas Tributarias (UIT), sea depositado en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicar al momento de la cancelación al banco el número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

ARTÍCULO TERCERO.- 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 MARTÍNEZ
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental



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



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

