

Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 011-2011-OEFA/TFA

Lima, 18 NOV. 2011

VISTOS:

El Expediente N° 203-08-MA/E que contiene el recurso de apelación, interpuesto por Compañía Minera San Nicolás S.A. (en adelante, MINERA SAN NICOLÁS) contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007456 de fecha 20 de mayo del 2010 y el Informe N° 11-2011-OEFA/TFA/ST de fecha 11 de noviembre de 2011; y,

CONSIDERANDO:

1. Por Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007456 de fecha 20 de mayo de 2010 (fojas 161 a 163), notificada el 25 de mayo de 2010, se impuso a la MINERA SAN NICOLÁS una multa de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por haber infringido el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM¹, que

¹ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 011-96-EM/VMM. APRUEBA LOS NIVELES MAXIMOS PERMISIBLES PARA EFLUENTES LIQUIDOS PARA LAS ACTIVIDADES MINERO - METALURGICAS

Artículo 4.- Los resultados analíticos obtenidos para cada parámetro regulado a partir de la muestra recogida del efluente minero-metalúrgico, no excederán en ninguna oportunidad los niveles establecidos en la columna "Valor en cualquier Momento", del Anexo 1 ó 2 según corresponda.

ANEXO 1

NIVELES MAXIMOS PERMISIBLES DE EMISION PARA LAS UNIDADES MINERO-METALURGICAS

PARAMETRO	VALOR EN CUALQUIER MOMENTO	VALOR PROMEDIO ANUAL
ph	Mayor que 6 y Menor que 9	Mayor que 6 y Menor que 9
Sólidos suspendidos (mg/l)	50	25
Plomo (mg/l)	0.4	0.2
Cobre (mg/l)	1.0	0.3
Zinc (mg/l)	3.0	1.0
Fierro (mg/l)	2.0	1.0
Arsénico (mg/l)	1.0	0.5
Cianuro total (mg/l) *	1.0	1.0

* CIANURO TOTAL. equivalente a 0.1 mg/l de Cianuro Libre y 0.2 mg/l de Cianuro fácilmente dissociable en ácido.

[Handwritten signatures and initials on the left margin]

Aprueba los Niveles Máximos Permisibles para Efluentes Líquidos para las Actividades Minero- Metalúrgicas, conforme al siguiente detalle:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCION
En el punto de monitoreo de efluentes M7 (E-7) el valor del parámetro pH estaba por encima del Límite Máximo Permissible ² .	Artículo 4° de la Resolución Ministerial. N° 011-96-EM/VMM	Numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM ³	50 UIT
MULTA TOTAL			50 UIT

2. Mediante escrito de registro N° 1364101 presentado con fecha 11 de junio del 2010 (fojas 165 al 168), MINERA SAN NICOLÁS interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007456, de acuerdo a los siguientes fundamentos:
- OSINERGMIN carece de competencia en los temas ambientales mineros, competencia que es ejercida por el Ministerio del Ambiente, sus organismos propios y la Dirección General de Asuntos Ambientales del Ministerio de Energía y Minas.
 - La resolución apelada es nula por cuanto fue notificada el 25 de mayo de 2010, fecha en la cual la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, según afirman, estaría derogada por la segunda disposición complementaria de la Ley N° 29514.

Si bien la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM fue derogada por el Decreto Supremo N° 010-2010-MINAM, de acuerdo a lo expuesto en el artículo 1° de la Resolución Ministerial 141-2011-MINAM "la entrada en vigencia de los nuevos valores de Límites Máximos Permisibles para actividades en curso que deben adecuarse a las nuevas exigencias, deben cumplir como mínimo con los valores anteriormente aprobados, hasta la conclusión del plazo de adecuación establecido en el instrumento de gestión ambiental o la norma respectiva".

² Cabe precisar que de acuerdo a lo señalado en el numeral 3.1 de la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 00756, el detalle de los resultados obtenidos en el punto de control M-7A (E-7), es el que sigue:

Punto de Monitoreo	Parámetro	Anexo Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Días	Turnos	Resultados	Exceso
E-7	pH	6 a 9	Día 2	2° Turno	9.8	0.8
				3° Turno	9.3	0.3
			Día 3	3° Turno	9.4	0.4

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

3. MEDIO AMBIENTE

3.2. Si las infracciones referidas en el numeral 3.1 de la presente escala, son determinadas en la investigación correspondiente, como causa de un daño al medio ambiente, se considerarán como infracciones graves y el monto de la multa será de 50 UIT por cada infracción hasta un monto máximo de 600 UIT, independientemente de las obras de restauración que está obligada a ejecutar la empresa. Para el caso de PPM, la multa será de 10 UIT por cada infracción. (...).

- c) Asimismo, se afirma que ni la Resolución OSINERGMIN N° 640-2007-OS/CD ni la Resolución OSINERGMIN N° 205-2009-OS/CD, establecen plazo alguno para que la empresa supervisora cumpla con presentar su informe a la autoridad y a MINERA SAN NICOLÁS, por lo que considera que de manera supletoria debe regir el artículo 49° del Reglamento de las Actividades Mineras, Decreto Supremo N° 049-2001-EM. norma en la cual se establece el plazo de 30 días hábiles contados desde el primer día hábil siguiente al 22 de agosto de 2008 para que la empresa supervisora presente el respectivo informe a la autoridad y a la empresa fiscalizada. En este sentido, sostiene que se vulnera el debido procedimiento administrativo.

Además, sostiene MINERA SAN NICOLÁS que de acuerdo con lo dispuesto por la última parte del primer párrafo del artículo 49° del Reglamento de las Actividades Mineras el informe no debió ser admitido por OSINERGMIN, ya que dicha norma dispone que no se admitirán informes que no tengan anexada la constancia o el cargo de recepción de la entidad fiscalizada.

- d) Adicionalmente, señala MINERA SAN NICOLÁS que la resolución apelada es nula porque ninguno de los artículos de la Ley General del Ambiente utilizados para sustentar infracción califica su gradualidad, sólo determinan la responsabilidad objetiva o subjetiva del agente infractor.

Por tanto, al exceder levemente los límites máximos permisibles correspondería sancionarlo acorde al 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, considerada como infracción leve de la Resolución Ministerial N 011-96-EM/VMM por la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas, según consta en la Resolución Directoral N° 144-2006-MEM/DGM de fecha 29 de marzo de 2006.

- e) Agrega que la visita realizada y sus resultados evidencian los esfuerzos que la titular minera está realizando para poder cumplir con los límites máximos permisibles.
- f) Finalmente, sin perjuicio de lo anterior, sostiene que la resolución apelada no cumple con el principio de proporcionalidad ni con el principio de atenuación de la sanción por la conducta del administrado, ya que no basta manifestar que la gravedad no corresponde ser demostrada.

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) ⁴.

⁴ 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. (...)

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 ambiental⁵.
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 OEFA⁶.
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 en 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 OEFA⁷.

⁵ **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.

⁶ **LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL**
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- (...)

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

⁷ **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

Norma Procedimental Aplicable

8. En primer lugar, este órgano colegiado considera 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, determinar la norma procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes⁸.
9. 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 y responsabilidad en la actividad minera

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

Sobre el particular, cabe indicar que de acuerdo al numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993, constituye derecho fundamental de la persona, el gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida⁹.

Ahora bien, con relación al contenido del indicado derecho el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, ha señalado que éste se encuentra configurado por¹⁰:

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.

⁸ LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL - LEY N° 27444

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.

⁹ 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.

- 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 tal sentido, la primera manifestación implica que toda intervención del ser humano en el medio ambiente no debe suponer una alteración de la interrelación existente entre los elementos que lo integran, de modo tal que este conserve características adecuadas para el desarrollo de la persona y su dignidad. De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.

Por su parte, en la segunda acepción el derecho a la preservación del ambiente entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute; obligaciones que alcanzan también a los particulares, sobre todo a aquellos cuya actividad económica incide, directa o indirectamente, en el ambiente.

En este contexto, resulta oportuno poner énfasis en esta última configuración toda vez 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, el que ha sido desarrollado por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia materia de análisis, y respecto del cual cabe citar lo siguiente:

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

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

¹⁰ 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>

Sobre la competencia de OSINERGMIN

11. Respecto a lo alegado en el literal a) del numeral 2, se debe indicar que acorde con la Ley que Transfiere Competencias de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Mineras al OSINERG- Ley N° 28964, publicada con fecha 24 de enero de 2007, OSINERGMIN adquiere las funciones de supervisión y fiscalización en el ámbito relacionado con las actividades de minería.

Al respecto, recién mediante 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 en 20 de julio de 2010, se estableció como fecha efectiva de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería del OSINERGMIN al OEFA el 22 de julio de 2010.

Por tanto, durante la supervisión, inicio de procedimiento administrativo sancionador y la expedición de la resolución de primera instancia OSINERGMIN era competente para la fiscalización ambiental, por lo que corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en este extremo.

Sobre la vigencia de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM

12. Respecto a lo alegado en el literal b) del numeral 2, cabe indicar que de acuerdo al artículo único de la Ley N° 29514, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 26 de marzo de 2010, el objeto de la citada norma fue modificar el artículo 17° de la Ley N° 29325, a efectos de autorizar la tipificación de infracciones a la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, por vía reglamentaria¹¹.

En tal sentido, la Segunda Disposición Complementaria de la Ley N° 29514 modificó el texto original del artículo 17° de la Ley N° 29325, pero no deroga expresa o tácitamente el contenido normativo de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, como erróneamente alega la recurrente¹².

¹¹ LEY N° 29514. LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 17° DE LA LEY N° 29325, LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL, Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.

Artículo único.- Objeto de la Ley

Modifíquese el artículo 17 de la Ley núm. 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, el mismo que queda redactado en los siguientes términos:

"Artículo 17.- Infracciones

Mediante decreto supremo, refrendado por el Ministro del Ambiente y en vía reglamentaria, se tipifican las conductas sancionables administrativamente por infracciones ambientales previstas en la Ley núm. 28611, Ley General del Ambiente, y demás normas sobre la materia."

¹² LEY N° 29514. LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 17° DE LA LEY N° 29325, LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL, Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.

SEGUNDA.- Vigencia y derogatoria

La presente Ley entra en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano y deroga toda disposición que se le oponga

De otro lado, considerando que en este extremo se cuestiona la vigencia de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, este Cuerpo Colegiado considera pertinente precisar que:

- a) Mediante Decreto Supremo N° 010-2010-MINAM, publicado el 21 de agosto de 2010, se aprobaron los nuevos LMP para las descargas de efluentes líquidos de Actividades Minero – Metalúrgicas.
- b) A través del numeral 4.2 del artículo 4° del Decreto Supremo N° 010-2010-MINAM, se estableció un plazo máximo de veinte (20) meses contados a partir de la entrada en vigencia de dicho dispositivo legal para la adecuación de procesos y cumplimiento de los nuevos LMP, aplicables a aquellos titulares mineros que cuenten con estudios ambientales aprobados o se encuentren desarrollando actividades mineras, al 22 de agosto de 2010; como el caso de la recurrente¹³.
- c) De acuerdo al numeral 33.4 del artículo 33° de la Ley N° 28611, en el proceso de revisión de parámetros de contaminación ambiental, con la finalidad de determinar nuevos niveles de calidad, será aplicable el Principio de Gradualidad, de modo tal que se permita un ajuste progresivo a los nuevos niveles para las actividades en curso¹⁴.
- d) Asimismo, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1° de la Resolución Ministerial N° 141-2011-MINAM, publicada el 30 de junio de 2011, se ratificó que en aplicación del numeral 33.4 del artículo 33° de la Ley N° 28611, la entrada en vigencia de los nuevos valores de Límites Máximos Permisibles para actividades en curso que deban adecuarse a las nuevas exigencias, deben cumplir como mínimo con los valores anteriormente aprobados, hasta la conclusión del plazo de adecuación establecido en el instrumento de gestión ambiental o la norma respectiva¹⁵.

¹³ **DECRETO SUPREMO N° 010-2010-MINAM. APRUEBAN LOS NUEVOS LÍMITES MÁXIMOS PERMISIBLES – LMP PARA LAS DESCARGAS DE EFLUENTES LÍQUIDOS DE ACTIVIDADES MINERO – METALÚRGICAS.**

Artículo 4.- Cumplimiento de los LMP y plazo de adecuación

4.2 Los titulares mineros que a la entrada en vigencia del presente Decreto Supremo cuenten con estudios ambientales aprobados, o se encuentren desarrollando actividades minero - metalúrgicas, deberán adecuar sus procesos, en el plazo máximo de veinte (20) meses contados a partir de la entrada en vigencia de este dispositivo, a efectos de cumplir con los LMP que se establecen.

Los titulares mineros que hayan presentado sus estudios ambientales con anterioridad a la entrada en vigencia del presente Decreto Supremo y son aprobados con posterioridad a éste, computarán el plazo de adecuación a partir de la fecha de expedición de la Resolución que apruebe el Estudio Ambiental.

¹⁴ **LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.**

Artículo 33.- De la elaboración de ECA y LMP

33.4 En el proceso de revisión de los parámetros de contaminación ambiental, con la finalidad de determinar nuevos niveles de calidad, se aplica el principio de la gradualidad, permitiendo ajustes progresivos a dichos niveles para las actividades en curso.

¹⁵ **RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 141-2011-MINAM. RATIFICAN LINEAMIENTO PARA LA APLICACIÓN DE LOS LÍMITES MÁXIMOS PERMISIBLES.**

Artículo 1°.- Ratificación de lineamiento para la aplicación de LMP

Ratifíquese, que en aplicación del numeral 33.4 del artículo 33° de la Ley N° 28611, la entrada en vigencia de los nuevos valores de Límites Máximos Permisibles para actividades en curso que deban adecuarse a las nuevas exigencias, deben cumplir como mínimo con los valores anteriormente aprobados, hasta la conclusión del plazo de adecuación establecido en el instrumento de gestión ambiental o la norma respectiva.

- e) En tal sentido, si bien la Disposición Complementaria Derogatoria Única del Decreto Supremo N° 010-2010-MINAM, derogó, entre otros, el artículo 4° y Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM; los nuevos LMP para las descargas de efluentes líquidos de Actividades Minero – Metalúrgicas aprobados por el Decreto Supremo N° 010-2010-MINAM no entraron en vigencia inmediatamente, ya que se estableció un período de adecuación, motivo por el cual debe entenderse que los LMP contenidos en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM devienen aplicables hasta el vencimiento del plazo descrito en el literal b) precedente, para dicho supuesto¹⁶.

Aunado a lo expuesto, cabe indicar que el artículo 103° de la Constitución Política, en concordancia con el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, recoge la regla de la aplicación inmediata de la ley, lo que implica que desde su entrada en vigencia ésta se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. De este modo, los hechos cumplidos bajo la antigua ley se rigen por aquélla, mientras que los efectos o hechos producidos luego de la entrada en vigencia de la nueva ley se rigen por ésta¹⁷.

En este contexto normativo, se colige que tanto a la fecha de realización del muestreo en el punto de monitoreo E-7, del 18 al 23 de agosto de 2008, la expedición de la resolución impugnada el 20 de mayo de 2010, así como su notificación el 25 de mayo del mismo año, se encontraban vigentes y, por lo tanto, exigibles los LMP aprobados por la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM¹⁸.

De igual modo, se encontraba vigente la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, en cuyo numeral 3.2 del punto 3, tipifica el ilícito administrativo materia de sanción.

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

16 DECRETO SUPREMO N° 010-2010-MINAM. APRUEBAN LOS NUEVOS LÍMITES MÁXIMOS PERMISIBLES – LMP PARA LAS DESCARGAS DE EFLUENTES LÍQUIDOS DE ACTIVIDADES MINERO – METALÚRGICAS.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

Única.- Deróguese la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, salvo los artículos 7; 9, 10, 11 y 12, así como los Anexos 03, 04, 05 y 06, los cuales mantienen su vigencia hasta la aprobación y entrada en vigencia del Protocolo de Monitoreo de Aguas y Efluentes Líquidos.

17 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

Artículo 103°.- (...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. (...)

DECRETO LEGISLATIVO N° 295. CODIGO CIVIL.

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo III.- Aplicación de la ley en el tiempo

La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.

¹⁸ Corresponde precisar que si bien el monitoreo de efluentes se desarrolló el 20, 21 y 23 del octubre de 2008, de acuerdo al Cuadro N° 8. Resultados Estación E7 – Efluentes (foja 21), el incumplimiento de los parámetros STS, Zn y Fe en el punto de monitoreo E-7 se verificó de las muestras tomadas el 20 y 21 de octubre de 2008.

Sobre la aplicación supletoria del Decreto Supremo N° 049-2001-EM

13. Respecto a lo alegado en el literal c) del numeral 2, resulta oportuno indicar que el artículo 103° de la Constitución Política, en concordancia con el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, recoge la regla de la aplicación inmediata de la ley, lo que implica que desde su entrada en vigencia ésta se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. De este modo, los hechos cumplidos bajo la antigua ley se rigen por aquélla, mientras que los efectos o hechos producidos luego de la entrada en vigencia de la nueva ley se rigen por ésta¹⁹.

En este contexto, resulta oportuno definir el marco legal vigente durante la supervisión especial "Monitoreo Ambiental de Efluentes Minero Metalúrgicos en el Ámbito Geográfico de Cajamarca. Zona 1: Llaucano – Tingo", de fecha 18 al 23 de agosto de 2008, efectuada en las instalaciones de la Unidad Minera San Nicolás de la MINERA SAN NICOLÁS, por el Supervisor Externo Minera Interandina de Consultores S.R.L.; cuyos resultados determinaron la existencia del incumplimiento objeto de análisis.

Sobre el particular, se verifica que durante la citada Supervisión Especial se encontraba vigente el Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD, razón por la cual el ejercicio de la función supervisora destinada a verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas bajo el ámbito de competencia del regulador, se desarrolló a la luz de dicho reglamento²⁰.

En efecto, en observancia de la Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 28964, Ley que Transfiere Competencias de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Mineras al OSINERGMIN, el procedimiento de supervisión de las actividades mineras establecido por Resolución N° 324-2007-OS/CD, publicado el 10 de junio de 2007, derogó la regulación conformada por la Ley N° 27474 y el Decreto Supremo N° 049-2001-EM²¹.

19 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993

Artículo 103°.- (...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. (...)

**DECRETO LEGISLATIVO N° 295. CODIGO CIVIL.
TÍTULO PRELIMINAR**

Artículo III.- Aplicación de la ley en el tiempo

La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.

20 RESOLUCIÓN N° 324-2007-OS/CD. REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS DE OSINERGMIN

Artículo 2.- Ámbito de aplicación

Lo dispuesto en el presente Reglamento es de obligatorio cumplimiento para OSINERGMIN, las Empresas Supervisoras y las Entidades Supervisadas en el marco de las actividades de supervisión que realice el OSINERGMIN para verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas bajo su ámbito de competencia.

21 LEY N° 28964. LEY QUE TRANSFIERE COMPETENCIAS DE SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES MINERAS AL OSINERGMIN.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

PRIMERA.- En tanto se aprueben por el OSINERGMIN, los procedimientos de fiscalización de las actividades mineras a su cargo, seguirán vigentes las disposiciones sobre esta materia contenidas en la Ley N° 27474 y continuarán aplicándose los procedimientos establecidos en el Reglamento de Fiscalización de Actividades Mineras, aprobado por Decreto Supremo N°

Por lo tanto, en consonancia con la regla de la aplicación inmediata de la ley a que se refiere el primer párrafo del presente numeral, no correspondía aplicar ultractivamente el artículo 49° del Decreto Supremo N° 049-2001-EM, como pretende la recurrente.

Asimismo, cabe precisar que la Resolución N° 324-2007-OS/CD no establece obligación alguna relacionada a la notificación del Informe de Supervisión a la empresa supervisada antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, razón por la cual la notificación del Informe 2B de la Supervisión Especial "Monitoreo Ambiental de Efluentes Minero Metalúrgicos en el Ámbito Geográfico de Cajamarca. Zona 1", se realizó conjuntamente con el Oficio N° 761-2009-OS-GFM, mediante el cual se dio inicio al presente procedimiento, con fecha 13 de mayo de 2009, en observancia del Principio de Legalidad, previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444²².

Finalmente, resulta oportuno señalar que la Resolución N° 233-2009-OS/CD no regula el procedimiento de supervisión ni contiene disposiciones aplicables al mismo, toda vez que dicho dispositivo legal norma el procedimiento administrativo sancionador del OSINERGMIN, razón por la cual en aplicación del numeral 163.1 del artículo 163° de la Ley N° 27444, corresponde desestimar su valoración, por inconducente²³.

Por lo expuesto, carecen de sustento los argumentos esgrimidos por la recurrente sobre el particular.

049-2001-EM y sus normas modificatorias, así como la Escala de Sanciones y Multas, aprobada por Resolución Ministerial N° 310-2000-EM, siendo de aplicación todas las normas complementarias de estas disposiciones que se encuentren vigentes a la fecha de promulgación de la presente Ley, y continuará habilitada la nómina de Fiscalizadores Externos. Para efectos del Arancel de Fiscalización será de aplicación lo dispuesto en el artículo 7° de la presente Ley, y seguirán vigentes todas las disposiciones reglamentarias y complementarias que no se le opongán.

22 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.

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

Artículo 163.- Actuación probatoria

163.1 Cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija, la entidad dispone la actuación de prueba, siguiendo el criterio de concentración procesal, fijando un período que para el efecto no será menor de tres días ni mayor de quince, contados a partir de su planteamiento. Sólo podrá rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios.

DECRETO SUPREMO N° 049-2001-EM. REGLAMENTO DE FISCALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES MINERAS

Artículo 49.- Los Informes que corresponden tanto al programa de fiscalización como a exámenes especiales deberán ser presentados de acuerdo a los formatos establecidos por la Dirección General de Minería, dentro de los quince (15) días calendario de culminada la inspección, a la Dirección General de Minería y a la Dirección General de Asuntos Ambientales cuando corresponda, así como a la entidad fiscalizada, la que podrá presentar observaciones al informe hasta el tercer día útil de recibido. (...)

Sobre los esfuerzos de la titular minera para cumplir con los LMP y la aplicación del 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM

14. Respecto a lo alegado en los literales d) y e) del numeral 2, se debe precisar que con dicho fundamento la recurrente no está negando la comisión de la infracción imputada.

Además, cabe indicar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96- EM/VMM, los resultados analíticos obtenidos para cada parámetro regulado a partir de la muestra recogida del efluente minero-metalúrgico, no debe exceder en ninguna oportunidad los niveles establecidos en la columna "Valor en cualquier Momento" del Anexo 1.

En tal sentido, cualquier exceso, indistintamente del quantum, de los valores límite previstos en la columna "Valor en cualquier Momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, determinará la configuración del ilícito administrativo previsto en el numeral 3.2 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades, aprobado por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, por incumplimiento de LMP.

Asimismo, el texto normativo del artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM prevé que los resultados obtenidos del análisis de las muestras provenientes de los efluentes objeto de monitoreo se obtienen para cada uno de los parámetros regulados por separado; y, además, que los valores incluidos en la columna "Valor en cualquier Momento" del Anexo 1 constituyen parámetros que deben cumplirse en cualquier momento, esto es, que deben observarse y respetarse en forma permanente.

Además, estando a que la obligación de cumplir con los LMP previstos en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM recae sobre los titulares mineros, éstos son los llamados a adoptar todas aquellas medidas o actuaciones que resulten pertinentes para garantizar que sus efluentes minero – metalúrgicos se encuentren dentro de los márgenes descritos en la columna "Valor en cualquier Momento" del Anexo 1; por lo que al confirmarse el exceso del parámetro pH en el punto de monitoreo M7 (E-7) durante la supervisión, sustentada en el Informe de Ensayo MA805093 (fojas 27 y 28) y fotografías N° 7, 8 y 9 del informe de supervisión (fojas 144 y 145), se configuró la conducta sancionable.

En relación a la gravedad de la sanción, se debe mencionar que por disposición de los artículos 74° y 75° numeral 75.1 de la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611, el titular minero es responsable por las emisiones, vertimientos y demás impactos negativos sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, generados por efecto de las actividades desarrolladas en el área de su concesión; siendo que, dicha responsabilidad incluye las siguientes categorías: a) riesgos, y b) daños ambientales.

Ahora bien, considerando que en el presente caso se cuestiona la gravedad de la infracción tipificada en el numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM por el incumplimiento de LMP, reviste vital importancia determinar los alcances de la categoría daño ambiental, en este supuesto.

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

De este modo, en atención a que el numeral 32.1 del artículo 32° de la Ley N° 28611, prevé que el exceso del LMP causa o puede causar daños a la salud, bienestar humano y al ambiente, se colige que el incumplimiento de los LMP regulados en el Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMMM, ocasionan daños al ambiente cuyos efectos negativos no requieren ser inmediatos o actuales, bastando la potencialidad de los mismos.

Por lo expuesto, el exceso de los LMP aplicables al parámetro pH, reportados en el punto de monitoreo M7 (E-7), configura la situación de daño ambiental definida en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, y se encuentra debidamente sustentado en los resultados contenidos en el informe de ensayo, antes citado, expedido por el laboratorio acreditado SGS DEL PERÚ S.A.C.

En consecuencia, encontrándose demostrada la infracción contenida en el numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, corresponde desestimar los argumentos expuestos por la apelante en estos extremos.

Sobre el principio de proporcionalidad y atenuación de la sanción

15. Respecto a lo alegado en el literal f) del numeral 2, se debe manifestar conforme al punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM las sanciones se aplican considerando si existe infracción a la normativa ambiental (10 UIT) acorde al 3.1 de la referida resolución y si esta infracción conlleva a un daño (50 UIT), según lo estipulado en el 3.2 de la resolución ministerial antes mencionada; con un tope máximo de 600 UIT que limita el número de infracciones sancionables.

En este sentido, no procede una rebaja de la multa aplicable, dado que de conformidad con el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 640-2007-OS/CD (artículo 13.3) sólo es posible aplicar criterios de gradualidad de sanción en aquellos casos en los que se ha establecido un rango en la tipificación de infracciones y escala de multas y sanciones; que no es el caso de la escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.

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

16. Finalmente, habiéndose desestimado los argumentos expuestos por la recurrente y considerando que de acuerdo a lo indicado en los numerales 10 al 15 de la parte considerativa de la presente resolución, el recurso de apelación deviene infundado, por lo que la recurrente deberá realizar el pago de la multa impuesta en la cuenta recaudadora del OEFA.

Estando a los considerandos expuestos, De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 29325, Ley del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental; Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA y Resolución 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 INFUNDADO el recurso de apelación presentado por **COMPAÑÍA MINERA SAN NICOLÁS S.A.** contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007456 de fecha 20 de mayo del 2010, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, quedando agotada la vía administrativa.

ARTÍCULO SEGUNDO.- DISPONER que el monto de la multa 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 TERCERO.- NOTIFICAR la presente resolución a **COMPAÑÍA MINERA SAN NICOLÁS S.A.** y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

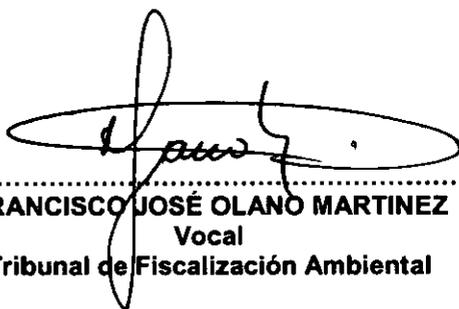
Regístrese y comuníquese.



.....
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

