

Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 029-2011-OEFA/TFA

Lima,

28 DIC. 2011

VISTOS:

El Expediente N° 1631801 que contiene el recurso de apelación interpuesto por Catalina Huanca Sociedad Minera S.A.C. (en adelante, CATALINA HUANCA) contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 006816 de fecha 23 de marzo de 2010, y el Informe N° 029-2011-OEFA/TFA/ST de fecha 19 de diciembre de 2011;

CONSIDERANDO:

1. Por Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 006816 de fecha 23 de marzo de 2010 (fojas 359 a 362), notificada el 25 de marzo de 2010, se impuso a la CATALINA HUANCA una multa de setenta (60) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de dos (02) infracciones, al haber incumplido los artículos 4° y 7° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/MM¹, que aprueba los Niveles Máximos Permisibles para

¹ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 011-96-EM/MM. 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
Piomo (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 disociable en ácido.

Artículo 7.- Los titulares mineros están obligados a establecer en el EIA y/o PAMA o Declaración Jurada de PAMA, un punto de control en cada efluente líquido minero-metalúrgico, a fin de determinar la concentración de cada uno de los

Efluentes Líquidos para las Actividades Minero – Metalúrgicas, y el artículo 5° del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero – Metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, conforme al siguiente detalle:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCION
En el punto de monitoreo ER-1, correspondiente al efluente de mina Bocamina San Martín, Nivel 420, se reportaron valores para los parámetros STS y Zn que exceden los límites máximos permisibles establecidos en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM y al artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM.	Numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM ²	50 UIT
El titular minero no ha establecido el punto de control correspondiente al efluente minero-metalúrgico de mina Bocamina San Martín, Nivel 420	Artículo 7° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM	10 UIT
MULTA TOTAL			60 UIT

2. Mediante escrito de registro N° 1338860 presentado con fecha 19 de abril del 2010 (fojas 365 al 380), CATALINA HUANCA interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 006816, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

parámetros regulados y el volumen de descarga en metros cúbicos por día, que será medido al momento de efectuar la toma de la muestra. Dicho punto de control deberá ser identificado de acuerdo a la ficha del Anexo 3 que forma parte de la presente Resolución Ministerial.

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 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".

² 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 (...).

- a) Con relación al efluente del drenaje de la bocamina San Martín, CATALINA HUANCA señala que las aguas de dicho efluente son recirculadas al cien por ciento (100%) en la Planta de Beneficio, ya que se envían a través de una tubería a la bocamina Bolívar del Nivel 3189, para luego unirse a las agua de mina que recibe tratamiento previo a su vertimiento a la quebrada Sacclani, lo que se encuentra acreditado con las vistas fotográficas presentadas en calidad de medio de prueba.

Asimismo, el efluente de la Bocamina Bolívar cumple con los Límites Máximos Permisibles (en adelante, LMP), tal como se indicó en el Informe de Supervisión N° 006-2006-MA-CE-P&S en su numeral 4.12.2 (foja 52 del informe).

- b) En el informe presentado en virtud al Acta de Compromiso de fecha 17 de octubre de 2006, sobre el manejo de efluentes, se concluyó que las condiciones encontradas son ambientalmente adecuadas. Por tanto, al no constituir técnica ni legalmente un vertimiento, no se ha incumplido la Resolución Ministerial N° 011-96-EM ni el artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM.
- c) La Empresa Supervisora ha señalado que el efluente correspondiente al punto de control ER-1 se trata de un drenaje mínimo, por lo que no reviste la condición de efluente, no siéndole aplicables los artículos 32° numeral 32.1 y 142° numeral 142.2 de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, así como las disposiciones de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/MMM.
- d) En virtud de los artículos 5° y 49° del Reglamento de Fiscalización Minera de las Actividades, aprobado por Decreto Supremo N° 049-2001-EM, el 30 de noviembre de 2006 se entendió aprobado el Informe de la Empresa Supervisora por la autoridad competente.

Además, la transferencia de competencias al OSINERGMIN se produjo en virtud de la Ley N° 28964, Ley que Transfiere Competencias de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Mineras al OSINERG, el 24 de enero de 2007, casi dos meses después que el informe se encontrara aprobado; por lo que al haberse iniciado el procedimiento administrativo sancionador en base a un informe aprobado se han vulnerado los Principios de Legalidad y Debido Procedimiento.

- e) La observación y la recomendación N° 9 del Informe de Supervisión N° 006-2006-MA-CE-P&S estuvieron orientadas a evaluar la calidad del agua; sin embargo, en cumplimiento de la misma CATALINA HUANCA efectuó la solicitud de implementar una estación adicional para este fin, describiendo la ubicación e identificándolo momentáneamente como M12. Posteriormente, el 12 de diciembre de 2006 fue aprobado el Estudio de Impacto Ambiental de la ampliación de la mina subterránea a 1,000 TM (toneladas métricas), donde no se consideró el monitoreo de la bocamina San Martín ante la inexistencia de filtraciones y por no tener operaciones mineras en este nivel.

En tal sentido, la recurrente no ha incumplido la obligación contenida en el artículo 7° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EMA/MMM, debido a que se

estableció el punto de control requerido, más aún cuando dicho caudal no constituye un efluente.

Por tanto, con la sanción impuesta se ha vulnerado el Principio de Tipicidad, recogido en el numeral 2 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

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)³
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 ambiental⁴.
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 OEFA⁵.

³ **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 **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 **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 (...).

6. Con Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, publicado el 21 de enero de 2010, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN al OEFA; y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, publicada el 20 de julio de 2010, se estableció como fecha efectiva de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería del OSINERGMIN al OEFA, el 22 de julio de 2010.
7. De otro lado, es preciso mencionar que el artículo 10° de la citada Ley N° 29325, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA⁶.

Norma Procedimental Aplicable

8. Antes de realizar el análisis de los argumentos esgrimidos por la recurrente, resulta pertinente, en aplicación del Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establecer la norma procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes⁷.

⁶ 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.

⁷ 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.

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

9. Al respecto, este Cuerpo Colegiado considera necesario establecer el marco constitucional en el cual se desarrolla el bien jurídico protegido al interior de los procedimientos administrativos sancionadores por incumplimiento 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 por⁹:

- 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 ese 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

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.

⁹ 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.htm>

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.

Sobre el cumplimiento del artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM y el artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM

10. Respecto a lo alegado en los literales a) y b) del numeral 2, se debe indicar que de acuerdo a lo establecido en el literal b) del artículo 13° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM los flujos descargados al ambiente provenientes de cualquier labor, excavación o trabajo efectuado dentro de los linderos de la Unidad Minera, son considerados efluentes minero-metalúrgicos.

En tal sentido, toda vez que el agua a la salida de la bocamina San Martín Nivel 420 de CATALINA HUANCA es una descarga que llega finalmente a la quebrada Sacclani, correspondía calificar la misma como efluente minero-metalúrgico. Además, el titular minero al realizar la ficha de identificación de la nueva estación de monitoreo de aguas de la bocamina San Martín Nivel 420 establece como cuerpo receptor de este efluente minero-metalúrgico a la quebrada Sacclani, por lo que CATALINA HUANCA reconoció la existencia del efluente minero-metalúrgico materia del procedimiento administrativo sancionador.

Con relación a la supuesta recirculación del aguas a través de una tubería a la bocamina Bolívar del Nivel 3189 y su posterior tratamiento antes de su vertimiento a la quebrada Sacclani; cabe señalar que la implementación de la tubería cubierta fue en forma posterior a la supervisión, por lo que ya se había configurado el incumplimiento del artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM y al artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, hecho que no exime de responsabilidad a CATALINA HUANCA ni sustrae la materia sancionable, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8° del Reglamento del Procedimiento

Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD¹⁰.

Adicionalmente, sobre lo alegado por la impugnante en el sentido que en el informe de supervisión se indicó que el efluente de la Bocamina Bolívar cumple con todos los LMP (página 52), se debe precisar que no es materia del presente procedimiento administrativo sancionador el cumplimiento de los LMP del referido efluente sino el proveniente de la bocamina San Martín Nivel 420, el cual sí excedió los LMP de los parámetros STS y Zn, tal como consta en el informe de ensayo N° 0589/06 (fojas 115 a 116) del laboratorio ENVIRONMENTAL QUALITY ANALYTICAL SERVICES S.A. (acreditado mediante Registro N° LE-030 ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPÍ).

De acuerdo a lo expuesto, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente.

11. Respecto a lo alegado en el literal c) del numeral 2, el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM establece, entre otras obligaciones, que los resultados analíticos obtenidos para cada parámetro regulado a partir de la muestra recogida del efluente minero no deberán exceder los LMP establecidos en la columna "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la referida Resolución Ministerial, por lo que al confirmarse el exceso de los parámetros STS y Zn en el punto de monitoreo denominado ER-1 durante la supervisión se configuró la conducta sancionable.

Por su parte, el punto 2.2 de la Guía para la evaluación de impactos en la calidad de las aguas superficiales por actividades minero metalúrgicas, aprobada mediante Resolución Directoral N° 281-2007-MEM/AAM de fecha 7 de setiembre de 2007, señala que:

*"Los LMP están definidos en términos de valores absolutos de concentración (salvo en el caso del pH) para una lista corta de parámetros, sin considerar el volumen de la descarga ni la capacidad de asimilación del cuerpo receptor".
(El subrayado es nuestro)*

Por lo tanto, la medida del caudal registrado por el laboratorio durante la supervisión no exime de responsabilidad a CATALINA HUANCA; toda vez que el cumplimiento de los LMP versa en el grado de concentración de los parámetros del Anexo I de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, debiendo agregar que la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM no hace distinción alguna requiriendo un caudal mínimo para efectuar la toma de muestras, en tal sentido, debe cumplir con los límites máximos permisibles establecidos normativamente.

Con relación a la aplicación de la normativa que sustenta el daño ambiental, cabe indicar 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

¹⁰RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA OSINERGMIN N° 640-2007-OS/CD. REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE OSINERGMIN.

Artículo 8.- Verificación de la infracción

La verificación del cese de la infracción no exime de responsabilidad al administrado ni substraer la materia sancionable, salvo el supuesto contemplado en el artículo 34° del presente Reglamento.

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 ambientales¹¹. En tal sentido, corresponde al titular de la actividad la adopción de medidas de prevención y control del riesgo y daño ambiental, que se generen por acción u omisión, en cada una de las etapas de las operaciones mineras.

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/MMM por el incumplimiento de LMP, reviste vital importancia determinar los alcances de la categoría daño ambiental.

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 potenciales¹². Asimismo, 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/MMMM, ocasionan daños al ambiente cuyos efectos negativos no requieren ser inmediatos o actuales, bastando la potencialidad de los mismos¹³.

Por lo expuesto, el exceso de los LMP aplicables al parámetro STS y Zn, reportados en el punto de monitoreo ER-1, 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 N° 0589/06 adjunto en el informe de supervisión (fojas 115 a 116), expedido por el laboratorio acreditado ENVIRONMENTAL QUALITY ANALYTICAL SERVICES S.A.

11 LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE

Artículo 74.- De la responsabilidad general

Todo titular de operaciones es responsable por las emisiones, efluentes, descargas y demás impactos negativos que se generen sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, como consecuencia de sus actividades. Esta responsabilidad incluye los riesgos y daños ambientales que se generen por acción u omisión.

Artículo 75.- Del manejo integral y prevención en la fuente

75.1 El titular de operaciones debe adoptar prioritariamente medidas de prevención del riesgo y daño ambiental en la fuente generadora de los mismos, así como las demás medidas de conservación y protección ambiental que corresponda en cada una de las etapas de sus operaciones, bajo el concepto de ciclo de vida de los bienes que produzca o los servicios que provea, de conformidad con los principios establecidos en el Título Preliminar de la presente Ley y las demás normas legales vigentes. (El subrayado es nuestro)

12 LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE

Artículo 142°.- De la responsabilidad por daños ambientales

142.2. Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales.

13 LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE

Artículo 32.- Del Límite Máximo Permisible

32.1 El Límite Máximo Permisible - LMP, es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente. Su determinación corresponde al Ministerio del Ambiente. Su cumplimiento es exigible legalmente por el Ministerio del Ambiente y los organismos que conforman el Sistema Nacional de Gestión Ambiental. Los criterios para la determinación de la supervisión y sanción serán establecidos por dicho Ministerio.

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

Por tanto, corresponde desestimar lo alegado por la titular minera en este extremo.

12. Respecto a lo alegado en el literal d) del numeral 2, es decir, que a OSINERGMIN no le correspondía iniciar un procedimiento administrativo sancionador cuando el informe de supervisión ya había sido aprobado, cabe señalar que el contenido del Informe de Supervisión N° 006-2006-MA-CE-P&S aprobado, evidencia precisamente infracciones a las normas ambientales que se encontraban pendientes de evaluar, por lo que al transferirse la competencia a OSINERGMIN, en su momento, se procedió a iniciar el presente procedimiento administrativo sancionador.

Además, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo el artículo 103° de la Constitución Política, en concordancia con el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, se debe seguir la regla de la aplicación inmediata de la ley, mencionada en párrafos precedentes, lo que implica que desde su entrada en vigencia ésta se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Por tanto, 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 ésta

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-EM¹⁴.

Por lo tanto, en consonancia con la regla de la aplicación inmediata de la ley, no correspondía aplicar ultractivamente el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 049-2001-EM, como pretende la recurrente. Sin perjuicio de lo anterior, aún en el hipotético caso que se pudiera aplicar ultractivamente el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 049-2001-EM, de igual manera se hubiera iniciado el presente procedimiento administrativo sancionador, toda vez que se acreditó el incumplimiento de las conductas sancionables en el informe de supervisión.

De acuerdo a lo expuesto, corresponde desestimar lo alegado por CATALINA HUANCA en este extremo.

¹⁴ 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° 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 opongan.

Sobre el incumplimiento del artículo 7° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM

13. Respecto a lo alegado en el literal e) del numeral 2, cabe señalar que en ningún caso el cumplimiento de la recomendación formulada durante la supervisión, deja sin efecto la infracción imputada que se sustente en los hechos que dieron origen a la misma.

En este sentido, se debe reiterar que el solicitar la inscripción, mediante ficha de identificación de la nueva estación de monitoreo de aguas de la bocamina San Martín Nivel 420, no exime de responsabilidad ni sustrae la materia sancionable, acorde con lo señalado en el artículo 8° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD.

Asimismo, se debe precisar que habiéndose acreditado la existencia de un efluente minero-metalúrgico el titular estaba obligado a establecer en el EIA y/o PAMA o Declaración Jurada de PAMA el punto de control ER-1; por lo tanto, lo alegado por la recurrente sobre el hecho que finalmente no aparezca el punto de control en el EIA al no presentar filtraciones y no tener operaciones en ese nivel, no guarda relación con la falta de cumplimiento de la obligación mencionada.

Además, no se vulnera el principio de tipicidad, recogido en el numeral 4) del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; dado que en el numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, se tipifican las infracciones derivadas del incumplimiento de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, cuyo artículo 7° establece como obligación por parte de la titular minera establecer un punto de control en cada efluente minero-metalúrgico en su Estudio de Impacto Ambiental – EIA y/o Programa de Adecuación y Manejo Ambiental – PAMA o Declaración Jurada de PAMA.

Siendo ello así, en el presente caso el citado artículo 7° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM constituye la norma sustantiva incumplida, mientras que el numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, configura la norma tipificadora.

Cabe señalar que la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM tipifica como infracción el incumplimiento de las disposiciones referidas a medio ambiente contenidas, entre otros, en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, estableciendo que la sanción aplicable será una de multa de diez (10) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por cada infracción, hasta un máximo de seiscientas (600) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Sin perjuicio de lo concluido en el párrafo anterior, este Órgano Colegiado considera conveniente explicar la observación del citado Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, por parte del numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, por ser la norma tipificadora. Al respecto, se tiene que:

- a) El Tribunal Constitucional ha señalado, a través de la sentencia recaída en el expediente N° 0010-2002-AI/TC, que en la determinación de las conductas infractoras está permitido el empleo de los llamados "conceptos jurídicos

indeterminados", siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia¹⁵.

- b) Por su parte, las empresas del sector minería cuentan con capacidad técnica, administrativa y financiera para identificar las obligaciones a las cuales están sujetas; motivo por el cual, resulta razonable considerar que puedan prever, bajo los criterios expuestos en el párrafo precedente, qué conductas constituyen infracción en el referido sector.
- c) La infracción tipificada en el numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/MM, consiste en el incumplimiento, entre otras, de las disposiciones contenidas en la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/MM.
- d) En consecuencia, el incumplimiento de cualquiera de las disposiciones contenidas en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/MM constituyen infracción sancionable conforme al tipo contenido en el precitado numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/MM. Una interpretación distinta a la expuesta supondría tolerar conductas antijurídicas que devendrían en perjuicio del bien jurídico tutelado por este cuerpo normativo.

De esta forma, el incumplimiento del artículo 7° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/MM se encuentra debidamente tipificado como infracción en el citado numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/MM, por lo que no se contraviene el Principio de Tipicidad.

De acuerdo a lo expuesto, corresponde desestimar lo alegado por CATALINA HUANCA en este extremo.

- 14. Finalmente, habiéndose desestimado los argumentos expuestos por la recurrente y considerando que de acuerdo a lo indicado en los numerales 10 al 14 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.

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;

¹⁵ La sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC, es una de naturaleza normativa; encontrándose disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación presentado por CATALINA HUANCA SOCIEDAD MINERA S.A.C. contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 006816 de fecha 23 de marzo 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 CATALINA HUANCA SOCIEDAD MINERA S.A.C. y **REMITIR** el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

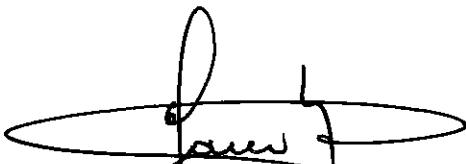
Regístrese y comuníquese.



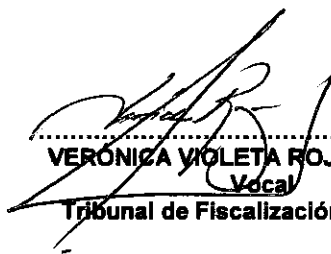
.....
LENÍN WILLIAM POSTIGO DE LA MOTTA
Presidente
Tribunal de Fiscalización Ambiental



.....
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