



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 027-2011-OEFA/TFA

Lima,

28 DIC. 2011

VISTOS:

El Expediente N° 2007-055 que contiene el recurso de apelación, interpuesto por Compañía Minera San Nicolás S.A. (en adelante, MINERA SAN NICOLÁS) contra la Resolución Directoral N° 094-2011-OEFA/DFSAI de fecha 10 de octubre de 2011 y el Informe N° 027-2011-OEFA/TFA/ST de fecha 19 de diciembre de 2011;

CONSIDERANDO:

1. Por Resolución Directoral N° 094-2011-OEFA/DFSAI de fecha 10 de octubre de 2011 (fojas 399 a 413), notificada el 10 de octubre de 2011, se impuso a MINERA SAN NICOLÁS una multa de ciento treinta (130) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por haber incumplido 10 recomendaciones generadas durante la supervisión realizada del 23 al 24 de julio de 2005, así como el artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM y el 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM¹, que Aprueba los Niveles Máximos Permisibles para Efluentes Líquidos para las Actividades Minero- Metalúrgicas, conforme al siguiente detalle:

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
Piomo (mg/l)	0.4	0.2
Cobre (mg/l)	1.0	0.3
Zinc (mg/l)	3.0	1.0
Hierro (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.

Sobre las recomendaciones incumplidas

HECHOS IMPUTADOS	TIPIFICACIÓN	SANCION
<p><u>Recomendación N° 1:</u> Presentar un plan y cronograma de implementación de medidas inmediatas para el control, mitigación, remediación, con sus correspondientes costos, respecto a todos sus residuos líquidos y sólidos, de los pasivos mineros y de la actividad minera realizada</p>	<p>Tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM²</p>	<p>2 UIT</p>
<p><u>Recomendación N° 2:</u> Realizar a través de una empresa consultora especializada, la reingeniería de la pila de lixiviación como de sus demás componentes operacionales, de control y de contingencia.</p>	<p>Tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM</p>	<p>2 UIT</p>
<p>2.1 Eliminación total del ingreso de cianuro de reposición al circuito de lixiviación</p>		
<p>2.2 Paralizar la irrigación de solución cianurada al pad de lixiviación y realizar la recolección total de las soluciones irrigadas hasta el momento, en la poza de solución rica y poza de grandes eventos.</p>		
<p>2.3 Tratamiento, en una planta de detoxificación de cianuro, de la solución barren de la planta de beneficio y solución con contenidos de cianuro que se recolecten posteriormente producto de las precipitaciones pluviales en el área del pad de lixiviación. Las descargas de dicha planta deben cumplir con los LMP establecidos en la R.M N° 011- 96-EM/VMM y su efecto en el cuerpo receptor debe cumplir con lo establecido en la Ley General de Aguas.</p>		
<p>2.4 Captación de las aguas subterráneas, mediante pozos profundos ubicados estratégicamente aguas abajo del pad de lixiviación y tratamiento de las mismas en una planta de detoxificación de cianuro.</p>		
<p><u>Recomendación N° 4:</u> Presentar un informe sobre la ubicación, volumen de producción, procedimiento de manejo, disposición final y remediación, respecto a los lodos almacenados durante los cinco últimos años, producto de la planta de tratamiento de los efluentes de aguas acidas generadas por la actividad minera, y sobre los insumos utilizados para el tratamiento. Se</p>	<p>Tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM</p>	<p>2 UIT</p>

² RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM-VMM. ESCALA DE MULTAS Y PENALIDADES A APLICARSE POR INCUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES DEL TUO DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA Y SUS NORMAS REGLAMENTARIAS.

3. MEDIO AMBIENTE

3.1. (...) El incumplimiento de las recomendaciones formuladas como consecuencia de la fiscalización y de las investigaciones de los casos de daño al medio ambiente y catástrofes ambientales, serán sancionadas adicionalmente con 2 UIT por cada recomendación incumplida, las que se adicionarán a la multa que se imponga por infracciones detectadas en los diferentes procesos de fiscalización. Para el caso de PPM la multa adicional será de 0.5 UIT por cada recomendación incumplida.

deberá adjuntar documentos probatorios.		
<p>Recomendación N° 5: Presentar un plan y cronograma de implementación a fin de que la planta de tratamiento de aguas ácidas opere en forma continua, ingresando al proceso de tratamiento la totalidad de sus efluentes (provenientes de los pasivos y actividad minera) generados en épocas de estiaje y de precipitaciones pluvial, y que previo al vertimiento de efluentes a cursos de agua y cuerpos receptores, sus descargas deben cumplir con los Niveles Máximos Permisibles del Anexo 1 de la R.M. N° 011-96-EI/VMM. El análisis químico de las muestras del monitoreo mencionado debe efectuarlo en laboratorios que se encuentran acreditados en INDECOPI.</p>	<p>Tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM</p>	<p>2 UIT</p>
<p>Recomendación N° 6: Informar dentro de los tres primeros días de cada mes, respecto al consumo mensual de los insumos en el tratamiento total de las aguas ácidas (cal, floculantes, otros) como del volumen de todos generados.</p>	<p>Tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM</p>	<p>2 UIT</p>
<p>Recomendación N° 7: Presentar un plan y cronograma de implementación a fin de construir, previo estudio y diseño técnico, una nueva poza para el almacenamiento de los "Lodos" producto del tratamiento de las aguas ácidas. La ubicación de dicha poza debe ser fuera de las inmediaciones del curso del río Tingo.</p>	<p>Tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM</p>	<p>2 UIT</p>
<p>Recomendación N° 8: Presentar un cronograma a fin de realizar, previo estudio técnico, la remediación de la actual zona de almacenamiento de Lodos, remediación que debe garantizar la no generación de impactos negativos a los suelos, las aguas subterráneas y superficiales.</p>	<p>Tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM</p>	<p>2 UIT</p>
<p>Recomendación N° 9: Presentar el informe de implementación de cumplimiento de las recomendaciones de la Fiscalizadora Externa ACOMISA en los plazos establecidos.</p>	<p>Tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM</p>	<p>2 UIT</p>
<p>Recomendación N° 10: Implementadas las medidas correctivas debe presentar los estudios técnicos de ingeniería de detalle a fin de verificar la funcionalidad y sostenibilidad de todos los componentes operacionales.</p>	<p>Tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM</p>	<p>2 UIT</p>
<p>Recomendación N° 11: Presentación de un plan de cierre a nivel de factibilidad de las acciones para rehabilitar las áreas utilizadas o perturbadas por la actividad minera.</p>	<p>Tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM</p>	<p>2 UIT</p>
MULTA		20 UIT

Sobre el incumplimiento del artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM y artículo 4° de la R.M N° 011-96-EM/VMM

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Por estar disponiendo los lodos producidos en las Pozas de tratamiento de aguas acidas, en áreas alteradas y permeables del tajo "El Zorro", sin optar por las medidas de previsión y control las que podrían generar impactos negativos a las aguas subterráneas.	Artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM	Numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM ³	10 UIT
En el punto de monitoreo SNM-2, correspondiente al efluente del Pozo de agua de relavera N° 3, se reportaron valores para los parámetros pH, STS, Cu, Zn, Fe y CN Total, 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 ⁴ .	Artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM y 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 ⁵	50 UIT

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

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

⁴ Cabe precisar que de acuerdo a lo señalado en el numeral 3.5 de la Resolución Directoral N° 094-2011-OEFA/DFSAI, el detalle de los resultados obtenidos en el punto de control SNM-2, es el que sigue:

Punto de Monitoreo	Registro	Parámetro	LMP - Anexo 1
SNM-2	2.02	pH	6 a 9
	54.10	STS	50 mg/L
	72.28	Cu (Disuelto)	1 mg/L
	37.91	Zn (Disuelto)	3 mg/L
	1111.00	Fe (Disuelto)	2 mg/L
	2.85	CN Total	2 mg/L

⁵ 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. (...).

En el punto de monitoreo M7-A, correspondiente a la Salida de tratamiento del agua de mina nivel prosperidad, se reportó valor para el parámetro pH, que excede los límites máximos permisibles establecidos en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ⁶ .	Artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM y 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	50 UIT
MULTA			110 UIT
MULTA TOTAL (incluye incumplimiento de recomendaciones, así como incumplimiento del artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM y artículo 4° de la R.M N° 011-96-EM/VMM)			130 UIT

2. Mediante escrito de registro N° 013049 presentado con fecha 27 de octubre del 2011 (fojas 415 al 417), MINERA SAN NICOLÁS interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 094-2011-OEFA/DFSAI, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

- a) El Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD y la Resolución N° 205-2009-OS/CD no prevén plazo alguno para que el Supervisor Externo cumpla con presentar su informe al regulador y a la recurrente, razón por la cual debió aplicarse supletoriamente el artículo 49° del Reglamento de Fiscalización de las Actividades Mineras, aprobado por Decreto Supremo N° 049-2001-EM, el cual establece un plazo de treinta (30) días. En este sentido, al admitir el informe sin cargo de recepción y no considerar el plazo de presentación del mismo, sostiene MINERA SAN NICOLÁS que se vulneró el debido procedimiento administrativo, recogido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁷.

⁶ Cabe precisar que de acuerdo a lo señalado en el numeral 3.6 de la Resolución Directoral N° 094-2011-OEFA/DFSAI, el detalle de los resultados obtenidos en el punto de control M7-A, es el que sigue:

Punto de Monitoreo	Registro	Parámetro	LMP - Anexo 1
M7-A	9.35	pH	6 a 9

⁷ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

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:

1.2. 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.

Además, la aplicación del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, vulneraría el principio de irretroactividad de la norma, siendo que dicha norma fue publicada en fecha posterior a la supervisión.

- b) La Supervisora no dejó las observaciones y recomendaciones en el Libro de Medio Ambiente en la Unidad Minera, por lo que ha incurrido en infracción del numeral 3, del artículo 8º, numeral 5 del artículo 9º del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 049-2001-EM.
- c) OEFA no puede avocarse a los temas objeto de la Resolución Directoral N° 144-2006-MEM/DGM, recaída en el Informe N° 207-2006-MEM-DGM-FMI/MA; toda vez que éste es objeto de cuestionamiento en el Poder Judicial, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 139.2º de la Constitución Política del Perú.
- d) 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)⁸.
- 4. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6º y 11º 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 ambiental⁹.

⁸ **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. (...)

⁹ **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 OEFA¹⁰.
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 OEFA¹¹.

¹⁰ 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. (...)

¹¹ 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.

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 intervinientes¹².

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 vida¹³.

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 por¹⁴:

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

¹² 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.

¹³ 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.

¹⁴ 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>

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 aplicable al medio ambiente y aquellas asumidas por dichos particulares en sus instrumentos de gestión ambiental.

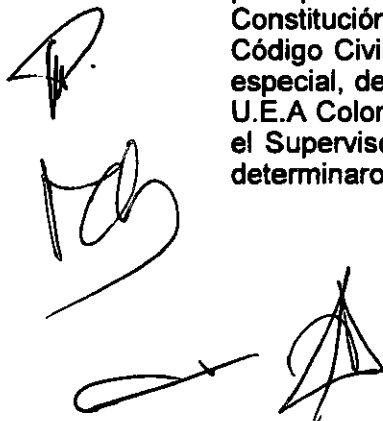
Lo expuesto, se condice además con el concepto de Responsabilidad Social de las empresas, el que ha sido desarrollado por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia materia de análisis, y respecto del cual cabe citar lo siguiente:

"Para el presente caso, interesa resaltar que la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia 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 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.

En cuanto a la aplicación del Decreto Supremo N° 049-2001-EM

10. Respecto a lo alegado en el literal a) del numeral 2, es de indicar que a la luz del principio de aplicación inmediata de la ley, recogido en el artículo 103° de la Constitución Política, en concordancia con el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, resulta oportuno definir el marco legal vigente durante la supervisión especial, de fecha 27 y 28 de agosto de 2007, efectuada en las instalaciones de la U.E.A Colorada y Concesión de Beneficio Cosinsa de MINERA SAN NICOLÁS, por el Supervisor Externo Minera Interandina de Consultores S.R.L.; cuyos resultados determinaron el 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 reglamento¹⁵. 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, se aprobó el procedimiento de supervisión de las actividades mineras establecido por Resolución N° 324-2007-OS/CD, publicado el 10 de junio de 2007, y en consecuencia, dejó de tener vigencia la regulación conformada por la Ley N° 27474 y el Decreto Supremo N° 049-2001-EM¹⁶, por lo que no correspondía aplicar ultractivamente el artículo 49° del Decreto Supremo N° 049-2001-EM, como pretende la recurrente.

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 de Supervisión Especial-Implementación de recomendaciones, condiciones y cumplimiento de la normatividad ambiental de la U.E.A. Colorada y Concesión de Beneficio Coinsa, se realizó conjuntamente con el Oficio N° 638-2008-OS-GFM, mediante el cual se dio inicio al presente procedimiento, con fecha 8 de agosto de 2008, en observancia del Principio de Legalidad, previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444¹⁷.

Además, resulta oportuno señalar que la Resolución N° 640-2007-OS/CD no regula el procedimiento de supervisión ni contiene disposiciones aplicables al mismo, toda

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

vez que dicho dispositivo legal norma el procedimiento administrativo sancionador del OSINERGMIN.

Asimismo, se debe precisar que el Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Minera aprobado por Resolución N° 205-2009-OS/CD fue publicado el 4 de noviembre de 2009, es decir, en forma posterior a la supervisión y al inicio del procedimiento administrativo sancionador; por lo que corresponde desestimarlo alegado por la recurrente¹⁸.

Por otro lado, siendo que al notificar el informe de supervisión se informaron las presuntas infracciones cometidas, otorgándole a la recurrente un plazo de cinco (5) días para presentar sus descargos; no existe vulneración al principio de debido procedimiento, previsto en el numeral 230.2 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

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

En cuanto a los temas discutidos en el Poder Judicial

11. Respecto a lo alegado en los literales b) y c) del numeral 2, se debe manifestar que la titular pretende desvirtuar los hechos constatados durante la supervisión alegando que el Poder Judicial ha declarado nula la Resolución N° 295-2007-OS/CD, y en consecuencia el Informe N° 207-2006-MEM-DGM-FMI/MA no le sería exigible.

Al respecto, de conformidad a lo establecido en el artículo 4° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, se señala que:

"Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala. Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional (...)".

Además, el artículo 13° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que:

¹⁸ 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. (...)

"Cuando en un procedimiento administrativo surja una cuestión contenciosa, que requiera de un pronunciamiento previo, sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante la administración pública, se suspende aquel por la autoridad que conoce del mismo, a fin que el Poder Judicial declare el derecho que defina el litigio. Si la autoridad administrativa se niega a suspender el procedimiento, los interesados pueden interponer la demanda pertinente ante el Poder Judicial. Si la conducta de la autoridad administrativa provoca conflicto, éste se resuelve aplicando las reglas procesales de determinación de competencia, en cada caso".

Cabe señalar que la sentencia de primera instancia emitida por el Sexto Juzgado Transitorio Especializado en lo Contencioso Administrativo que resuelve declarar fundada en parte la demanda y en consecuencia nula la Resolución del Consejo Directivo de OSINERGMIN N° 295-2007-OS/CD, lo cual ha sido impugnado mediante recurso de apelación por OSINERGMIN el 25 de marzo de 2010, declarándose que la sentencia de primera instancia tiene efecto suspensivo.

En tal sentido, siendo que la validez de la Resolución Directoral N° 144-2006-2006-MEM-DGM, en el cual se aprobó el Informe N° 207-2006-MEM-DGM-FMI/MA, donde se efectuaron las recomendaciones durante el Examen Especial a la cuenca del Río Tingo Maygasbamba, U.E.A. Colorada y Concesión de Beneficio Cosinsa en julio de 2005, es materia del presente recurso de apelación y, asimismo, del proceso contencioso administrativo seguido en el Sexto Juzgado Transitorio Especializado en lo Contencioso Administrativo; y al amparo de las normas acotadas y a fin de no interferir ante una causa pendiente ante el órgano jurisdiccional, no corresponde pronunciarnos en dichos extremos hasta que el Poder Judicial emita sentencia al respecto.

De acuerdo a lo expuesto, sólo serán objeto de análisis los argumentos expuestos por la recurrente que estén referidos al incumplimiento de normas de protección y conservación del ambiente detectados durante la supervisión 2007, los cuales no son materia del procedimiento contencioso administrativo descrito en el párrafo que antecede.

En cuanto al principio de proporcionalidad y atenuación de la sanción

12. Respecto a lo alegado en el literal d) del numeral 2, este Tribunal considera oportuno indicar que de acuerdo al numeral 3.2 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, que tipifica el ilícito administrativo imputado a la apelante, éste se encuentra sancionado con una multa de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Además, 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; por lo que al confirmarse el exceso de los parámetros pH, STS, Cu, Zn, Fe y CN Total en los puntos de monitoreo SNM-2 y M7-A durante la supervisión, sustentada en el Informe de Ensayo N° 98385L/07-MA (fojas 282 y 283) y Tabla N° 2.1 Muestreo de Efluentes y Cuerpos Receptores elaborados por el laboratorio Inspectorate Services Perú S.A.C, se configuró la conducta sancionable.

Sobre el particular, habiéndose acreditado objetivamente en el párrafo anterior que la recurrente incumplió el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, por cuanto del análisis de las muestras tomadas de los efluentes correspondientes a los puntos de control SNM-2 y M7-A, se reportaron valores para los parámetros pH, STS, Cu, Zn, Fe y CN Total que exceden los LMP previstos para dichos parámetros en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de dicha Resolución, correspondía imponer a MINERA SAN NICOLÁS una multa de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por cada infracción.

Conforme se ha especificado, la multa impuesta se determinó de acuerdo al rango establecido en la Escala de Multas y Penalidades, aprobado por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, correspondiendo declarar infundado el recurso de apelación en este extremo.

13. Por otro lado, la titular minera no presenta fundamento o prueba alguna a fin de desvirtuar la infracción al artículo 5° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 016-93-EM, por lo que la recurrente no está negando la comisión de la infracción imputada en este extremo.

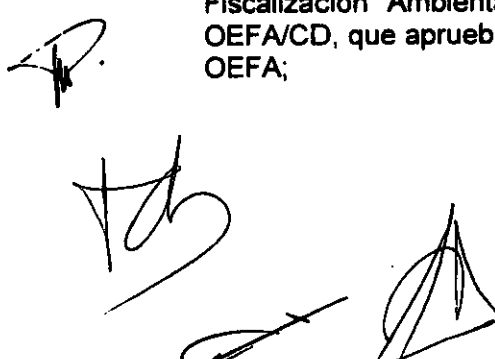
Al respecto, la Supervisora manifestó que las aguas provenientes de la bocamina "Prosperidad" son derivadas para su tratamiento en una planta para aguas ácidas, especificando lo siguiente (fojas 97):

"(...) De acuerdo a las condiciones de operación de la planta de aguas ácidas prosperidad y la disposición frecuente de los lodos generados en áreas alteradas y permeables del tajo "El Zorro" se concluye que existen potenciales impactos a las aguas subterráneas por el incremento de Sólidos Suspendidos totales y generación de drenaje ácido de roca (...)"

Además, de acuerdo a la sumilla de las fotografías N° 16 y 17 del informe de supervisión (fojas 136 y 137) se aprecia una cisterna descargando los lodos generados en la planta de aguas ácidas del Nivel Prosperidad sin tratamiento alguno; por lo que se configuró la conducta sancionable en este extremo.

14. Finalmente, habiéndose desestimado los argumentos expuestos por la recurrente y considerando que de acuerdo a lo indicado en los numerales 9 al 13 de la parte considerativa de la presente resolución, el recurso de apelación deviene infundado, debiendo la recurrente 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;



SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por **COMPAÑÍA MINERA SAN NICOLÁS S.A.** contra la Resolución Directoral N° 094-2011-OEFA/DFSAI de fecha 10 de octubre de 2011, en el extremo referido al incumplimiento del artículo 5° del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-Metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM y el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, quedando agotada la vía administrativa.

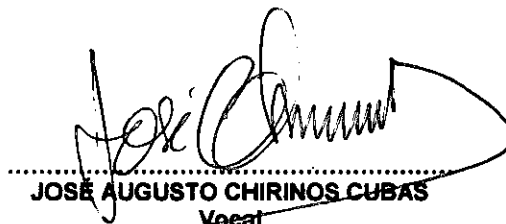
ARTÍCULO SEGUNDO.- SUSPENDER el pronunciamiento sobre el recurso de apelación interpuesto por **COMPAÑÍA MINERA SAN NICOLÁS S.A.** contra la resolución Resolución Directoral N° 094-2011-OEFA/DFSAI respecto a los demás extremos del recurso de apelación no contenidos en el artículo precedente, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

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.



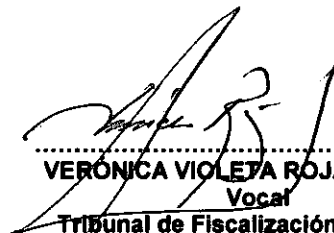
.....
LENIN WILLIAM POSTIGO DE LA MOTTA
Presidente
Tribunal de Fiscalización Ambiental



.....
JOSE 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