



**Tribunal de Fiscalización Ambiental
Sala Especializada en Minería**

RESOLUCIÓN N° 023-2016-OEFA/TFA-SEM

EXPEDIENTE N° : 066-2013-OEFA/DFSAI/PAS
PROCEDENCIA : DIRECCIÓN DE FISCALIZACIÓN, SANCIÓN Y APLICACIÓN DE INCENTIVOS
ADMINISTRADO : SOCIEDAD MINERA EL BROCAL S.A.A.
APELACIÓN : RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 1080-2015-OEFA/DFSAI

SUMILLA: "Se confirma la Resolución Directoral N° 1080-2015-OEFA/DFSAI del 26 de noviembre de 2015, en el extremo que declaró la existencia de responsabilidad administrativa por parte de Sociedad Minera El Brocal S.A.A. por las siguientes conductas infractoras:

- (i) *No adoptar medidas de previsión y control necesarias para impedir o evitar que las aguas de mina que provienen del socavón Smelter entren en contacto con el ambiente, lo cual generó el incumplimiento del artículo 5° del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-Metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, y configuró la infracción prevista en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.*
- (ii) *No realizar el monitoreo biológico de la diversidad y dispersión de la fauna terrestre de manera bimestral, conforme con lo establecido en el Estudio de Impacto Ambiental del "Proyecto Reinicio de Operaciones de la Mina Marcapunta Norte", aprobado por Resolución Directoral N° 163-2008-MEM/AAM del 4 de julio de 2008, y por ende, que generó el incumplimiento del artículo 6° del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-Metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM y configuró la infracción prevista en el numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.*

Lima, 18 de abril de 2016

I. ANTECEDENTES

1. Sociedad Minera El Brocal S.A.A. (en adelante, **El Brocal**)¹ es titular de la Unidad Minera "Colquijirca N° 1" (en adelante, **UM Colquijirca N° 1**), ubicada en el distrito de Tinyahuarco, provincia y departamento de Pasco.

¹ Registro Único de Contribuyente N° 20100017572.

2. Mediante Resolución Directoral N° 008-97-EM/DGM del 13 de enero de 1997, la Dirección General de Minería (en adelante, **DGM**) del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, **Minem**) aprobó el Plan de Adecuación y Manejo Ambiental de la UM Colquijirca (en adelante, **PAMA UM Colquijirca**).
3. A través de la Resolución Directoral N° 163-2008-MEM/AAM del 4 de julio de 2008², la Dirección General de Asuntos Ambientales del Minem aprobó el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Reinicio de Operaciones de la Mina Marcapunta Norte (en adelante, **EIA del Proyecto Mina Marcapunta Norte**).
4. El 3 y 4 de enero de 2011, Dirección de Supervisión (en adelante, **DS**) del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, **OEFA**) efectuó una supervisión regular³ a la UM Colquijirca N° 1 (en adelante, **Supervisión Regular 2011**), durante la cual se detectó el incumplimiento de obligaciones ambientales fiscalizables a cargo de El Brocal, conforme se desprende del Acta de Supervisión, identificada con Código N° SUP-072-2011-OEFA/DS (en adelante, **Acta de Supervisión**)⁴ y del Informe de Supervisión N° 08-2011-CLETECH (en adelante, **Informe de Supervisión**)⁵.
5. Sobre la base de los resultados contenidos en el Informe de Supervisión, la Subdirección de Instrucción e Investigación (en adelante, **SDI**) del OEFA notificó a El Brocal, la Resolución Subdirectoral N° 096-2013-OEFA/DFSAI/SDI del 06 de febrero de 2013⁶, comunicándole el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador.
6. Luego de la evaluación de los descargos formulados por El Brocal⁷, la DFSAI emitió la Resolución Directoral N° 1080-2015-OEFA/DFSAI del 26 de noviembre de 2015⁸, a través de la cual declaró la existencia de responsabilidad administrativa por parte de la referida empresa⁹, por la comisión de las infracciones que se muestran en el Cuadro N° 1 a continuación:

² Folios 157 a 159.

³ A través de la empresa supervisora externa Clean Technology S.A.C.

⁴ Folio 73 a 77.

⁵ Folios 20 a 699.

⁶ Folios 705 a 709. Dicha resolución fue variada mediante Resolución Subdirectoral N° 354-2013-OEFA-DFSAI/SDI de fecha 7 de mayo de 2013 (folios 726 a 728).

⁷ Los descargos fueron remitidos a través de los escritos con Registro N° 007787 de fecha 05 de marzo de 2013 (folios 711 a 725) y Registro N° 018075 de fecha 28 de mayo de 2013 (folios 730 a 763).

⁸ Folios 855 a 871.

⁹ Cabe señalar que la declaración de la responsabilidad administrativa de El Brocal, se realizó en virtud de lo dispuesto en el artículo 19° de la Ley N° 30230, Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país, y la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2014-OEFA/CD que aprueba las normas reglamentarias que facilitan la aplicación de lo establecido en el artículo 19° de la Ley N° 30230.

LEY N° 30230, Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de julio de 2014.

**Cuadro N° 1: Conductas infractoras por la cuales se declaró la existencia de responsabilidad administrativa de El Brocal en la Resolución Directoral N° 1080-2015-OEFA/DFSAI**

N°	Conducta infractora	Norma sustantiva	Norma tipificadora
1	La colección de las aguas de mina (efluentes minero-metalúrgicos) que provienen del Socavón Smelter, se encuentran rebalsando en la caja de paso, los cuales se descargan sin tratamiento al río Andacancha.	Artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM ¹⁰ .	Numeral 3.2 del Punto 3, Medio Ambiente, del Anexo de la Escala de Multas y penalidades a aplicarse por el incumplimiento de disposiciones del TUO de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias, aprobada mediante Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM ¹¹ .
2	El titular minero no ha realizado el monitoreo biológico (diversidad y dispersión de la	Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM ¹² .	Numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades a aplicarse por el incumplimiento de

Artículo 19°.- Privilegio de la prevención y corrección de las conductas infractoras

En el marco de un enfoque preventivo de la política ambiental, establécese un plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia de la presente Ley, durante el cual el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA privilegiará las acciones orientadas a la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental.

Durante dicho período, el OEFA tramitará procedimientos sancionadores excepcionales. Si la autoridad administrativa declara la existencia de infracción, ordenará la realización de medidas correctivas destinadas a revertir la conducta infractora y suspenderá el procedimiento sancionador excepcional. Verificado el cumplimiento de la medida correctiva ordenada, el procedimiento sancionador excepcional concluirá. De lo contrario, el referido procedimiento se reanudará, quedando habilitado el OEFA a imponer la sanción respectiva.

(...)

¹⁰ DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM, que aprueba el Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero -Metalúrgica, publicado en el diario oficial El Peruano el 1 de mayo de 1993.

Artículo 5°.- El titular de la actividad minero - metalúrgica, es responsable por las emisiones, vertimientos y disposición de desechos al medio ambiente que se produzcan como resultado de los procesos efectuados en sus instalaciones. A este efecto es su obligación evitar e impedir que aquellos elementos y/o sustancias que por sus concentraciones y/o prolongada permanencia puedan tener efectos adversos en el medio ambiente, sobrepasen los niveles máximos permisibles establecidos.

¹¹ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM-VMM, que aprueba la Escala de multas y penalidades a aplicarse por incumplimiento de Disposiciones del TUO de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias, publicada en el diario oficial El Peruano el 2 de setiembre de 2000.

ANEXO**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.

(...).

¹² DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM.

Artículo 6°.- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 225° de la Ley, es obligación del titular poner en marcha y mantener programas de previsión y control contenidos en el Estudio de Impacto Ambiental y/o Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, basados en sistemas adecuados de muestreo, análisis químicos, físicos y mecánicos, que permitan evaluar y controlar en forma representativa los efluentes o residuos líquidos y sólidos, las emisiones gaseosas, los ruidos y otros que puedan generar su actividad, por cualquiera de sus procesos cuando éstos pudieran tener un efecto negativo sobre el medio ambiente. Dichos programas de control deberán mantenerse actualizados, consignándose en ellos la información referida al tipo y volumen de los efluentes o residuos y las concentraciones de las sustancias contenidas en éstos.

El tipo, número y ubicación de los puntos de control estarán de acuerdo a las características geográficas de cada región donde se encuentra ubicado el centro productivo. Estos registros estarán a disposición de la autoridad competente cuando lo solicite, bajo responsabilidad.

fauna silvestre) de manera bimestral.		disposiciones del TUO de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM ¹³ .
---------------------------------------	--	--

Fuente: Resolución Directoral N° 1080-2015-OEFA/DFSAI
Elaboración: TFA

7. La Resolución Directoral N° 1080-2015-OEFA/DFSAI se sustentó en los siguientes fundamentos:

Sobre el incumplimiento del artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM:

- a) De acuerdo con lo establecido en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, que aprueba el Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-Metalúrgica (en adelante, **Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM**) el titular minero es responsable por las emisiones, vertimientos y disposición de desechos al ambiente que se produzcan como resultado de las actividades efectuadas en el área de concesión. En ese sentido, recae sobre el mismo el deber de adoptar medidas de cuidado y prevención del ambiente, ante una posible afectación por sus actividades, no siendo necesario acreditar la existencia de un daño al ambiente para su cumplimiento.
- b) Sin embargo, durante la Supervisión Regular 2011, la DS detectó que las aguas de mina provenientes del socavón Smelter se encontraban rebalsando en la caja de concreto de alivio de presión (caja de paso), las cuales discurrieron sobre el suelo hacia la laguna Huachuacaja, conforme consta en el Acta e Informe de Supervisión, así como en las fotografías 5 y 52 del referido informe.
- c) Respecto a lo señalado por El Brocal en sus descargos, referido a las acciones supuestamente implementadas para controlar el mayor flujo de aguas de mina, la DFSAI indicó que –de la revisión del material fotográfico del Informe de Supervisión– se aprecia el rebose de las aguas de mina y un canal de tierra no impermeabilizado, lo cual demuestra que la falta de adopción de medidas que eviten el contacto de dichas aguas con el suelo.
- d) Con relación a lo alegado por el administrado en sus descargos, esto es, que el suelo sobre el cual discurre el agua de mina proveniente del socavón

¹³ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM-VMM.

Anexo

3. Medio ambiente

3.1. Infracciones de las disposiciones referidas a medio ambiente contenidas en el TUO, Código del Medio Ambiente o Reglamento de Medio Ambiente, aprobado por D.S. N° 016-93-EM y su modificatoria aprobado por D.S. N° 059-93-EM; D.S. N° 038-98-EM, Reglamento Ambiental para Exploraciones; D. Ley N° 25763 Ley de Fiscalización por Terceros y su Reglamento aprobado por D.S. N° 012-93-EM, Resoluciones Ministeriales N° 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.
(...).



Smelter (ello como resultado del rebose de la caja de concreto de alivio de presión) es un pasivo ambiental minero, por lo que no se habría afectado al ambiente; la primera instancia señaló que no se advierten medios probatorios que constaten que dicha zona constituye un pasivo ambiental. No obstante, precisó que –de ser cierto lo señalado por El Brocal– ello agravaría la situación ambiental de la zona.

- e) Sobre lo señalado por El Brocal, en el sentido que no se puede afirmar la existencia de contaminación del suelo, puesto que no existe evidencia de la misma, la DFSAI precisó que –en concordancia con acápite IV.1.1. de la resolución apelada– el cumplimiento del artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM no exige la acreditación del daño del ambiente, sino que titular de la actividad adopte las medidas necesarias de previsión y control que eviten o impidan algún impacto sobre el ambiente.
- f) No obstante lo anterior, la DFSAI refirió dos (2) circunstancias relacionadas al impacto ambiental que podrían originarse debido a la composición de las aguas de mina del socavón Smelter, siendo estas: (i) que, sobre la base de la toma muestra del agua de rebose proveniente del socavón Smelter después de la caja de concreto efectuada durante la Supervisión Regular 2011, se determinó que dicho efluente habría superado los parámetros de Zinc (Zn) y Sólidos Totales Suspendidos (STS) establecidos en la Resolución Ministerial N° 011-96-VMM, y (ii) que de acuerdo con lo señalado por el administrado en el PAMA UM Colquijirca, las aguas provenientes del socavón Smelter constituyen una de las principales fuentes de contaminación, debido a su acidez y alto contenido de metales pesados.

Sobre el incumplimiento del artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM:

- g) El artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, en conformidad con el artículo 18° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (en adelante, **Ley N° 28611**)¹⁴, establecen que los estudios de impacto ambiental en su calidad de instrumentos de gestión son de carácter obligatorio. De ello, se desprende que es responsabilidad del titular de la actividad cumplir con todas las medidas, compromisos y obligaciones señalados en el referido estudio, destinadas a controlar, mitigar, compensar y manejar los impactos derivados de la ejecución del proyecto.
- h) En el EIA del Proyecto Mina Marcapunta Norte, El Brocal se comprometió a realizar el monitoreo biológico durante la puesta en marcha del proyecto,

¹⁴

LEY N° 28611.

Artículo 18°.- Del cumplimiento de los instrumentos

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

el cual consistía en el registro bimestral de la diversidad y dispersión de la fauna silvestre, con la finalidad de hacer un seguimiento de los cambios que pudieran ser atribuibles a la implantación del proyecto minero en su zona de influencia. Añadió que el referido monitoreo comprende a cuatro (4) grupos taxonómicos: aves, mamíferos, peces y anfibios.

- i) No obstante ello, durante la Supervisión Regular 2011, la DS detectó que El Brocal no realizó el monitoreo biológico bimestral de la diversidad y dispersión de la fauna de la zona de influencia del proyecto minero, conforme consta en el Acta e Informe de Supervisión¹⁵.
- j) Con relación a lo alegado por el administrado en sus descargos, esto es que habría realizado el monitoreo biológico durante las épocas húmedas y secas en abril de 2007, febrero de 2010, diciembre de 2011 y julio de 2012; la DFSAI indicó que –de la revisión de los documentos presentados para acreditar dicha alegación– verificó la realización de monitoreos de la flora y, respecto de la fauna, únicamente el monitoreo del grupo taxonómico aves en diciembre del 2011 y julio de 2012.
- k) Del mismo modo, de acuerdo con el Informe de Cumplimiento a las Recomendación de la Supervisión Regular 2011 (presentado el 20 de enero de 2012) y del escrito de descargos (presentado el 5 de marzo de 2013) no se observa información relacionada con el monitoreo bimestral de la diversidad y dispersión de la fauna en cuatro a los cuatro (4) grupos taxonómicos, con relación a los meses antes señalados.
- l) Finalmente, en cuanto a la modificación de la frecuencia de monitoreo biológico (de bimestral a semestral), aprobada por Resolución Directoral N° 533-2014-MEM/AAM, la primera instancia refirió que de acuerdo con el artículo 5° del Texto Unico Ordenado del Reglamento de Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 045-2015-OEFA/PCD (en adelante, **Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 045-2015-OEFA/PCD**)¹⁶ las acciones realizadas con posterioridad no la eximen de responsabilidad.

¹⁵ La DFSAI en el considerando 62 de la Resolución Directoral N° 1080-2015-OEFA/DFSAI, señaló que, dado que el EIA del Proyecto Mina Marcapunta Norte fue aprobado en julio del 2008, durante la Supervisión Regular 2011 la empresa debió realizar el monitoreo en el mes de setiembre del 2011 de cuatro (4) grupos taxonómicos.

¹⁶ **RESOLUCIÓN DE PRESIDENCIA DE CONSEJO DIRECTIVO N° 045-2015-OEFA/PCD**, que aprueba el Texto Único Ordenado del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 7 de abril de 2015.
Artículo 5°.- No sustracción de la materia sancionable
El cese de la conducta que constituye infracción administrativa no sustrae la materia sancionable. La reversión o remediación de los efectos de dicha conducta tampoco cesa el carácter sancionable, pero será considerada como un atenuante de la responsabilidad administrativa, de conformidad con lo indicado en el Artículo 35 del presente Reglamento.



8. El 22 de diciembre de 2015¹⁷, El Brocal apeló la Resolución Directoral N° 1080-2015-OEFA/DFSAI argumentando lo siguiente:

- a) La Resolución Directoral N° 1080-2015-OEFA/DFSAI adolece de los vicios de nulidad del acto administrativo, descritos en los numerales 1 y 2 del artículo 10° de la Ley N° 27444¹⁸, toda vez que la DFSAI no habría motivado la razón por la cual consideró que la conducta infractora 1 descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución configura la infracción tipificada en el numeral 3.2. del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, específicamente con relación al daño ambiental causado por la referida conducta infractora, ello de acuerdo con lo establecido en los artículos 3° y 6° de la Ley N° 27444¹⁹.
- b) Agregó que la norma tipificadora que debió aplicarse con relación a la conducta infractora 1 descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución es el previsto en el numeral 3.1. del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.
- c) No se ha configurado el incumplimiento del compromiso ambiental establecido en el EIA del Proyecto Mina Marcapunta Norte, y por ende, tampoco la infracción al artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, ello en la medida que el compromiso ambiental referido al monitoreo biológico bimestral debía ser efectuado durante la fase de construcción y puesta en marcha del proyecto, mas no en la etapa operativa del mismo. En ese sentido, dado que la supervisión fue efectuada


 17 Folios 873 a 878.

18 LEY N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, publicado en el diario oficial El Peruano el 11 de abril de 2001.

Artículo 10°.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

 19 Al respecto, El Brocal señaló en su escrito de apelación lo siguiente:

"La resolución impugnada incurre en los supuestos de nulidad tipificados en los numerales 1 y 2 del artículo 10 de la LPAG, porque su motivación, elemento de validez del acto administrativo, es contraria a derecho, toda vez que se ha calificado una conducta simple como grave, aplicando erróneamente el numeral 3.2. del numeral 2 del Anexo de la Resolución N° 353-2000-EM/VMM, cuando debió aplicarse el numeral 3.1. de la misma norma.

(...)

El tipo sancionador de este numeral exige la comprobación de dos elementos para su aplicación: 1) que se cometa alguna de las infracciones tipificadas en el numeral 3.1 del numeral 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM; y 2) que la infracción cause un daño ambiental. En ese sentido, para que la DFSAI pueda declarar la responsabilidad administrativa de un operador minero en virtud del numeral 3.2 debe comprobar la existencia de ambos elementos.

En el presente caso la DFSAI no ha probado la existencia del segundo elemento, es decir, no ha probado que la conducta imputada haya causado un daño ambiental, por lo que no puede declarar la existencia de responsabilidad por aplicación del numeral 3.2., pues no se ha comprobado la existencia de uno de los elementos para la aplicación de esta norma".

(Folios 874 y 875).

en noviembre de 2011, esto es, durante la fase operativa, no le era exigible la realización del compromiso ambiental en cuestión.

II. COMPETENCIA

9. 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 (en adelante, **Decreto Legislativo N° 1013**)²⁰, se crea el OEFA.
10. Según lo establecido en los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, modificada por la Ley N° 30011 (en adelante, **Ley N° 29325**)²¹, el OEFA es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental.
11. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325 dispone que mediante decreto supremo, refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción ambiental serán asumidas por el OEFA²².

²⁰ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente**, publicado en el diario oficial El Peruano el 14 de mayo de 2008.
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.

²¹ **LEY N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental**, publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de marzo de 2009.

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

11.1 El ejercicio de la fiscalización ambiental comprende las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, y sanción destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables establecidas en la legislación ambiental, así como de los compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental y de los mandatos o disposiciones emitidos por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), en concordancia con lo establecido en el artículo 17, conforme a lo siguiente:
(...)

c) Función Fiscalizadora y Sancionadora: comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y la de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones y compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental, de las normas ambientales, compromisos ambientales de contratos de concesión y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA, en concordancia con lo establecido en el artículo 17. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas cautelares y correctivas. (...).

²² **LEY N° 29325.**
Disposiciones Complementarias Finales



12. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM²³ se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental del Osinergmin²⁴ al OEFA, y mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de julio de 2010²⁵, se estableció que el OEFA asumiría las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería desde el 22 de julio de 2010.
13. Por otro lado, el artículo 10° de la Ley N° 29325²⁶, y los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM (en adelante, **Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM**)²⁷, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano

Primera.- Mediante Decreto Supremo refrendado por los Sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA, así como el cronograma para la transferencia del respectivo acervo documentario, personal, bienes y recursos, de cada una de las entidades.

- ²³ **DECRETO SUPREMO N° 001-2010-MINAM**, que aprueba el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Osinergmin al OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 21 de enero de 2010.

Artículo 1°.- Inicio del proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA

Apruébese el inicio del proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA.

- ²⁴ **LEY N° 28964**, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de enero de 2007.

Artículo 18°.- Referencia al OSINERG

A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, toda mención que se haga al OSINERG en el texto de leyes o normas de rango inferior debe entenderse que está referida al OSINERGMIN.

- ²⁵ **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 003-2010-OEFA/CD**, que aprueba los aspectos objeto de la transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería entre el Osinergmin y el OEFA, publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de julio de 2010.

Artículo 2°.- Determinar que la fecha en que el OEFA asumirá las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería, transferidas del OSINERGMIN será el 22 de julio de 2010.

²⁶ **LEY N° 29325.**

Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

10.1 El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) cuenta con un Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) que ejerce funciones como última instancia administrativa. Lo resuelto por el TFA es de obligatorio cumplimiento y constituye precedente vinculante en materia ambiental, siempre que esta circunstancia se señale en la misma resolución, en cuyo caso debe ser publicada de acuerdo a ley. (...).

- ²⁷ **DECRETO SUPREMO N° 022-2009-MINAM**, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 15 de diciembre de 2009.

Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

El Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) es el órgano encargado de ejercer funciones como última instancia administrativa del OEFA. Las resoluciones del Tribunal son de obligatorio cumplimiento, y constituyen 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:

- 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.
- Proponer al Presidente del Consejo Directivo del OEFA mejoras a la normatividad ambiental, dentro del ámbito de su competencia.
- Ejercer las demás atribuciones que correspondan de acuerdo a Ley.

encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA, en materias de su competencia.

III. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL AMBIENTE

14. Previamente al planteamiento de las cuestiones controvertidas, esta Sala considera importante resaltar que el ambiente es el ámbito donde se desarrolla la vida y comprende elementos naturales, vivientes e inanimados, sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivientes (plantas, animales y microorganismos)²⁸.
15. En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (en adelante, **Ley N° 28611**)²⁹, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.
16. En tal situación, cuando las sociedades pierden su armonía con el entorno y perciben su degradación, surge el ambiente como un bien jurídico protegido. En ese contexto, cada Estado define cuánta protección otorga al ambiente y a los recursos naturales, pues el resultado de proteger tales bienes incide en el nivel de calidad de vida de las personas.
17. En nuestro sistema jurídico, el primer nivel de protección al ambiente es formal y viene dado por la elevación a rango constitucional de las normas que tutelan los bienes ambientales, lo cual ha dado origen al reconocimiento de una "Constitución Ecológica", dentro de la Constitución Política del Perú, que fija las relaciones entre el individuo, la sociedad y el ambiente³⁰.
18. El segundo nivel de protección otorgado al ambiente es material y viene dado por su consideración (i) como principio jurídico que irradia todo el ordenamiento jurídico; (ii) como derecho fundamental³¹ cuyo contenido esencial lo integra el

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-AI/TC. Fundamento jurídico 27.

²⁹ LEY N° 28611, Ley General del Ambiente, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de octubre del 2005. Artículo 2°.- Del ámbito

(...)

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

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC. Fundamento jurídico 33.

³¹ 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.

derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida; y el derecho a que dicho ambiente se preserve³²; y, (iii) como conjunto de obligaciones impuestas a autoridades y particulares en su calidad de contribuyentes sociales³³.

19. Es importante destacar que en su dimensión como derecho fundamental el Tribunal Constitucional ha señalado que contiene los siguientes elementos³⁴: (i) el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, que comporta la facultad de las personas de disfrutar de un ambiente en el que sus componentes se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica³⁵; y, (ii) el derecho a que el ambiente se preserve, el cual trae obligaciones ineludibles para los poderes públicos -de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute-, y obligaciones para los particulares, en especial de aquellos cuyas actividades económicas inciden directa o indirectamente en el medio ambiente; siendo que, dichas obligaciones se traducen, en: (i) la obligación de respetar (no afectar el contenido protegido del derecho) y (ii) la obligación de garantizar, promover, velar y, llegado el caso, de proteger y sancionar el incumplimiento de la primera obligación referida³⁶.
20. Como conjunto de obligaciones, 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 ambiente. Tales medidas se encuentran contempladas en el marco jurídico nacional que regula la protección del ambiente y en los respectivos instrumentos de gestión ambiental.

³² Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 4, ha señalado lo siguiente, con relación al derecho a un ambiente equilibrado y adecuado:

"En su primera manifestación, comporta la facultad de las personas de disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y sustantiva. La intervención del ser humano no debe suponer, en consecuencia, una alteración sustantiva de la indicada interrelación. (...) Sobre el segundo acápite (...) entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. Evidentemente, tal obligación alcanza también a los particulares".

³³ Sobre la triple dimensión de la protección al ambiente se puede revisar la Sentencia T-760/07 de la Corte Constitucional de Colombia, así como la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC.

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-AI/TC. Fundamento jurídico 17.

³⁵ Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 0048-2004-AI/TC, fundamento jurídico 17, ha señalado lo siguiente, con relación al derecho a un ambiente equilibrado y adecuado:

"En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, dicho derecho comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1° de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido".

³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 05471-2013-PA/TC. Fundamento jurídico 7.

21. Sobre la base de este sustento constitucional, el Estado hace efectiva la protección al ambiente, frente al incumplimiento de la normativa ambiental, a través del ejercicio de la potestad sancionadora en el marco de un debido procedimiento administrativo, así como mediante la aplicación de tres grandes grupos de medidas: (i) medidas de reparación frente a daños ya producidos, (ii) medidas de prevención frente a riesgos conocidos antes que se produzcan; y (iii) medidas de precaución frente a amenazas de daños desconocidos e inciertos³⁷.
22. Bajo dicho marco normativo que tutela el ambiente adecuado y su preservación, este Tribunal interpretará las disposiciones generales y específicas en materia ambiental, así como las obligaciones de los particulares vinculadas a la tramitación del procedimiento administrativo sancionador.

IV. CUESTIONES CONTROVERTIDAS

23. Las cuestiones controvertidas a resolver en el presente caso son las siguientes:
 - (i) Si la aplicación de la norma tipificadora prevista en el numeral 3.2. del Anexo 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM ha sido debidamente motivada (conducta infractora 1 del Cuadro N° 1 de la presente resolución).
 - (ii) Si correspondía declarar responsable a El Brocal por el incumplimiento del artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM (conducta infractora N° 2 del Cuadro N° 1 de la presente resolución).

V. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

V.1 Si la aplicación de la norma tipificadora prevista en el numeral 3.2. del Anexo 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM ha sido debidamente motivada (conducta infractora 1 del Cuadro N° 1 de la presente resolución)

24. En su recurso de apelación, El Brocal cuestionó la motivación expuesta por la DFSAI mediante la Resolución Directoral N° 1080-2015-OEFA/DFSAI, toda vez que –según adujo– dicho órgano no sustentó el daño ambiental que habría sido causado por la conducta infractora 1 del Cuadro N° 1 de la presente resolución, siendo este uno de los elementos exigidos para la configuración de la norma tipificadora descrita en el numeral 3.2. del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM. De ello, sostuvo que la norma tipificadora que debió aplicarse corresponde al numeral 3.1. del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.
25. La apelante agregó que la Resolución Directoral N° 1080-2015-OEFA/DFSAI adolece de los vicios de nulidad descritos en los numerales 1 y 2 del artículo 10° de la Ley N° 27444, en la medida que la declaración de responsabilidad

³⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03048-2007-PA/TC. Fundamento jurídico 9.

administrativa por la comisión de la infracción descrita en el numeral 3.2. del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM habría sido efectuada contraria a derecho.

26. Respecto a lo sostenido por El Brocal en su recurso de apelación, debe indicarse que la exigencia de la debida motivación se encuentra relacionada con los principios jurídicos del debido procedimiento y legalidad, contemplados en los numerales 1.2 y 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444³⁸, respectivamente; en virtud de los cuales, los pronunciamientos que emita la autoridad administrativa deben sustentarse en la debida aplicación e interpretación del conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, lo cual implica la obligación de la autoridad de no desconocer o contradecir dicha regulación legislativa y, por ende, garantizar a los administrados la obtención de una decisión motivada y fundada en derecho.
27. Asimismo, conforme a lo previsto en el numeral 4 del artículo 3° de la citada norma³⁹, la debida motivación constituye un requisito de validez de los actos administrativos, lo cual comporta la obligación de la administración de emitir pronunciamientos que se adecúen al contenido de las normas que integran el ordenamiento positivo, así como a los hechos respecto de los cuales se ha formado convicción de verdad material durante la tramitación del procedimiento, para lo cual se debe atender a cada una de las cuestiones planteadas por los administrados en vía de defensa.
28. Partiendo de ello, es posible colegir que la motivación exige que la autoridad administrativa justifique toda decisión que adopte, lo cual implica la exposición de los hechos debidamente probados, así como de las razones jurídicas correspondientes⁴⁰.

LEY N° 27444.

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.

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.

LEY N° 27444.

Artículo 3°.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

(...)

40. Ello, en aplicación del principio de verdad material, el cual exige a la autoridad administrativa agotar los medios de prueba para investigar la existencia real de los hechos descritos como infracción administrativa, con la finalidad de que las decisiones adoptadas se encuentren sustentadas en hechos debidamente probados, con excepción de aquellos hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes, los cuales desvirtúan la presunción de licitud reconocida a favor del administrado.

29. Teniendo en cuenta lo anterior, esta Sala considera oportuno precisar, en cuanto a la norma tipificadora de la conducta infractora 1 del Cuadro N° 1 de la presente resolución, que se configura una infracción grave según lo previsto en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, siempre y cuando se compruebe que la conducta infractora haya ocasionado daño ambiental.
30. Con relación a lo señalado en el considerando anterior, es pertinente indicar que el Tribunal de Fiscalización Ambiental en anteriores pronunciamientos⁴¹ ha señalado que, para la configuración del daño ambiental, no es indispensable que los efectos negativos del menoscabo material producido en el ambiente sean actuales, sino que resulta suficiente que dichos efectos negativos sean potenciales⁴², entendiendo como potencial aquello que puede suceder o existir⁴³.
31. En el presente caso, la DFSAI en los considerandos 42 y 43 de la Resolución Directoral N° 1080-2015-OEFA/DFSAI refirió que durante la Supervisión Regular 2011, la DS (a través de la supervisora externa Clean Technology S.A.C.) tomó una muestra del efluente identificado en el punto de control E-6, correspondiente al agua de rebose proveniente del socavón Smelter después de la caja de concreto (rebose). De ello, dicha instancia consideró los resultados del análisis del muestreo consignados en el Informe de Ensayo N° 11296 (el mismo que fue analizado por el laboratorio Envirotest S.A.C.) en el cual se concluyó que el efluente superaba los valores establecidos en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, específicamente referidos a los parámetros Zinc (Zn) y Sólidos Totales Suspendidos (STS)⁴⁴. Cabe precisar que el análisis expuesto fue consignado en el Informe de Ensayo N° 11296 del siguiente modo:

PUNTOS DE CONTROL		CUERPO RECEPTOR	ANÁLISIS EN LABORATORIO	
Código	Descripción		STS	ZN disuelto
			(mg/L)	(mg/L)
(E-6)	Efluente Socavón Smelter después de caja de	Una parte va a la Planta de Tratamiento de Aguas Ácidas de Mina y la otra al Pasivo Ambiental de	892	32.93

⁴¹ Ver Resoluciones N°s 012-2014-OEFA/TFA-SEP1, 013-2014-OEFA/TFA-SEP1 y 014-2014-OEFA/TFA-SEP1, entre otras.

⁴² En esa línea, es importante citar a Peña Chacón: "De esta forma, se rompe con uno de los elementos característicos del derecho de daños por el cual, éste debe ser siempre cierto, efectivo, determinable, evaluable, individualizable y no puramente eventual o hipotético, pues, tratándose del daño ambiental, es necesario únicamente su probabilidad futura para determinar su existencia y tomar las medidas necesarias con el fin de impedir sus efectos nocivos".

PEÑA CHACÓN, Mario. Daño Ambiental y Prescripción.

Consulta: 16 de julio de 2014.

Disponible en: <http://huespedes.cica.es/gimadus/19/06_mario_penia_chacon.html>

⁴³ Diccionario de la Real Academia Española.

Disponible en: <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=SUHLCZZmeDXX2eFk81Om>

⁴⁴ De acuerdo con lo expuesto por la DFSAI en los considerandos 42 y 43 de la Resolución Directoral N° 1080-2015-OEFA/DFSAI.



	concreto (rebose)	Huachuacaja finalmente llega al río Andacancha sin tratamiento.		
RM N° 011-96-EM/VMM			50	3,0

32. Del mismo modo, conforme con el considerando 44 de la Resolución Directoral N°1080-2015-OEFA/DFSAI, la primera instancia tomó en consideración lo señalado por El Brocal en el PAMA aprobado por Resolución Directoral N° 008-97-EM/DGM del 13 de enero de 1997, con relación a los efluentes identificados en UM Colquijirca N° 1, entre ellos, los efluentes provenientes del drenaje socavón Smelter. Al respecto, indicó que el referido instrumento de gestión ambiental estableció que *"las aguas provenientes del socavón Smelter constituyen una de las principales fuentes de contaminación de las aguas por su acidez y el contenido de metales pesados provenientes de las instalaciones de dicha unidad minera"*. Asimismo, refirió que *"el referido instrumento de gestión ambiental agrega que el mayor impacto parece provenir de las escombreras de carbón, las cuales se encuentra expuestas a un severo proceso de oxidación y lixiviación de metales"*⁴⁵.
33. En efecto, de la revisión efectuada por esta Sala al referido instrumento de gestión ambiental, se advierte que las aguas provenientes del drenaje del Socavón Smelter presentaba las siguientes características⁴⁶:

"El pH promedio de estas aguas es de 5.3. Llegado a descender en ocasiones hasta 4.3 Su alto contenido de sólidos disueltos (2,069 mg/L), revela que se trata de aguas ácidas que han sido parcialmente neutralizadas, lo cual se confirma por el alto contenido de sulfatos (1,109 mg/L). El contenido de sólidos en suspensión es igualmente alto, con un promedio anual de 102 mg/L. A juzgar por el aspecto del efluente, se presume que la mayor parte de dichos sólidos está constituida por hidróxidos férricos, producto de la hidrólisis del Fe³⁺.

El sulfato constituye el principal anión presente y representa la mayor parte de los sólidos disueltos. Este efluente representa el segundo mayor aporte de sulfatos a las aguas del río San Juan, después del agua Quiulacocha. Los nitratos se encuentra también en proporciones apreciables (12.12 mg/L), ...No se descarta la posibilidad de que las aguas de las operaciones actuales en superficie estén drenando hacia el socavón, llevando consigo su carga de contaminantes.

Estas aguas se encuentra muy contaminadas por Pb, Zn, Cu, As, Fe, Mn y Cd. (...) El Zn, por el contrario, se encuentra presente en concentraciones 30 veces superiores al límite permisible, mientras que el Cu se presente en concentraciones 9 veces superiores al límite. La concentración de Fe (66.00 mg/L) es también 30 veces superior al límite permisible. En Mn está en 49.31

⁴⁵ Conforme con lo expuesto por la DFSAI en el considerando 44 de la Resolución Directoral N° 1080-2015-OEFA/DFSAI.

⁴⁶ Folio 828, reverso.

mg/L, y el Cd en 0.183 mg/L. Este último valor es de importancia porque, si bien no se han establecido límites para este metal, sus propiedades tóxicas y potencial de bioacumulación son bien conocidas"

(Subrayado agregado)

34. De acuerdo con lo establecido en el PAMA UM Colquijirca, se desprende que las aguas provenientes del drenaje del socavón Smelter se encontraban conformadas por un alto contenido de componentes; tales como: pH, sólidos (disueltos y en suspensión) y sulfatos, los cuales generaban acidez en las mismas; y, por otro lado, que dichas aguas se encontraban contaminadas por metales pesados, tales como: plomo, zinc, cobre, arsénico, fierro, manganeso y cadmio, siendo el caso de este último, conocido por sus propiedades tóxicas y potenciales de bioacumulación.
35. Adicionalmente, este Colegiado considera importante mencionar en el presente análisis, lo señalado en el Informe N° 724-2008-MEM-AAM/WAL/DGB⁴⁷, respecto a los resultados del análisis del monitoreo de los efluentes provenientes del socavón Smelter, determinados por El Brocal en el EIA del Proyecto Mina Marcapunta Norte. Al respecto, dicha empresa señaló lo siguiente⁴⁸:

"Calidad de agua superficial

(...)

- Asimismo, La Empresa incorporó al EIA el análisis de la calidad de agua realizado por el laboratorio Inspectores en enero 2007, monitoreando en los siguientes lugares:

Código	Ubicación	Coordenadas UTM		Altitud msnm	Ph	Tem °C	Conducta (ds/cm)	Caudal (l/s)
		Norte	Este					
E-Andacancha	Q. Andacancha	8 808 932	359 026	4163	7.25	12.4	333	71.4
-----	Agua retenida Q. Andacancha	8 808 750	359 026	4164	3.83	15.3	861	ND
E-6	Socavón Smelter N° 6	8 810 400	360 075	4 175	3.06	9.4	1720	ND
-----	Rampa 9844 Marcapunta Norte	8 810 270	360 280	4 172	3.75	12.1	1620	ND
E-2	Río San Juan (puente Gregorio)	8 805,582	360,522	4148	7.36	10.6	330	ND
E-11	Descarga de la quebrada Huachuacaja	8,805,804	360,259	4154	3.53	11.0	1228	729.64
E-4	Río San Juan antes de la planta Huaruacaca	8 806,668	358,114	4165	7.40	9.7	308	ND

(Handwritten notes and signatures in blue ink, including a large scribble and the initials 'EIP')

⁴⁷ Folios 502 a 519.

Debe indicarse que el Informe N° 724-2008-MEM-AAM/WAL/DGB constituye el documento sustentario de la Resolución Directoral N° 163-2008-MEM/AAM del 4 de julio de 2008, a través de la cual se aprobó el EIA del "Proyecto Reinicio de Operaciones de la Mina Marcapunta Norte" a favor de El Brocal

⁴⁸ Folio 507.



E-OF/LS		8 8090908	359 590	4171	11.24	13.2	1572	26.33
---------	--	--------------	---------	------	-------	------	------	-------

- De los resultados obtenidos, la Empresa concluye lo siguiente:

Socavón Smelter

- ✓ Respecto a los metales totales se registraron concentraciones de elementos que sobrepasaron los valores establecidos en la LGA clase III, como el cadmio 0.281 mg/l, cobre 27.50 mg/l y zinc 12.890 mg/l. (...) asimismo, otros metales disueltos como el hierro superaron lo establecido en los LMP [de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM-VMM] con valores que alcanzan hasta 88.455 mg/l y zinc con 12.740 mg/l. Se indica que la muestra colectada en este punto es un efluente, que es colectado y tratado en la planta de tratamiento de aguas de la Unidad".

36. De acuerdo con lo consignado en el Informe N° 724-2008-MEM-AAM/WAL/DGB, se advierte que El Brocal, con la finalidad de determinar la calidad de las aguas concernientes al "Proyecto Reinicio de Operaciones de la Mina Marcapunta Norte", tomó en consideración los resultados del análisis del monitoreo de los efluentes provenientes del socavón Smelter; advirtiendo –a partir de estos– que dichos efluentes contenían metales pesados (tales como el cadmio, cobre, fierro y zinc), cuyas concentraciones sobrepasaron los límites máximos permisibles, establecidos en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM-VMM.
37. Por consiguiente, sobre la base de: (i) los resultados del monitoreo realizado por la DS durante la Supervisión Regular 2011, (ii) lo consignado por El Brocal en el PAMA UM Colquijirca y (iii) los resultados del monitoreo contemplados en el Informe N° 724-2008-MEM-AAM/WAL/DGB, es posible concluir que durante el desarrollo de las actividades minero-metalúrgicas de El Brocal en la UM Conquijirca, los efluentes provenientes del socavón Smelter han presentado en su composición altas concentraciones de metales pesados (tales como el zinc, cadmio, fierro, cobre, etc), superando los límites establecidos en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM-VMM.
38. En este punto, resulta importante mencionar los riesgos generados por la existencia de metales en el componente ambiental agua, conforme a la siguiente fundamentación técnica⁴⁹:

"CONTAMINACIÓN DEL AGUA

3.1. DEFINICIÓN DE CONTAMINACIÓN Y CONTAMINANTES DEL AGUA

"La contaminación consiste en una modificación generalmente provocada por el hombre, de la calidad del agua, haciéndola impropia o peligrosa para el consumo humano, la industria, la agricultura, la pesca y las actividades recreativas, así como para los animales domésticos y la vida natural (Carta del Agua, Consejo de Europa, 1968).

⁴⁹ OROZCO Carmen [et-al]. En: "Contaminación Ambiental: Una visión desde la Química". Madrid, Editorial Paraninfo S.A.. Primera Edición, 2002. pp. 88, 89, 91 – 92, 642 y 643.

Contaminantes del agua

La clasificación de los contaminantes que podemos encontrar en un agua puede hacerse de forma muy diversa. Una de ellas, que atiende a la naturaleza física, química o biológica de los agentes, es la siguiente:

(...)

b) Compuestos químicos inorgánicos:

(...)

ELEMENTOS TÓXICOS: Metales: Hg, Be, Pb, Cu, Cd, Zn, Fe, Mn, Cr, ...

No METALES: As, Sb, Se, B, ...

4. Algunos contaminantes específicos

... es interesante mencionar con un poco más de detalle algunos contaminantes específicos, bien porque su presencia en las aguas, en cantidades más o menos significativas es muy frecuente (...) los efectos que pueden originar son de gran importancia, en el sentido de infundir al agua características tóxicas totalmente indeseables desde el punto de vista ecológico y sanitario.

4.1. CONTAMINACIÓN POR METALES

Al hablar de la contaminación por metales, en general, se hace referencia a los problemas ocasionados por los metales pesados (...)

Los metales pesados son uno de los contaminantes ambientales más peligrosos, debido a que no son biodegradables y a su potencial de bioacumulación en los organismos vivos. Entre ellos, destacan por su toxicidad y su mayor presencia en el medio ambiente el mercurio, el cadmio y el plomo"

4.1.1 Fuentes y efectos

Las fuentes antropogénicas principales son las actividades de minería, fundición y refinado, que implican arrancar los metales de sus menas en los depósitos subterráneos, y posteriormente fundirlos y refinarlos hasta obtener y convertirlos en bienes de consumo que, después de usados, se desechan. Durante estas operaciones se liberan metales al medio ambiente ...El vertido de aguas residuales de determinadas industrias siderometalúrgicas, tratamiento de superficies, curtido, etc., son ejemplos clásicos de contaminación por metales pesados.

En la Tabla 4.1 se muestran las fuentes principales de algunos metales y sus efectos más significativos. (...)

Como se puede apreciar las fuentes y actividades que general la presencia de metales en las aguas podrían resumirse de la siguiente forma:

(...)

- Minería: As, Cd, Cu, Fe, Hg, Mn, Ob.

(...)

Tabla 4.1. Fuentes y efectos más importantes de algunos metales y semimetales presentes en las aguas.

Elemento	Origen	Efectos tóxicos
Cadmio (Cd)	Carbón; <u>Minería</u> ; Tratamiento de metales	Afectaciones renales, cardiovasculares Hipertensión, Reemplaza bioquímicamente al Zn.
(...)		
Cobre (Cu)	Recubrimiento de metales; <u>Minería</u> ; Corrosión	Tóxico en algas y plantas. No muy tóxico en animales; sistema digestivo.
(...)		
Zinc (Zn)	Recubrimiento de metales; Aleaciones, pigmentos, pinturas, catalizador.	Fitotóxico a altas concentraciones.

La persistencia en el ambiente de los metales ocasiona una problemática especial. A diferencia de los contaminantes orgánicos, los metales no pueden degradarse ni biológicamente ni químicamente en la naturaleza. Los compuestos que contienen metales pueden alterarse, pero los elementos metálicos indeseables aún permanecen. En algunos casos tales alteraciones desembocan en especies que contienen el metal y son más tóxicas aún que las iniciales.

CONTAMINACIÓN EN EL SUELO

24.4. Principales contaminantes del suelo

Contaminantes metálicos

Se refiere en especial al grupo de los metales pesados, que se encuentran en concentraciones entre 0.1 y 0.001 mg/litro en la disolución del suelo y se comportan como micronutrientes. Las principales fuentes de estos contaminantes son: vertidos industriales, actividades mineras, residuos, pesticidas, tráfico, etc. Los metales vertidos en mayor cantidad son: Mn, Zn, Cu, Cr, Pb, Ni, V, Mo, mientras que entre los minoritarios hay que destacar: Cd, Hg y Sb (semimetal), que son altamente tóxicos.

La concentración de los metales en los suelos se verá influenciada por los procesos de adsorción, intercambio iónico, pH y por las distintas reacciones en las que puedan intervenir. Las tres vías principales de retención por el suelo de metales pesados son:

- Procesos de adsorción en la superficie de partículas coloidales minerales u orgánicas.
- Formación de complejos con sustancias húmicas del suelo.
- Reacción de precipitación en forma de sales insolubles.

Quando los contaminantes llegan al suelo, son absorbidos por las partículas coloidales que existen en el mismo, o son arrastrados hacia las capas más

profundas por efectos de la lluvia. Los contaminantes solubles se infiltrarán en la capa superficial del suelo, donde tendrá lugar la adsorción. Los compuestos insolubles se acumularán en la superficie de moléculas orgánicas hidrófobas, enlazándose a través de la materia orgánica presente en el suelo.

En algunas ocasiones, puede producirse un fenómeno denominado "biometalización" que consiste en la movilización de metales pesados, al formarse un enlace entre un catión metálico (Hg, Pb, As y Cr) y el grupo metilo (como el CH_3Hg^+), dando lugar a compuestos liposolubles y su incorporación a la cadena trófica. Se puede producir también contaminación por metales en los acuíferos por el fenómeno de percolación".

(Subrayado agregado)

39. Por consiguiente, tal como ha sido detallado en las fuentes técnicas citadas, se concluye lo siguiente:

- Los metales en general constituyen uno de los agentes contaminantes en el componente ambiental agua y suelo, toda vez que pueden transferir a estos últimos los compuestos tóxicos que contienen, generando con ello problemas ecológicos (relacionado con los componentes ambientales que se encuentran dentro de su ecosistema) y sanitarios (asociados a los riesgos a la salud humana).
- Los metales pesados (como el cobre, cadmio, plomo, zinc, hierro, entre otros) conforman los contaminantes ambientales más peligrosos, debido a su falta de capacidad para biodegradarse y facilidad para bioacumularse en los organismos vivos.
- Una de las fuentes principales de la contaminación del agua y suelo por metales es la actividad de minería, la cual implica el proceso de extracción del metal de las rocas en depósitos subterráneos.
- Los impactos que genera la contaminación por metales en el agua y suelo (como los generados por la actividad de minería) si bien dependen de distintos factores (entre estos, el tipo de metal, la cantidad e intensidad de metal liberada al ambiente y la exposición de tiempo de dicho componente en el ambiente), no solo afecta dichos componentes (en cuanto a su nivel de toxicidad), sino que a su vez afecta a otros que se encuentran dentro de su ecosistema (estos son, la flora, fauna y microorganismos existentes).
- Con relación a esto último, merece indicarse que la acumulación de los metales pesados en determinados elementos orgánicos (relacionado con la flora, fauna y microorganismos existentes), se encuentra asociado al riesgo de la salud humana, toda vez que dichos contaminantes pueden ser transferidos a través de la cadena trófica y, consecuentemente, ser incorporados en la dieta del hombre.
- En ese orden, entre los riesgos ambientales generados por la existencia de metales en el medio ambiente se encuentran: afecciones renales,



cardiovasculares, hipertensión (en el caso del cadmio); toxicidad en algas y plantas (con relación al cobre); efectos fitotóxico a altas concentraciones (derivados del zinc), entre otros.

40. Conforme con todo lo expuesto, esta Sala considera que en el presente caso la DFSAI cumplió con acreditar el daño potencial derivado de la conducta infractora 1 del Cuadro N° 1 de la presente resolución, toda vez que, de acuerdo con lo señalado en los considerandos 42 a 44 de la resolución apelada, advirtió el alto nivel de concentración de metales pesados en los efluentes provenientes del Socavón Smelter como unas principales fuentes de contaminación de sus aguas, conclusión arribada por dicha instancia en virtud de lo señalado en el Informe de Ensayo N° 11296 y el PAMA UM Colquijirca.
41. De ese modo, se concluye que la DFSAI motivó debidamente el elemento de daño ambiental, previsto en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, en conformidad con los numerales 1.2 y 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.
42. Habiéndose acreditado que la DFSAI motivó adecuadamente el daño potencial derivado de la conducta infractora 1 del Cuadro N° 1 de la presente resolución, esta Sala considera importante que –del mismo modo– se tome en cuenta el análisis expuesto en los considerandos 35 a 40 de la presente resolución, toda vez que –aunado a la evaluación seguida por la DFSAI a través de la resolución apelada– justifican el daño ambiental que representa el alto nivel de concentración de metales pesados (tales como el zinc, cadmio, fierro, cobre, etc) en los efluentes provenientes del socavón Smelter, el mismo que no solo se encuentra referido al nivel de toxicidad del agua y suelo, sino además a otros componentes del ecosistema (ya sea flora, fauna y demás microorganismos existentes).
43. De este modo, esta Sala concluye que, en el presente caso, la DFSAI aplicó adecuadamente la norma tipificadora prevista en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, respecto de la conducta infractora 1 del Cuadro N° 1 de la presente resolución, al haberse acreditado que dicha infracción constituye un riesgo al medio ambiente, conforme con los términos antes expuestos.
44. Por consiguiente, corresponde desestimar lo alegado por El Brocal en el presente extremo de su apelación.
45. No obstante lo expuesto, con relación a lo señalado por el administrado en su recurso de apelación, referido a que en el numeral 40 de la resolución apelada la DFSAI habría basado la fundamentación del daño ambiental (potencial o real) causado por la conducta infractora 1 descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución, solamente en suposiciones, que no se encontrarían sustentadas en algún medio probatorio obrante en el expediente, esta Sala considera necesario citar lo expuesto por la primera instancia con relación al considerando materia en cuestión⁵⁰:

⁵⁰ Folio 861, reverso.

39. *De otro lado, el administrado alega que el suelo sobre el cual discurre el agua de mina proveniente del socavón Smelter como resultado del rebose de la caja de concreto de alivio de presión es un pasivo ambiental minero constituido por relaves de carbón, por lo que no se habría afectado el ambiente.*
40. *Con relación a ello, cabe indicar que de la revisión del expediente no se advierten medios probatorios que acrediten que la zona se encuentra sobre un pasivo ambiental; sin embargo, en el supuesto negado de que las aguas de mina provenientes del socavón Smelter que se rebasaran de la caja de concreto de alivio de presión discurrieran a través de una canal implementado sobre los pasivos ambientales mineros constituidos por relaves de carbón, dicha situación incluso sería más crítica y tendría graves consecuencias sobre el ambiente toda vez que las aguas de mina incrementarían los niveles de toxicidad de los mencionados pasivos ambientales mineros, con probable escurrimiento y/o lixiviación de dicho material provocando que partículas altamente contaminadas tendrían contacto ya sea con el suelo natural circundante o con los cuerpos de agua no impactadas por la actividad minera, agravando la situación ambiental de la zona”.*

46. Como puede apreciarse, en el considerando 40 de la Resolución Directoral N° 1080-2015-OEFA/DFSAI la primera instancia da respuesta a uno los argumentos alegados por El Brocal en sus descargos, referido a que el suelo sobre el cual discurre el agua de rebose proveniente del socavón Smelter constituiría un pasivo ambiental minero. De este modo, dicho órgano desvirtuó la referida alegación, en la medida que la recurrente no presentó medio probatorio que la acredite y, no obstante ello, refirió que en el supuesto negado que lo señalado por la administrada sea cierto, dicha situación constituiría un grave impacto ambiental, toda vez que de discurrir las aguas de mina sobre los pasivos ambientales, se incrementarían los niveles de toxicidad de estos últimos, agravando finalmente la situación ambiental de la zona.

47. En ese sentido, esta Sala advierte que la DFSAI en el considerando 40 de la resolución impugnada no pretendió fundamentar el daño ambiental relacionado con la conducta infractora 1 del Cuadro N° 1 de la presente resolución, sino absolver la alegación presentada por El Brocal, procediendo a desvirtuarla por falta de medios probatorios, y –no obstante ello– analizar el escenario en supuesto negado de que dicha situación sea cierta.

48. Por ello, esta Sala considera que el uso de supuestos empleado por dicha instancia es pertinente, toda vez que estos fueron aplicados para efectos de analizar la situación alegada por El Brocal en sus descargos, la misma que –a pesar de haber sido desvirtuada– fueron meritados en conformidad con el principio de debido procedimiento, contemplados en el numeral 1.2. del artículo IV el Título Preliminar de la Ley N° 27444⁵¹.

⁵¹ LEY N° 27444

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:

49. Por consiguiente, corresponde desestimar lo alegado por El Brocal en el presente extremo de su apelación.
- V.2. Si correspondía declarar responsable a El Brocal por el incumplimiento al artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM (conducta infractora N° 2 del Cuadro N° 1 de la presente resolución)**
50. Por otro lado, El Brocal sostuvo en su recurso de apelación no haber incumplido la obligación contemplada en el artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, toda vez que el compromiso ambiental establecido en el EIA del Proyecto Mina Marcapunta Norte establecía la realización del monitoreo bimestral biológico durante la fase de construcción y puesta en marcha del proyecto de "Reinicio de Operaciones de la mina Marcapunta Norte", mas no en la etapa operativa del mismo, toda vez que el objetivo de dicho compromiso pretendía determinar la forma en que la diversidad y dispersión de la fauna terrestre se vería afectada en relación al proyecto aprobado. En ese sentido, dado que la Supervisión Regular 2011 fue efectuada en la fase operativa, no le era exigible a El Brocal la realización del compromiso ambiental en cuestión.
51. Sobre el cumplimiento de los compromisos ambientales establecidos en los instrumentos de gestión ambiental, cabe precisar que de acuerdo con los artículos 16°, 17° y 18° de la Ley N° 28611⁵², las obligaciones consideradas en

(..)

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.

52

LEY N° 28611.

Artículo 16°.- De los instrumentos

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

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

Artículo 17°.- De los tipos de instrumentos

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

17.2 Se entiende que constituyen instrumentos de gestión ambiental, los sistemas de gestión ambiental, nacional, sectoriales, regionales o locales; el ordenamiento territorial ambiental; la evaluación del impacto ambiental; los Planes de Cierre; los Planes de Contingencias; los estándares nacionales de calidad ambiental; la certificación ambiental, las garantías ambientales; los sistemas de información ambiental; los instrumentos económicos, la contabilidad ambiental, estrategias, planes y programas de prevención, adecuación, control y remediación; los mecanismos de participación ciudadana; los planes integrales de gestión de residuos; los instrumentos orientados a conservar los recursos naturales; los instrumentos de fiscalización ambiental y sanción; la clasificación de especies, vedas y áreas de protección y conservación; y, en general, todos aquellos orientados al cumplimiento de los objetivos señalados en el artículo precedente.

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

un determinado estudio ambiental que finalmente aprueba la autoridad competente, se traducen en compromisos específicos, mecanismos, programas, cuyos plazos y cronogramas que son de obligatorio cumplimiento para asegurar el adecuado manejo ambiental del proyecto a ejecutarse.

52. En este sentido, el numeral 2 del artículo 7° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, en concordancia con el artículo 2° de su Título Preliminar⁵³, señala que, para el desarrollo de actividades mineras, el titular debe contar con un estudio de impacto ambiental, el cual deberá ser presentado para su aprobación ante la DGAAM del Minem. Dicho estudio debe abarcar, entre otros, los aspectos físico-naturales, biológicos, socio-económicos y culturales en el área de influencia del proyecto, así como las medidas de prevención, mitigación o corrección a aplicar para lograr un desarrollo armónico entre las operaciones de la industria minera y el ambiente.
53. Ahora bien, debe indicarse que la exigibilidad de todos los compromisos ambientales asumidos en los estudios de impacto ambiental por parte del titular minero se deriva de lo dispuesto en el artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, el cual impone a los titulares mineros **la obligación de poner en marcha y mantener la totalidad de los programas de previsión y control contenidos en sus instrumentos de gestión ambiental**, entre ellos, el estudio de impacto ambiental.
54. Por lo tanto, a efectos de determinar la responsabilidad administrativa por el incumplimiento de cualquier compromiso ambiental derivado de un instrumento de gestión ambiental, debe identificarse no solo el compromiso respectivo cuyo incumplimiento es materia de imputación, sino también las especificaciones técnicas contenidas en el EIA necesarias para su cumplimiento.

Artículo 18°.- Del cumplimiento de los instrumentos

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

53

DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM.

Artículo 2°.- Definiciones. Para los efectos de este Reglamento se define lo siguiente:

(...)

Estudio de Impacto Ambiental (EIA).- Estudios que deben efectuarse en proyectos para la realización de actividades en concesiones mineras, de beneficio, de labor general y de transporte minero, que deben evaluar y describir los aspectos físico-naturales, biológicos, socio-económicos y culturales en el área de influencia del proyecto, con la finalidad de determinar las condiciones existentes y capacidades del medio, analizar la naturaleza, magnitud y prever los efectos y consecuencias de la realización del proyecto, indicando medidas de previsión y control a aplicar para lograr un desarrollo armónico entre las operaciones de la industria minera y el medio ambiente.

(...)

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

(...)

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

(...)

55. En el presente caso, de la revisión del EIA del Proyecto Marcapunta Norte se observa que se estableció lo siguiente⁵⁴:

"7. PLAN DE MONITOREO Y DE MANEJO AMBIENTAL

(...)

7.8 Monitoreo Biológico

El objetivo del monitoreo biológico será contar con un modelo de obtención de información biológica permanente que permita realizar el seguimiento de la evolución de las formaciones ecológicas presentes y de sus comunidades bióticas. Este modelo permitirá conocer hasta qué punto la construcción y operación del Proyecto Marcapunta Norte genera efectos sobre la evolución de las comunidades bióticas presentes actualmente en la zona. La magnitud del cambio y de su dirección en el corto, mediano y largo plazo podrán inferirse de la información que se obtenga.

- *En relación a la avifauna, se recomienda hacer un registro de las variaciones de abundancia mediante conteos totales o a lo largo de todo el universo muestral, con una frecuencia trimestral.*
- *Durante la puesta en marcha del proyecto, se recomienda asimismo hacer un registro bimestral de la diversidad y dispersión de la fauna terrestre con el fin de hacer un seguimiento de los cambios que pudieran ser atribuibles a la implantación del Proyecto en la zona de influencia directa del mismo, aunque por estar concentrada todas las operaciones que se tiene previsto ejecutar al interior de la zona industrial en la que SMEB desarrolla actualmente sus operaciones, se espera que sean mínimos.*

(Subrayado agregado)

56. Conforme se desprende del compromiso ambiental contemplado en el numeral 7.8. del Plan de Monitoreo y de Manejo Ambiental del EIA del Proyecto Mina Marcapunta Norte, El Brocal se comprometió a la realización de un monitoreo biológico de frecuencia bimestral durante la puesta en marcha del referido proyecto, el cual se implementaría a través de un registro bimestral de la diversidad y dispersión de la fauna terrestre.
57. Cabe agregar lo indicado por la DFSAI en el considerando 58 de la resolución apelada, referido a que el compromiso ambiental bajo análisis, esto es, el monitoreo biológico bimestral de la fauna en la zona de influencia del Proyecto Mina Marcapunta Norte, debía comprender a cuatro (4) grupos taxonómicos (aves, mamíferos, peces y anfibios), toda vez que estos grupos conformaban el ambiente biológico identificado por El Brocal en su EIA Proyecto Marcapunta Norte, conforme consta en el Informe N° 724-2008-MEM-AAM/WAL/DGB, el mismo que sustentó la aprobación del referido instrumento de gestión ambiental⁵⁵.

⁵⁴ El extracto del EIA del Proyecto Marcapunta Norte fue citado por la DFSAI en el considerando 56 de la Resolución Directoral N° 1080-2015-OEFA/DFSAI.

⁵⁵ Ello puede apreciarse en el Informe N° 724-2008-MEM-AAM/WAL/DBC que consta en la folio 510 del presente expediente.

58. Ahora bien, corresponde absolver lo alegado por El Brocal en su apelación, en el sentido que no le era exigible la realización de monitoreos bimestrales biológicos durante la fase de operación del Proyecto Marcapunta Norte, toda vez que el compromiso ambiental en cuestión solo se encontraba referido a la etapa constructiva y puesta en marcha del referido proyecto.
59. Al respecto, merece indicar que en el referido instrumento de gestión ambiental se indicó que el objetivo del monitoreo biológico antes señalado es *"contar con un modelo de obtención de información biológica permanente"*, el cual *"permite conocer hasta qué punto la construcción y operación del Proyecto Marcapunta Norte genera efectos sobre la evolución de las comunidades bióticas presentes actualmente en la zona" (subrayado agregado).*
60. En ese sentido, no resulta correcto el argumento sostenido por el administrado en su recurso de apelación, en la medida que ha sido establecido explícitamente que la realización de los monitoreos biológicos **tienen como finalidad determinar hasta qué punto la construcción y operación del Proyecto Marcapunta Norte genera efectos sobre la evolución de las comunidades bióticas presentes actualmente en la zona.**
61. En este punto, es importante indicar que, de acuerdo con lo establecido en los artículos 16°, 17° y 18° de la Ley N° 28611 antes mencionadas, el cumplimiento del compromiso ambiental debe ser efectuarse conforme al modo y plazo establecido en el instrumento de gestión ambiental.
62. Adicionalmente a lo expuesto, se advierte una incongruencia entre lo manifestado por El Brocal en sus descargos –en el cual dicha empresa sostuvo la realización de los monitoreos biológicos, presentando para ello los reportes correspondientes a los meses de abril de 2007, febrero de 2010, diciembre de 2011 y julio de 2012⁵⁶– y lo sostenido en su recurso de apelación –esto es, que no le sería exigible el compromiso ambiental referido a los monitoreos biológicos, en la medida que este solo debió ser cumplido durante la etapa de construcción, mas no en la fase de operación del proyecto Marcapunta Norte.
63. Por consiguiente, esta Sala considera que las declaraciones efectuadas por El Brocal en el marco del presente procedimiento sancionador trasgreden los principios de veracidad y conducta procedimental, contemplados en el numeral 1.7. y 1.8. del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444⁵⁷.

⁵⁶ Caber precisar que la DFSAI evaluó los reportes de monitoreo presentados el administrado determinando que *"de los documentos presentados por El Brocal se verifica que la empresa realizó los monitoreos de flora durante los cuatro meses antes señalados y únicamente realizó monitoreos del grupo taxonómico en diciembre de 2011 y julio del 2012"*. En ese sentido, dicha instancia concluyó que el administrado *"no habría cumplido con efectuar el monitoreo bimestral de la diversidad y dispersión de la fauna, en la medida que los monitoreos antes señalados no corresponden a la frecuencia ni a todos los grupos taxonómicos comprometidos"*.

Considerandos 64 y 65 de la Resolución Directoral N° 1080-2015-OEFA/DFSAI

⁵⁷ LEY N° 27444, publicado en el diario oficial El Peruano el 11 de abril de 2001.

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:

64. De acuerdo con todo el análisis expuesto, esta Sala concluye que en el mes de noviembre de 2011 (fecha en que se realizó la Supervisión Regular 2011) sí le era exigible al administrado cumplir con el compromiso ambiental establecido en el numeral 7.8. del Plan de Monitoreo y de Manejo Ambiental del EIA, toda vez que: (i) El Brocal estableció explícitamente en su estudio ambiental, que los monitoreos biológicos bimestrales debían ser realizados para determinar hasta qué punto la construcción y operación del Proyecto Marcapunta Norte genera efectos sobre la evolución de las comunidades bióticas presentes en la zona, y (ii) lo declarado por el administrado en el presente extremo de su apelación resultado contradictorio con lo expuesto por él mismo en sus descargos, hecho que vulnera los principios de veracidad y conducta procedimental establecidos en la Ley N° 27444.
65. Por consiguiente, corresponde desestimar lo señalado por El Brocal en el presente extremo de su apelación.
66. No obstante lo expuesto, esta Sala procederá a evaluar si El Brocal cumplió con el compromiso ambiental establecido en el numeral 7.8. del Plan de Monitoreo y de Manejo Ambiental del EIA, conforme con lo establecido en el artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM.
67. De esta manera, cabe precisar que la DFSAI tomó en consideración en su análisis la conducta detectada por la DS durante la Supervisión Regular 2011. De acuerdo con el Acta y e Informe de Supervisión, la DS detectó lo siguiente⁵⁸:

"Observación N° 10

El titular no ha reportado el monitoreo biológico bimestral de acuerdo a la R.D. N° 163-2008-MEM/AAM de fecha 04 de julio de 2008".

(...)

1.7 Principio de presunción de veracidad.- En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.

1.8 Principio de conducta procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.

Es importante señalar que, conforme a Morón, el principio de conducta procedimental constituye un principio fundamental, el cual deriva de las bases esenciales del sistema jurídico, por tanto, no se origina a partir de la presente norma, sino que tiene como fuente un nivel constitucional como supranacional. Asimismo, dicho autor señala que, debe tenerse en cuenta que los principios en general poseen un dinamismo potencial, por lo que pueden ser aplicados a cualquier forma de actuación administrativa, entre ellas la inspectiva, e incluso no solo respecto a la realidad prevista por el legislador, sino también, respecto a cualquier realidad futura que pueda presente en el quehacer estatal.

MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Novena edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011. pp. 58 y 59.

68. En ese sentido, en virtud de lo constatado durante la Supervisión Regular 2011⁵⁹, y en la medida que el administrado no presentó medio probatorio alguno que desvirtúe la referida imputación, la DFSAI concluyó que El Brocal incumplió con el compromiso ambiental dispuesto en el EIA del Proyecto Mina Marcapunta Norte, pues no realizó el monitoreo biológico bimestral de la diversidad y dispersión de la fauna, el cual comprende cuatro (4) grupos taxonómicos en la zona de influencia del proyecto minero (sino solamente uno de ellos). De este modo, concluyó que dicha conducta configura una infracción administrativa al artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM.
69. Por las consideraciones expuestas, esta Sala considera acreditado –sobre la base de los medios probatorios actuados en el expediente (esto es, el Acta e Informe de Supervisión), que El Brocal no cumplió con realizar el monitoreo biológico de la diversidad y dispersión de la fauna, siendo este un compromiso ambiental establecido en el numeral 7.8. del Plan de Monitoreo y de Manejo Ambiental del EIA, configurándose –de este modo– el incumplimiento de lo establecido en el artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM. Por ende, corresponde desestimar lo señalado por El Brocal en el presente extremo de su apelación.

De conformidad con lo establecido en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental; Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA; y la Resolución del Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA.

SE RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la Resolución Directoral N° 1080-2015-OEFA/DFSAI del 26 de noviembre de 2015, que determinó la existencia de responsabilidad administrativa por parte de Sociedad Minera El Brocal S.A.A., por el incumplimiento de los artículos 5° y 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, que configuraron las infracciones previstas en los numerales 3.2 y 3.1. del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, respectivamente; por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución; quedando agotada la vía administrativa.

⁵⁹ En este punto, cabe indicar que el artículo 165° de la Ley N° 27444 señala que son hechos no sujetos a actuación probatoria aquellos que se hayan comprobado con ocasión del ejercicio de las funciones de la autoridad administrativa. En tal sentido, el artículo 16° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, dispone que la información contenida en los informes técnicos, actas de supervisión u otros documentos similares constituyen medios probatorios y se presume cierta, salvo prueba en contrario.



PERÚ

Ministerio
del Ambiente

Organismo de Evaluación y
Fiscalización Ambiental - OEFA

Tribunal de
Fiscalización Ambiental

SEGUNDO.- Notificar la presente resolución a Sociedad Minera El Brocal S.A.A y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.

.....
LUIS EDUARDO RAMÍREZ PATRÓN
Presidente
Sala Especializada en Minería
Tribunal de Fiscalización Ambiental

.....
HÉCTOR ADRIÁN CHÁVARRY ROJAS
Vocal
Sala Especializada en Minería
Tribunal de Fiscalización Ambiental

.....
CÉSAR ABRAHAM NEYRA CRUZADO
Vocal
Sala Especializada en Minería
Tribunal de Fiscalización Ambiental