

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 271 -2012-OEFA/TFA

Lima, 12 DIC. 2012

VISTOS:

El Expediente N° 1659359-MEM que contiene el recurso de apelación, interpuesto por SOCIEDAD MINERA EL BROCAL S.A.A.¹ (en adelante, EL BROCAL) contra la Resolución Directoral N° 006-2010-OEFA/DFSAI de fecha 15 de diciembre del 2010 y el Informe N° 286-2012-OEFA/TFA/ST de fecha 30 de noviembre de 2012; y,

CONSIDERANDO:

1. Por Resolución Directoral N° 006-2010-OEFA/DFSAI de fecha 15 de diciembre de 2010 (Fojas 478 a 484), notificada el 17 de diciembre de 2010, se impuso a EL BROCAL una multa de ciento sesenta (160) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de cuatro (4) infracciones; conforme se detalla a continuación:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCION
No establecer un punto de control para aguas ácidas que drenan del Socavón Smelter y son descargadas libremente al	Artículo 7° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ²	Numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-	10 UIT

¹ SOCIEDAD MINERA EL BROCAL S.A.A. identificada con Registro Único de Contribuyente (R.U.C.) N° 20100017572.

² RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 011-96-EM/VMM. APRUEBA LOS NIVELES MAXIMOS PERMISIBLES PARA EFLUENTES LIQUIDOS PARA LAS ACTIVIDADES MINERO – METALURGICAS.

Artículo 7.- Los titulares mineros están obligados a establecer en el EIA y/o PAMA o Declaración Jurada de PAMA, un punto de control en cada efluente líquido minero-metalúrgico, a fin de determinar la concentración de cada uno de los parámetros regulados y el volumen de descarga en metros cúbicos por día, que será medido al momento de efectuar la toma de la muestra. Dicho punto de control deberá ser identificado de acuerdo a la ficha del Anexo 3 que forma parte de la presente Resolución Ministerial.

suelo por medio de un canal abierto de drenaje, hasta la laguna de almacenamiento de las aguas ácidas		2000-EM-VMM ³	
En el punto de control E-OF/LS, correspondiente al efluente de la Planta de Tratamiento de Aguas ácidas proveniente de la poza de lodos, que descarga al río Andaracha, se reportó un valor para el parámetro pH, que incumple el Límite Máximo Permisible establecido en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ⁴	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ⁵	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM ⁶	50 UIT

³ 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. 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°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 los numerales 22, 47 y 64 del Rubro III de la Resolución Directoral N° 006-2010-OEFA/DFSAI, el detalle del resultado obtenido en los puntos de control E-OF/LS, E-Dren/Tajo y E-PMO, es el que sigue:

Punto de Monitoreo	Parámetro	Anexo 1 Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Resultados de la Supervisión	Exceso	Cuerpo Receptor
E-OF/LS	pH	6 a 9	12	3	Río Andaracha
E-Dren/Tajo	Zn	3 mg/L	14.33 mg/L	11.33 mg/L	Suelo
E-PMO	STS	50 mg/L	362 mg/L	312 mg/L	Río Andaracha

⁵ 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.

En el punto de control E-Dren /Tajo, correspondiente al efluente proveniente del dren francés del Botadero de Desmontes "In Pit" del Tajo, que descarga al suelo, se reportó un valor para el parámetro Zn, que incumple el Límite Máximo Permissible establecido en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM	50 UIT
En el punto de control E-PMO, correspondiente al efluente de aguas de mina proveniente de la Rampa Marcapunta Oeste, que descarga al río Andaracha, se reportó un valor para el parámetro STS, que incumple el Límite Máximo Permissible establecido en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM	50 UIT
MULTA TOTAL			160 UIT

2. Mediante escrito de registro N° 0219 con fecha 10 de enero del 2011 (Fojas 487 al 520), la recurrente interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 006-2010-OEFA/DFSAL, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

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 8	Mayor que 6 y Menor que 9
Sólidos suspendidos (mg/l)	50	25
Plomo (mg/l)	0.4	0.2
Cobre (mg/l)	1.0	0.3
Zinc (mg/l)	3.0	1.0
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.

6 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

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

- a) Contó con un punto de monitoreo denominado E-6 para las aguas ácidas que drenan del Socavón Smelter, el cual se mantuvo operativo hasta el año 2000; sin embargo, éste se desactivó por recomendación de la supervisora AUDITEC durante la fiscalización ambiental de ese año.
- b) No se ha considerado que la empresa puso en operación su Planta de Tratamiento de Aguas Ácidas desde el 13 de noviembre de 1999 como parte de la ejecución de su PAMA, en la cabecera de la Quebrada Huachuaccaja, por lo que la descarga del Over-Flow de la Laguna de Sedimentación de la Planta de Tratamiento de Aguas Ácidas es tratada antes de su vertimiento al río Andacancha, cuidando que las concentraciones metálicas de los parámetros monitoreados cumplan con los LMP.
- c) Respecto al punto de control N° E-OF/LS (E-7), la descarga de los efluentes en el Río San Juan tiene un impacto sumamente positivo ya que disminuye la acidez de las aguas de dicho cuerpo receptor, así como la de otros parámetros, por lo que no existe menoscabo al ambiente, conforme a lo señalado en la Resolución Directoral N° 511-2004-MEM-DGM.
- d) El efluente del punto de monitoreo E-Dren/Tajo solo se origina en épocas de lluvia y discurre a través de un dren que es tratado en la Planta de Tratamiento de Aguas Ácidas.
- e) EL BROCAL realizó una contramuestra analizada el 18 de noviembre de 2006 por el Laboratorio SGS del Perú S.A. donde se obtiene valores que no incumplen los LMP de los parámetros Zn y STS.
- f) Las pruebas agregadas al escrito de descargos, no han sido debidamente valoradas ni meritadas al momento de resolver, por lo que considera que la resolución vulneró el Debido Proceso, regulado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, razón por la cual debe revocarse este extremo de la resolución apelada.
- g) Los valores altos en el punto de control E-PMO se deben al arrastre de material arcilloso por presencia de lluvias y aguas de escorrentías.
- h) En la actualidad las aguas de mina del punto de control E-PMO son monitoreadas mensualmente para un informe a DIGESA no excediendo los LMP.

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)⁷.

4. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, el OEFA es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental⁸.
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 OEFA⁹.
6. Con Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, publicado el 21 de enero de 2010, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN al OEFA; y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, publicada el 20 de julio de 2010, se estableció como fecha efectiva de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería del OSINERGMIN al OEFA, el 22 de julio de 2010.

⁷ 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. (...)

⁸ 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.

⁹ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- (...)

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

7. En adición, es preciso mencionar que el artículo 10° de la citada Ley N° 29325¹⁰, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM¹¹, y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución N° 005-2011-OEFA/CD¹², disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

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 intervinientes¹³.

¹⁰ 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.

¹¹ 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 interpuesto 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 normatividad ambiental, dentro del ámbito de su competencia.
- c) Ejercer las demás atribuciones que correspondan de acuerdo a Ley.

¹² RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 005 -2011-OEFA/CD. REGLAMENTO INTERNO DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

Artículo 4°.- Competencia del Tribunal

El Tribunal es competente para conocer y resolver en última instancia administrativa, los recursos de apelación contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por órganos del OEFA en materia de supervisión y fiscalización ambiental; así como resolver los recursos impugnativos interpuestos ante aquellas entidades cuyas funciones en materia ambiental hayan sido transferidas al OEFA. Asimismo, es competente para resolver las quejas administrativas de conformidad con lo establecido en el artículo 158° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

¹³ 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

9. Siendo que a la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, corresponderá observar el contenido normativo de dicho cuerpo legal.

Análisis

Protección constitucional al ambiente

10. 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 de las normas de protección y conservación del medio ambiente, toda vez que éste debe informar y ordenar los alcances de las obligaciones exigibles a los titulares mineros.

Sobre el particular, cabe indicar que de acuerdo al numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, constituye derecho fundamental de la persona “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”¹⁴.

Ahora bien, a efectos de establecer el contenido del indicado derecho constitucional, conviene explicar aquello que se entiende por “ambiente”, por tratarse de un concepto consustancial al mismo. Al respecto, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 0048-2004-AI, en su Fundamento N° 27, señaló lo siguiente¹⁵:

“(...) La parte de la naturaleza que rodea o circunda los hábitat de la pluralidad de especies vivas se denomina ambiente o medio ambiente.

El medio ambiente es el mundo exterior que rodea a todos los seres vivos y que determina y condiciona su existencia. Es el ámbito en que se desarrolla la vida y en cuya creación no ha intervenido la acción humana. En puridad, medio ambiente alude al compendio de elementos naturales —vivos 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 vivos (plantas, animales y microorganismos).

El medio ambiente se define como “(...) el conjunto de elementos sociales, culturales, bióticos y abióticos que interactúa en un espacio y tiempo

los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

¹⁴ 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.

¹⁵ La sentencia recaída en el Expediente 0048-2004-AI, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica:
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>

determinado; lo cual podría graficarse como la sumatoria de la naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo concretos”.

El término biótico se refiere a todos los seres vivos de una misma región, que coexisten y se influyen entre sí; en cambio lo abiótico alude a lo no viviente, como el agua, el aire, el subsuelo, etc.

El medio ambiente se compone de los denominados elementos naturales, los cuales pueden generar, según sea el caso, algún tipo de utilidad, beneficio o aprovechamiento para la existencia o coexistencia humana (...) (El resaltado en negrita es nuestro)

En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros¹⁶.

Ahora bien, habiéndose precisado el concepto de ambiente, cabe señalar que de acuerdo a lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, el derecho fundamental previsto en el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política se encuentra integrado por¹⁷:

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

En este contexto, cabe indicar que el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado impone a los particulares la obligación de adoptar medidas tendientes a prevenir, evitar o reparar los daños que sus actividades productivas causen o puedan causar al medio ambiente. A su vez, dichas medidas provendrán, entre otros, del marco jurídico aplicable al medio ambiente y aquellas asumidas por dichos particulares en sus instrumentos de gestión ambiental.

¹⁶ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 2°.- Del ámbito

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

A mayor abundamiento, resulta oportuno citar la siguiente definición de FRAUME RESTREPO:

“Ambiente.- Conjunto de elementos abióticos (energía solar, suelo, agua y aire) y bióticos (organismo vivos) que integran la delgada capa de la tierra llamada biósfera, sustento y hogar de los seres vivos. (...)”

FRAUME RESTREPO, Néstor Julio. Diccionario Ambiental. ECOE ediciones, Bogotá, 2007, p. 28.

¹⁷ 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>

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

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

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

Sobre no encontrarse establecido en el EIA o PAMA el punto de control proveniente de las aguas ácidas que drenan del Socavón Smelter

11. Respecto a lo alegado en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, se debe indicar que conforme al artículo 7° la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, es obligación de los titulares mineros establecer en sus estudios ambientales un punto de control por cada efluente minero-metalúrgico; cuyo incumplimiento constituye una infracción distinta y separada de aquella sustentada en el exceso de LMP. Además, dicho punto de control debe estar identificado de acuerdo a la ficha del Anexo 3 de la mencionada Resolución Ministerial¹⁸.

Ahora bien, cabe indicar que de acuerdo al literal a) del artículo 13° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, constituye efluente minero-metalúrgico todo flujo descargado al ambiente proveniente de cualquier trabajo efectuado dentro de los linderos de la Unidad Minera¹⁹.

¹⁸ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 011-96-EM/VMM. APRUEBAN LOS NIVELES MÁXIMOS PERMISIBLES PARA EFLUENTES LÍQUIDOS MINERO-METALÚRGICOS.

Artículo 7°.- Establecimiento de un punto de control para cada efluente minero-metalúrgico

Los titulares mineros están obligados a establecer en el EIA y/o PAMA o Declaración Jurada de PAMA, un punto de control en cada efluente líquido minero-metalúrgico, a fin de determinar la concentración de cada uno de los parámetros regulados y el volumen de descarga en metros cúbicos por día, que será medido al momento de efectuar la toma de la muestra. Dicho punto de control deberá ser identificado de acuerdo a la ficha del Anexo 3 que forma parte de la presente Resolución Ministerial

¹⁹ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 011-96-EM/VMM. APRUEBAN LOS NIVELES MÁXIMOS PERMISIBLES PARA EFLUENTES LÍQUIDOS MINERO-METALÚRGICOS.

Artículo 13.- Para efectos de la presente Resolución Ministerial se tomará en consideración las siguientes definiciones:

Efluentes Líquidos Minero-Metalúrgicos.- Son los flujos descargados al ambiente, que provienen:

a) De cualquier labor, excavación o trabajo efectuado en el terreno, o de cualquier planta de tratamiento de aguas residuales asociadas con labores, excavaciones o trabajos efectuados dentro de los linderos de la Unidad Minera.

(...)

Es así que, conforme a lo descrito en la Observación N° 2 del Informe de la Segunda Fiscalización del año 2006 de la Unidad Económica Administrativa "Colquijirca N° 2" de Sociedad Minera El Brocal S.A.A. (Foja 23), se señaló lo siguiente:

"Se ha constatado que las aguas ácidas que drenan por el antiguo Socavón Smelter, son descargadas libremente por medio de un canal abierto de drenaje, hasta la laguna de almacenamiento de aguas ácidas, ubicada en la parte baja de la Planta de Tratamiento de Aguas Ácidas".

En relación a lo antes mencionado, la supervisora efectuó la siguiente recomendación (Foja 23):

"Entubar y conducir directamente por gravedad las aguas ácidas que drenan por el antiguo Socavón Smelter, hasta la Planta de Tratamiento de Aguas Ácidas, habida cuenta que este se encuentra en una cota superior a la citada planta".

Además, dicha aseveración puede ser constatada al observar la sumilla de las Fotografías N° 9 y 10 adjuntas al Informe de la Segunda Fiscalización del año 2006 de la Unidad Económica Administrativa "Colquijirca N° 2" (Foja 122) donde se señala que las aguas de mina que drenan por el mencionado socavón se descargan libremente, adecuándose al supuesto expuesto en párrafos anteriores.

Cabe señalar que la disposición del numeral 21.4 del artículo 21° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD²⁰, establece que la información contenida en los Informes de Supervisión se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario; por lo que correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que desvirtúen el contenido del mencionado informe, lo cual no ha ocurrido en el presente caso.

En ese sentido, se acreditó que la descarga de las aguas ácidas que drenan por el Socavón Smelter constituye un efluente proveniente de las labores de EL BROCAL en los términos descritos en el artículo 13° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

Por otro lado, en relación a que la empresa supervisora AUDITEC recomendó desactivar el punto de monitoreo E-6, cabe indicar que en el punto 7, correspondiente a las recomendaciones del Informe de Fiscalización Minera del II Semestre del año 2000, se señaló lo siguiente (Foja 498):

²⁰ RESOLUCIÓN N° 640-2007-OS/CD. REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL OSINERGMIN.

TÍTULO IV
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Artículo 21°.- Inicio del Procedimiento

21.4. Los Informes Legales, Informes Técnicos, Actas Probatorias, Cartas de Visita de Fiscalización, Actas de Supervisión, constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario.

“7.7 Considerando que el drenaje del socavón Smelter (E-6) es tratado en la Planta de Tratamiento de Aguas Ácidas. Esta estación se puede eliminar del programa de monitoreo de efluentes”.

En consecuencia, la recomendación del supervisor se circunscribe a las circunstancias encontradas durante la supervisión del año 2000, toda vez que en su momento AUDITEC advirtió que las aguas eran recirculadas y tratadas en la Planta de Tratamiento de Aguas Ácidas de EL BROCAL.

Sin embargo, durante la presente supervisión se constató que las aguas ácidas del drenaje del socavón Smelter no estaban siendo recirculadas a la Planta de Tratamiento, como se observa en las Fotografías N° 09 y 10 del Informe de la Segunda Fiscalización del año 2006 de la Unidad Económica Administrativa “Colquijirca N° 2” (Foja 122) en las que se verifica cómo las aguas ácidas hacen contacto con el suelo natural, constatándose su calidad de efluente líquido minero metalúrgico.

En tal sentido, EL BROCAL se encontraba obligado a cumplir con la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, debiendo establecer en los estudios ambientales correspondientes un punto de control para el efluente minero-metalúrgico del drenaje del socavón Smelter, lo que no ocurrió.

Por lo expuesto, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en este extremo.

Con relación al exceso del parámetro pH en el punto de control E-OF/LS

12. Respecto a lo alegado en los literales b) y c) del numeral 2, cabe señalar que la situación de la Quebrada Andacancha y el río San Juan no faculta a EL BROCAL a incumplir los LMP establecidos en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, por aplicación del Principio de Legalidad, previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

En este sentido, si bien EL BROCAL ha señalado que el exceso de pH en el punto de monitoreo E-OF/LS genera efectos favorables en el ambiente, según lo establecido en la Resolución Directoral N° 511-2004-MEM-DGM; es preciso señalar que dicha resolución, se circunscribió al ámbito orgánico de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas, cuando éste detentaba las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en asuntos ambientales mineros, razón por la cual no deviene aplicable al interior del presente procedimiento administrativo sancionador.

Adicionalmente, aun cuando la descarga del efluente sobre el riachuelo Andacancha, que llega finalmente al río San Juan, pudiera producir una leve neutralización que ocasione una disminución del pH, la descarga con dicho nivel de alcalinidad (12.0) no se encuentra prevista en el Programa de Adecuación y Manejo Ambiental de la Unidad Minera Colquijirca, aprobado por Resolución Directoral N° 008-97-EM/DGM, ni en el Estudio de Impacto Ambiental aprobado por la Resolución Directoral N° 416-2004-MEM/AAM de fecha 09 de setiembre de 2004, por lo que EL BROCAL se encontraba obligado a observar los LMP establecidos en el Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

Asimismo, se tiene que el artículo 2° del Reglamento de Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM²¹ define el límite máximo permisible como el nivel de concentración de uno o más contaminantes, por debajo del cual no se prevé riesgo para la salud, el bienestar humano y los ecosistemas. Este nivel lo establece la autoridad competente y es legalmente exigible, por lo que la responsabilidad administrativa por su incumplimiento se determina de forma objetiva.

Revisado el Informe de la Segunda Fiscalización del año 2006 de la Unidad Económica Administrativa "Colquijirca N° 2" (Foja 94) se tiene que la Supervisora tomó muestras en el efluente minero-metalúrgico originadas en la Planta de Tratamiento de Aguas Ácidas proveniente de la poza de lodos.

Asimismo, el resultado de la medición a la muestra tomada se sustenta en el Informe de ensayo N° 01610-06, elaborado por el Laboratorio LABECO ANÁLISIS AMBIENTALES S.R.L., se encuentra recogido en el cuadro detalle de la cita N° 4 al pie de página.

Por consiguiente, carece de sustento lo alegado por la apelante en este extremo.

Con relación al exceso de los parámetros Zn y STS en los puntos de control E-Dren/Tajo y E-PMO

13. Respecto a lo alegado en los literales d), e), f), g) y h) del numeral 2, se debe precisar que en el marco del artículo 197° del Código Procesal Civil, aplicable de manera supletoria en atención a la Primera Disposición Final de dicho cuerpo legal y el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, la valoración de los medios probatorios es realizada en forma conjunta y según las reglas de la sana crítica, lo que implica apelar, entre otros, a criterios de suficiencia, logicidad y congruencia de los mismos.

Asimismo, de acuerdo al numeral 163.1 del artículo 163° de la Ley N° 27444²², solo podrán rechazarse motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios.

Sobre el particular, conforme se desprende de los numerales 61 y 62 del Rubro III de la resolución recurrida, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de

²¹ DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO PARA LA PROTECCION AMBIENTAL EN LA ACTIVIDAD MINERO- METALURGICA.

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

- Nivel Máximo Permisible.- Nivel de concentración de uno o más contaminantes, por debajo del cual no se prevé riesgo para la salud, el bienestar humano y los ecosistemas.

²² 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 rechazarse motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios. (El subrayado es nuestro)

Incentivos desestimó la valoración de los Informes de Ensayo MA602524 y MA602537 emitidos por SGS DEL PERÚ S.A.C. toda vez que de acuerdo al Reglamento de Dirimencias, aprobado por Resolución N° 0110-2001-INDECOPI-CRT, el cuestionamiento de los resultados reportados por una entidad acreditada debe realizarse a través del procedimiento de dirimencias regulado por dicho dispositivo legal, el mismo que debió practicarse sobre una parte de la muestra analizada por LABECO ANÁLISIS AMBIENTALES S.R.L.

En efecto, de acuerdo a los literales a) y b) del artículo 4° y artículo 5° del Reglamento aprobado por Resolución N° 0110-2001-INDECOPI-CRT, aplicable por encontrarse vigente a la fecha en que se emitieron los resultados contenidos en el Informe de Ensayo N° 01610-06, para corroborar los resultados reportados por el laboratorio LABECO ANÁLISIS AMBIENTALES S.R.L., la recurrente al considerarse afectada por los mismos debió recurrir al procedimiento de dirimencia, el mismo que se practica sobre la muestra dirimente, consistente en una cantidad determinada de la muestra ensayada por LABECO ANÁLISIS AMBIENTALES S.R.L., que emitió los resultados materia de cuestionamiento, y no así sobre la muestra tomada por SGS DEL PERÚ S.A.C.

Asimismo, corresponde señalar que aun cuando se hubiere producido el vencimiento del plazo para solicitar la dirimencia, de acuerdo al tercer párrafo del artículo 7°²³ y artículo 12²⁴ del Reglamento aprobado por Resolución N° 0110-2001-INDECOPI-CRT, EL BROCAL se encontraba facultada a solicitar una supervisión de la entidad acreditada cuyos resultados han sido observados a fin de verificar la aptitud de los equipos, materiales y demás recursos empleados en la prestación de sus servicios.

23 RESOLUCION COMISION DE REGLAMENTOS TECNICOS Y COMERCIALES N° 0110-2001-INDECOPI-CRT. REGLAMENTO DE DIRIMENCIAS.

Artículo 7.- Admisión de la solicitud.- La Secretaría Técnica en un plazo de cinco días debe pronunciarse sobre la admisión a trámite de la solicitud, señalando de ser el caso, la fecha proyectada para la realización de la dirimencia así como el Laboratorio que tendrá a su cargo la ejecución del ensayo sobre la muestra dirimente de acuerdo a lo establecido en los Artículos 8 y 9.

La dirimencia debe realizarse dentro del período de custodia de la muestra dirimente a fin de garantizar una adecuada corroboración de resultados, salvo que la Comisión considere que dicho período no afecta la aptitud de la muestra, en función a las características o aspectos que puntualmente debe evaluarse en ella.

De declararse inadmisibles las solicitudes de dirimencia al haber sido presentadas fuera del plazo señalado en el Artículo 16, el solicitante podrá requerir la evaluación prevista en el Artículo 12.

24 RESOLUCION COMISION DE REGLAMENTOS TECNICOS Y COMERCIALES N° 0110-2001-INDECOPI-CRT. REGLAMENTO DE DIRIMENCIAS.

Artículo 12.- Inadmisibilidad de la solicitud de dirimencia.- Cuando la solicitud resulte inadmisibles por haberse presentado fuera del período fijado en el Artículo 16, la Comisión podrá realizar a petición del solicitante una supervisión a la entidad acreditada cuyos resultados han sido observados a fin de verificar la aptitud de los equipos, materiales y demás recursos empleados en la prestación de sus servicios.

Si como resultado de la supervisión realizada se determina que los materiales o equipos empleados al momento de la prestación del servicio no reúnan las características necesarias para asegurar la confiabilidad de sus resultados, la Comisión podrá ordenar de ser el caso, la realización de un nuevo ensayo sobre la base de nuevas muestras. En dichos casos los costos de la evaluación deben ser asumidos por el Laboratorio de Ensayo u Organismo de Certificación cuyos resultados se observaron, al margen del procedimiento por infracciones a que hubiere lugar.

En tal sentido, correspondía a la recurrente hacer ejercicio de dicha facultad de manera oportuna, lo que no ocurrió.

En este contexto, se verifica que el rechazo a la valoración de los Informes de Ensayo MA602524 y MA602537 emitidos por SGS DEL PERÚ S.A.C. se encuentra debidamente sustentado en la aplicación del contenido normativo del Reglamento aprobado por Resolución N° 0110-2001-INDECOPI-CRT, por lo que el pronunciamiento del órgano de primera instancia se realizó en el marco del Principio de Legalidad previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444²⁵.

Ahora bien, en cuanto a la diferencia entre los resultados obtenidos por la Supervisora y EL BROCAL, se debe reiterar lo señalado en el numeral precedente, en el sentido que no corresponde analizar los resultados presentados por EL BROCAL ya que corresponden a muestras tomadas en horarios distintos a la toma de muestras efectuada durante la supervisión especial.

De este modo, se concluye que no se ha producido vulneración alguna de los derechos de la recurrente al debido procedimiento y valoración de las pruebas de descargos así como del Principio de Verdad Material, toda vez que la citada prueba ofrecida por la recurrente devino innecesaria al no ser idónea para desvirtuar los resultados contenidos en el Informe de Ensayo N° 01610-06 emitido por el laboratorio acreditado LABECO ANÁLISIS AMBIENTALES S.R.L., ello en el marco del numeral 163.1 del artículo 163° de la Ley N° 27444.

Por otro lado, respecto a la influencia de la lluvia en los puntos de control de EL BROCAL, cabe señalar que es obligación de la recurrente adoptar las medidas necesarias de prevención para el manejo de sus efluentes a fin de evitar que estos superen los LMP, antes de su descarga al cuerpo receptor, por lo que aún ante la presencia de lluvias que puedan alterar los efluentes, corresponde al titular minero tomar las precauciones necesarias a fin de que éstos no se vean afectados.

Asimismo, respecto al supuesto que las aguas del punto de control E-PMO actualmente son monitoreadas y no exceden los LMP, se debe indicar los hechos allí mencionados no han sido materia de imputación en el presente procedimiento administrativo sancionador, razón por la cual al no guardar relación con la infracción sancionada, en aplicación del numeral 163.1 del artículo 163° de la Ley N° 27444, se debe desestimar lo argumentado por impertinente²⁶.

²⁵ 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.

²⁶ Sobre el particular, resulta oportuno precisar que a efectos de determinar la pertinencia de los medios probatorios propuestos por los administrados, este Tribunal procede a comprobar la relación existente entre la prueba propuesta y aquello que es objeto de prueba en el procedimiento, de modo tal que aquélla será admisible, y en el tal sentido objeto de valoración, cuando se pretende acreditar un hecho que tiene que ver con el *thema probandum* del procedimiento administrativo sancionador iniciado; caso contrario, la ausencia de esta relación torna la prueba impertinente.

En consecuencia, corresponde desestimar los argumentos formulados por la apelante en estos extremos.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental; Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA y Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA;


SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación presentado por SOCIEDAD MINERA EL BROCAL S.A.A. contra la Resolución Directoral N° 006-2010-OEFA/DFSAL de fecha 15 de diciembre de 2010, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, quedándose agotada la vía administrativa.

ARTÍCULO 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.

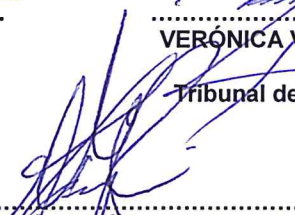
Regístrese y comuníquese.


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


.....
JOSÉ AUGUSTO CHIRINOS CUBAS
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental


.....
FRANCISCO JOSÉ OLANO MARTINEZ
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental


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


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

