

REPÚBLICA DEL PERÚ



# *Tribunal de Fiscalización Ambiental*

## *Resolución N°136-2013-OEFA/TFA*

Lima, 07 JUN. 2013

**VISTO:**

El Recurso de Apelación interpuesto por NYRSTAR ANCASH S.A. contra la Resolución Directoral N° 410-2012-OEFA/DFSAL emitida por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental el 26 de diciembre de 2012, en el Expediente N° 151-08-MA/E; y el Informe N° 139-2013-OEFA/TFA/ST del 07 de junio de 2013;

**CONSIDERANDO:**

**I. Antecedentes**

1. El procedimiento administrativo sancionador se inició como consecuencia de la supervisión especial llevada a cabo del 12 al 15 de noviembre de 2008, en las instalaciones de la Unidad Minera "Pucarrajo", de titularidad de NYRSTAR ANCASH S.A. (en adelante, NYRSTAR)<sup>1</sup>, ubicada en los distritos de Huallanca y San Marcos, provincias de Huarí y Bolognesi y departamento de Ancash; en la cual se detectaron infracciones a la normativa ambiental. Como producto de dicha supervisión, se elaboró el Informe 2b de la Segunda Campaña de Monitoreo Ambiental de Efluentes Mineros-Metalúrgicos en el ámbito geográfico de Ancash (Fojas 03 a 121) y la Carta N° 2085/12-M que incorpora información complementaria de los Informes de Ensayo MA807298 y MA807358 elaborados por el Laboratorio SGS del Perú S.A.C. sobre las muestras tomadas durante la referida supervisión (Fojas 135 a 155).
2. En la Resolución Directoral N° 410-2012-OEFA/DFSAL (Fojas 172 a 175), notificada el 26 de diciembre de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante,

<sup>1</sup> La empresa NYRSTAR ANCASH S.A. cuenta con Registro Único del Contribuyente (RUC) N° 20101250572.

OEFA) incluyó el siguiente cuadro que muestra el resultado obtenido en el punto de control E3 (EMEL-01):

Punto de Monitoreo	Parámetro	Resultado de la Supervisión
E 3 (EMEL-01)	pH	4.2

3. Al respecto, la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, que aprueba los Niveles Máximos Permisibles para efluentes líquidos minero-metalúrgicos, publicada el 13 de enero de 1996, establece en su Anexo I los Niveles Máximos Permisibles de emisión para las unidades minero – metalúrgicas. El nivel aprobado en el parámetro relevante para el caso es:

**ANEXO 1  
NIVELES MAXIMOS PERMISIBLES DE EMISION PARA  
LAS UNIDADES MINERO-METALURGICAS**

PARAMETRO	VALOR EN CUALQUIER MOMENTO	VALOR PROMEDIO ANUAL
pH	Mayor que 6 y menor que 9	Mayor que 6 y menor que 9

4. En atención a lo previsto en la citada Resolución Ministerial y al incumplimiento de otras normas ambientales, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA resolvió imponer a NYRSTAR una multa de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), conforme se detalla a continuación<sup>2</sup>:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
En el punto de monitoreo E 3 (EMEL-01) correspondiente al efluente proveniente de la bocamina Sabrina, Crucero 260 Nivel 650, se incumplió el	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM <sup>3</sup>	Numeral 3.2. del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N°	50 UIT

<sup>2</sup> Corresponde precisar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 2° de la parte resolutive de la Resolución Directoral N° 410-2012-OEFA/DFSAL de fecha 26 de diciembre de 2012, se dispuso el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador en el extremo referido al incumplimiento de los niveles máximos permisibles de los parámetros Zn y Fe.

<sup>3</sup> Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM - Aprueban los Niveles Máximos Permisibles para efluentes líquidos para las actividades minero-metalúrgicas, publicada el 13 de enero de 1996.-  
**Artículo 4 °.- Resultados analíticos no excederán los niveles contemplados en el Anexo 1 o 2, según sea el caso.**

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.



valor del Nivel Máximo Permisible establecido para el parámetro pH en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM		353-2000-EM-VMM <sup>4</sup>	
<b>MULTA TOTAL</b>			<b>50 UIT</b>

5. Mediante escrito presentado el 16 de enero de 2013 (Fojas 178 a 190), NYRSTAR interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 410-2012-OEFA/DFSAL. En dicho recurso la recurrente señaló que se había vulnerado el Principio del Debido Procedimiento contenido en el numeral 2 del artículo 230° de la Ley N° 27444, toda vez que el OEFA no acreditó que el laboratorio SGS del Perú S.A.C. contaba con certificado de calibración vigente durante la supervisión. Asimismo, precisó que la Dirección de Fiscalización Sanción y Aplicación de Incentivos había asumido erróneamente que durante la supervisión su empresa estaba conforme con la calibración del equipo utilizado para el muestreo del parámetro pH.

## II. Competencia

6. 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<sup>5</sup>, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

<sup>4</sup> Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM - Aprueban escala de multas y penalidades a aplicarse por incumplimiento de disposiciones del TUO de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias, publicada el 2 de setiembre de 2000.-

### 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, N° 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. (...)*
- 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. (...)*

Decreto Legislativo N° 1013 - Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, publicado el 14 de mayo de 2008.-

#### 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.*

7. En mérito a lo establecido en los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental<sup>6</sup>, 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.
8. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325 dispone que mediante Decreto Supremo, refrendado por los sectores involucrados, se establecen las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA<sup>7</sup>.
9. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM<sup>8</sup> se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN<sup>9</sup>) al OEFA, y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de

<sup>6</sup> Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada 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.*

**Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 05 de marzo de 2009, modificada por la Ley N° 30011, publicada el 26 de abril de 2013.-**

**Artículo 11°.- Funciones generales**

*Son funciones generales del OEFA:*

*(...)*

*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 emitidos por el OEFA, en concordancia con lo establecido en el artículo 17. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas cautelares y correctivas.*

*(...)*

<sup>7</sup> Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 5 de marzo de 2009.-

**DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES**

**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.*

<sup>8</sup> Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM - Aprueban inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA, publicado 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.*

<sup>9</sup> Ley N° 28964 - Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG, publicada el 24 de enero de 2007.-

**Artículo 18°.- Referencia al OSINERGMIN**



julio de 2010<sup>10</sup>, 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.

10. Por otro lado, el artículo 10° de la Ley N° 29325<sup>11</sup>, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM<sup>12</sup>, y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución N° 005-2011-OEFA/CD<sup>13</sup>, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

---

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

- <sup>10</sup> Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD – Aprueban aspectos objeto de la transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería entre el OSINERGMIN y el OEFA, publicada 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.*
- <sup>11</sup> Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 05 de marzo de 2009, modificada por la Ley N° 30011, publicada el 26 de abril de 2013.-  
*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.
- <sup>12</sup> Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, publicado 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:  
a) Resolver en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos.  
b) Proponer al Presidente del Consejo Directivo del OEFA mejoras a la normatividad ambiental, dentro del ámbito de su competencia.  
c) Ejercer las demás atribuciones que correspondan de acuerdo a Ley.
- <sup>13</sup> Resolución de Consejo Directivo N° 005 -2011-OEFA/CD - Aprueban Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 21 de julio de 2011.-  
*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 para 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.

### III. Norma Procedimental Aplicable

11. Previamente al análisis de los argumentos formulados por NYRSTAR, este órgano colegiado considera pertinente, en virtud 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 intervinientes<sup>14</sup>.
12. En tal sentido, corresponde indicar que a la fecha de inicio del presente procedimiento administrativo sancionador se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD; siendo aplicable posteriormente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución N° 012-2012-OEFA/CD, con vigencia desde el 14 de diciembre de 2012<sup>15</sup>.

### IV. Análisis

#### Protección constitucional al ambiente

13. De acuerdo al numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú<sup>16</sup>, toda persona tiene el derecho fundamental a "gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida".
14. El Tribunal Constitucional ha desarrollado en recurrente jurisprudencia que el contenido esencial del citado derecho fundamental está configurado por: 1) el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado; y, 2) el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado:

<sup>14</sup> Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001.-  
(...)

**Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo**

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.  
(...)

<sup>15</sup> Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD – Aprueban Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 13 de diciembre de 2012.-

**Artículo 3°.-** Disponer que las disposiciones de carácter procesal del presente Reglamento se aplicarán a los procedimientos administrativos sancionadores en trámite, en la etapa en que se encuentren.

<sup>16</sup> Constitución Política del Perú de 1993, publicada el 30 de diciembre 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.  
(...)



*“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”<sup>17</sup>.*

15. Asimismo, dicho Tribunal ha señalado que, además del numeral 22 del artículo 2° de la Constitución, existe un conjunto de disposiciones de la Carta fundamental referidas a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente, denominado “Constitución Ecológica”<sup>18</sup>, de las que se deriva un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar y promover con el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo. Al respecto, ha señalado:

*“Así, en primer lugar, al ser los recursos naturales in totum, patrimonio de la Nación, **su explotación no puede ser separada del interés nacional**, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de las generaciones presentes y futuras”<sup>19</sup>. (Resaltado nuestro)*

*“(...) la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsora del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar. **La Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural.** De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no soportarán”<sup>20</sup> (Resaltado nuestro)*

16. En ese sentido, Amartya Sen advierte que: *“un medio ambiente dañado que le niegue aire limpio a las futuras generaciones (...) seguirá estando dañado sin importar cuán ricas sean esas generaciones”<sup>21</sup>.*

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 4.

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de agosto de 2008, recaída en el Expediente 3610-2008-PA/TC, fundamento jurídico 33.

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 11.

<sup>20</sup> Ibid. Fundamento jurídico 24.

<sup>21</sup> SEN, Amartya: “Continuing the Conversation: Amartya Sen Talks with Bina Agarwal, Jane Humphries e Ingrid Robeyns”. Feminist Economics N°9, 2003, p.330. Consultado el 26 de marzo de 2013:

17. Sobre lo que implica el medio ambiente, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

*"(...) el medio ambiente es el mundo exterior que rodea a todos los seres vivientes 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 —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)"<sup>22</sup>.*

18. En esa línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente<sup>23</sup>, 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.
19. En tal 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. Es por ello que dichas medidas se encuentran contempladas en el marco jurídico que regula la protección del medio ambiente y en los instrumentos de gestión ambiental.
20. En este orden de ideas, puede afirmarse que las normas sectoriales referidas a la protección y conservación del ambiente deberán interpretarse y aplicarse dentro del marco constitucional que regula el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado.

<http://csde.washington.edu/~scurran/files/readings/April28/recommended/ContinuingtheConversation.pdf> (traducción nuestra)

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 1 de abril de 2005, recaída en el Expediente 0048-2004-AI, fundamento jurídico 27.

<sup>23</sup> Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, publicada el 15 de octubre de 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.*



### Respecto a la vulneración del Principio del Debido Procedimiento

21. Al respecto, corresponde indicar que de acuerdo al Principio del Debido Procedimiento establecido en los numerales 1.2 del artículo IV del Título Preliminar y 2 del artículo 230° de la Ley N° 27444, los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento, que comprenden, entre otros, el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.
22. Por su parte, el Principio de Legalidad, regulado en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, prevé que los pronunciamientos de la autoridad administrativa deben sustentarse en la debida aplicación e interpretación del conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico vigente<sup>24</sup>.
23. A su vez, según el numeral 4 del artículo 3° de la Ley N° 27444<sup>25</sup>, constituye requisito de validez de los actos administrativos su debida motivación, 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.
24. Por su parte, en el Fundamento N° 7 de la sentencia recaída en el expediente N° 0896-2009-PHC/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la debida motivación de las resoluciones es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad y garantiza que éstas no se encuentren justificadas en el mero capricho de la autoridad jurisdiccional, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso.
25. En su apelación, NYRSTAR alegó que se había vulnerado el Principio del Debido Procedimiento toda vez que no se había acreditado que el laboratorio SGS del Perú S.A.C. contaba con certificado de calibración vigente durante la supervisión.

  
  
  
24

Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada 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:

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.

Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001.-

**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.

26. Sobre el particular, cabe señalar que de acuerdo al numeral 4.2 del Rubro 4.0 del Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua, aprobado por Resolución Directoral N° 004-94-EM/DGGA<sup>26</sup>, en la preparación de un viaje de muestreo debe limpiarse y calibrarse todo el equipo; los reactivos y soluciones buffer deben estar frescos y completos, así como los recipientes de muestreo ordenados (limpiados de acuerdo a los procedimientos estándar).
27. Asimismo, el sub-numeral 4.2.1 del referido Protocolo señala que resultará prudente verificar que cada instrumento cumpla con los estándares de calibración antes de ir al campo; precisando, en su numeral 4.2, denominado "Instrumentos Analíticos"<sup>27</sup>, que la calibración de las sondas debe verificarse frecuentemente para determinar si tiene la exactitud y precisión de los instrumentos de laboratorio.
28. En esta misma línea, el literal f) del numeral 5, en concordancia con el numeral 2, de la Directriz SNA-acr-12D del Servicio Nacional de Acreditación, que aprueba los Criterios para la Trazabilidad de las Mediciones (Policy on traceability of measurements), establece<sup>28</sup>:

**"f) Intervalos de calibración; con el objeto de mantener la trazabilidad de las mediciones, las calibraciones deberán repetirse a intervalos apropiados; la frecuencia de las calibraciones depende de una serie de variables, por ejemplo, la exactitud requerida, incertidumbre requerida, la frecuencia y**

<sup>26</sup> Resolución Directoral N° 004-94-EM/DGAA - Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua, publicada el 2 de marzo de 1994.-

(...)

**4.2.2 Instrumentos Analíticos**

Algunas sondas o electrodos manuales tipo «bolígrafo» están disponibles para las medidores de campo de parámetros, tales como pH, Eh, temperatura, conductividad y TDS. Estos pueden utilizarse para observaciones de campo y programas de reconocimiento. No obstante, la calibración de estas sondas debe verificarse frecuentemente para determinar si tienen la exactitud y precisión de los instrumentos de laboratorio. Por lo general, los fabricantes harán mención de la exactitud de cada instrumento.

Los instrumentos portables están disponibles para medir parámetros de campo en la estación de muestreo. Estos parámetros incluyen algunos o todos, a saber: Eh, pH, conductividad, temperatura, oxígeno disuelto y turbidez. Algunos proveedores de instrumentos tienen a disposición juegos de campo para las medidores de sulfato alcalinidad, acidez y dureza. No obstante, por lo general, el laboratorio de análisis mide estos últimos parámetros. Los medidores de flujo usualmente requieren la instalación de un vertedero en los Lugares de flujos mayores. Se requerirá un cronómetro y, posiblemente, un calibrador de profundidad o varilla de medición.

<sup>27</sup> Resolución Directoral N° 004-94-EM/DGAA - Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua, publicada el 2 de marzo de 1994.-

(...)

**4.5.2 Toma de Muestras**

(...)

Al momento de tomar las muestras:

Si se tiene que tomar varias botellas de muestra en el mismo lugar, ello deberá hacerse en el mismo tiempo. Si fuera posible, es mejor recolectar una gran muestra y dividirla en submuestras.

<sup>28</sup> La Directriz SNA-acr-12D del Servicio Nacional de Acreditación, que aprueba los criterios para la trazabilidad de las mediciones (Policy on traceability of measurements), la misma que establece características de la trazabilidad aplicables a las mediciones realizadas, entre otros, por los laboratorios de ensayo. Disponible en: <http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/0/fer/acre01/Requisitos/DocGenerales/DirectrizDeTrazabilidad.pdf>



modo de uso y la estabilidad de los equipos, entre otros" (El subrayado es nuestro)

29. De lo expuesto en el Protocolo aprobado por Resolución Directoral N° 004-94-EM/DGAA, no se desprende que para la realización de muestreos en campo deba someterse el equipo de medición a un procedimiento de calibración cada vez que se realiza una supervisión, debiéndose verificar solamente el estado de calibración de dicho equipo, de modo tal que se asegure su correcto funcionamiento.
30. En consecuencia, no existe norma imperativa alguna que establezca una periodicidad u oportunidad en la que se deba practicar la calibración de estos instrumentos. Esto último es ratificado por el Sistema Nacional de Acreditación, conforme a lo descrito en el numeral 27 de la presente resolución, al señalar que su realización depende de diversos factores, sin fijar un intervalo o plazo para la calibración.
31. Ahora bien, en el ítem c) del punto 7 del Anexo N° 02 de las Bases de Selección N° 02-2008-OSINERGMIN-GFM<sup>29</sup>, se establece que la presentación del Certificado de Calibración de los equipos utilizados debe ser parte del contenido mínimo del Informe 2b. En tal sentido, siendo que la empresa supervisora Tecnología XXI S.A. utilizó un pH metro para medir el parámetro pH en campo, debió presentar en el mencionado informe una copia del Certificado de Calibración del mismo.
32. Sin embargo, en el Informe 2b de la Segunda Campaña de Monitoreo Ambiental de Efluentes Mineros-Metalúrgicos en el ámbito geográfico de Ancash, elaborado por Tecnología XXI S.A., con ocasión de la supervisión especial llevada a cabo del 12 al 15 de noviembre de 2008 en las instalaciones de la Unidad Minera Pucarrajo, no consta el certificado de calibración del pH-metro que fue utilizado<sup>30</sup>.
33. En ese contexto, no se tiene certeza de que el análisis del parámetro pH se realizó a través de un equipo debidamente calibrado, al no contar con medio probatorio que acredite su calibración.

Por tanto, al no ser posible determinar el exceso de los LMP respecto del parámetro pH en el punto de control E 3 (EMEL-01), por no tener certeza que el equipo utilizado haya sido debidamente calibrado, se evidencia falta de motivación en la resolución materia de impugnación respecto de la atribución de responsabilidad.

<sup>29</sup> Las bases del proceso de selección N° 02-2008-OSINERGMIN-GFM, es el documento elaborado por la Gerencia de Fiscalización Minera del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería donde se establecieron los requisitos mínimos que debían cumplir las empresas para efectuar la supervisión especial "Monitoreo Ambiental de Efluentes Minero Metalúrgicos en los Ámbitos Geográfico de Trujillo, Arequipa y Ancash. Dicha base se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica:  
[http://www.osinergmin.gob.pe/newweb/uploads/Publico/BASES\\_CONV\\_GFM\\_2008\\_2.pdf](http://www.osinergmin.gob.pe/newweb/uploads/Publico/BASES_CONV_GFM_2008_2.pdf)

<sup>30</sup> A mayor abundamiento, mediante Carta N° 049-213-OEFA/TFA/ST se solicitó a Tecnología XXI S.A. el Certificado de Calibración del equipo pH metro de marca HANNA, modelo HI 98128 de serie S/N, utilizado para evaluar el parámetro pH durante la supervisión especial del 12 al 15 de noviembre del 2008, sin embargo, dicha empresa señaló que a la fecha no contaban con el referido documento.

34. Considerando que constituye requisito de validez de los actos administrativos previstos en el numeral 4 del artículo 3° de la Ley N° 27444<sup>31</sup>, su debida motivación; corresponde declarar la nulidad de la resolución apelada por la causal referida al defecto u omisión de los requisitos de validez del acto administrativo, prevista en el numeral 2 del artículo 10° de la Ley N° 27444<sup>32</sup>; y, en consecuencia, devolver a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos para que proceda conforme a sus atribuciones.

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 Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA y la Resolución N° 005-2011-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA, modificada por la Resolución N° 014-2012-OEFA/CD;

**SE RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR LA NULIDAD** de la Resolución Directoral N° 410-2012-OEFA/DFSAI del 26 de diciembre del 2012; y, en consecuencia retrotraer el procedimiento administrativo sancionador, al momento anterior a la notificación de cargos, devolviendo el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos.



<sup>31</sup> Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001.-  
**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.

<sup>32</sup> Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada 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. (...)  
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.



**ARTÍCULO SEGUNDO.- NOTIFICAR** la presente resolución a NYRSTAR ANCASH S.A. y **REMITIR** el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.



LENIN WILLIAM POSTIGO DE LA MOTTA  
Presidente  
Tribunal de Fiscalización Ambiental



JOSÉ AUGUSTO CHIRINOS CUBAS  
Vocal  
Tribunal de Fiscalización Ambiental



FRANCISCO JOSÉ OLANO MARTINEZ  
Vocal  
Tribunal de Fiscalización Ambiental



HÉCTOR ADRIÁN CHAVARRY ROJAS  
Vocal  
Tribunal de Fiscalización Ambiental

