



EXPEDIENTE N° : 159-09-MA/E
ADMINISTRADO : NYRSTAR ANCASH S.A.¹
UNIDAD MINERA : CONTONGA
UBICACIÓN : PROVINCIA DE HUARI, DEPARTAMENTO DE ANCASH
SECTOR : MINERÍA

SUMILLA: Se sanciona a Nyrstar Ancash S.A., al haberse acreditado durante el procedimiento administrativo sancionador la comisión de las siguientes infracciones:

- (i) **Infracción al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, debido a que ha quedado acreditado la infracción al Límite Máximo Permisible respecto de los parámetros sólidos totales en suspensión, plomo y zinc en el punto identificado como E-17 (PM-04);**
- (ii) **Infracción al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, debido a que ha quedado acreditado la infracción al Límite Máximo Permisible respecto de los parámetros sólidos totales en suspensión y zinc en el punto identificado como E-19 (PM-01A); e**
- (iii) **Infracción al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, debido a que ha quedado acreditado la infracción al Límite Máximo Permisible respecto del parámetro sólidos totales en suspensión en el punto identificado como E-21.**

SANCIÓN: 150 UIT

Lima, 23 de enero de 2014



I. ANTECEDENTES

1. Del 17 al 19 de diciembre del 2009, se realizó la supervisión especial de Monitoreo Ambiental en la Unidad Minera Contonga de la empresa Nyrstar Ancash S.A. (en adelante, Nyrstar) a cargo de la supervisora externa Consorcio SC Ingeniería S.R.L. y HLC S.A.C. (en adelante, la Supervisora).
2. Por Carta N° 103-2010-GG de fecha 06 de enero de 2010, la Supervisora remitió el Informe de los Resultados de la Campaña de Monitoreo N° 021-SCI Y HLC-2009 de la Unidad Minera Contonga (en adelante, el Informe de Supervisión) al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN.
3. Mediante Oficio N° 930-2010-OS-GFM², notificado con fecha 10 de junio de 2010, la Gerencia de Fiscalización Minera del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN informó a Nyrstar el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, según se detalla a continuación:

¹ Antes, Minera Huallanca S.A.

² Folio 90.



N°	Presunta conducta infractora	Norma que tipifica la presunta infracción administrativa	Norma que tipifica la eventual sanción
1	Por encontrarse fuera de los valores establecidos como límites máximos permisibles (en adelante, LMP) respecto de los parámetros sólidos totales en suspensión (en adelante, STS), plomo (en adelante, Pb) y zinc (en adelante, Zn) en el punto de monitoreo identificado como E-17 (Código del Osinergmin) o PM-04 (Código del Ministerio de Energía y Minas), correspondiente al efluente procedente de la bocamina Nivel 360 lado sur, salida de la poza de sedimentación.	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, que aprueba los Niveles Máximos Permisibles para efluentes líquidos minero-metalúrgicos ³ .	Numeral 3.2 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades a aplicarse por incumplimiento de disposiciones del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias, aprobado por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ⁴ .
2	Por encontrarse fuera de los valores establecidos como LMP respecto de los parámetros STS y Zn en el punto de monitoreo identificado como E-19 (Código del Osinergmin) o PM-01A (Código del MEM), correspondiente al efluente procedente de la bocamina Nivel 240 a la salida de las pozas de sedimentación.	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM que aprueba los Niveles Máximos Permisibles para efluentes líquidos minero-metalúrgicos.	Numeral 3.2 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades a aplicarse por incumplimiento de disposiciones del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias, aprobado por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.
3	Por encontrarse fuera de los valores establecidos como LMP respecto del parámetro STS en el punto E-21 (Código del Osinergmin) correspondiente al efluente ubicado a la salida del sistema de pozas de	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM que aprueba los Niveles Máximos Permisibles para efluentes líquidos minero-metalúrgicos.	Numeral 3.2 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades a aplicarse por incumplimiento de disposiciones del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería y sus



Aprueban los niveles máximos permisibles para efluentes líquidos minero-metalúrgicos mediante Resolución Ministerial N° 011-96-EM-VMM.

"Artículo 4°.- Los resultados analíticos obtenidos para cada parámetro regulado a partir de la muestra recogida del efluente minero-metalúrgico, no excederán en ninguna oportunidad los niveles establecidos en la columna "Valor en cualquier Momento", del Anexo 1 ó 2 según corresponda."

ANEXO 1

NIVELES MÁXIMOS PERMISIBLES DE EMISIÓN PARA LAS UNIDADES MINERO-METALÚRGICAS

PARÁMETRO	VALOR EN CUALQUIER MOMENTO	VALOR PROMEDIO ANUAL
pH	Mayor que 6 y Menor que 9	Mayor que 6 y Menor que 9
Sólidos suspendidos (mg/l)	50	25
Plomo (mg/l)	0.4	0.2
Cobre (mg/l)	1.0	0.3
Zinc (mg/l)	3.0	1.0
Fierro (mg/l)	2.0	1.0
Arsénico (mg/l)	1.0	0.5
Cianuro total (mg)*	1.0	1.0

* CIANURO TOTAL, equivalente a 0.1 mg/l de Cianuro Libre y 0.2 mg/l de Cianuro fácilmente dissociables en ácido".

4 Aprueban escala de multas y penalidades a aplicarse por incumplimiento de disposiciones del TUO de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias, mediante Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM 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. (...).



	sedimentación, procedente del nivel 0 (zona inferior de la planta concentradora).		normas reglamentarias, aprobado por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.
--	---	--	--

4. Nyrstar presentó sus descargos, mediante escrito de fecha 18 de junio de 2010⁵, indicando lo siguiente:

El supervisor no se encontraba habilitado

- (i) De acuerdo a los Términos de Referencia elaborados por el OSINERGMIN, las empresas supervisoras deberán presentar profesionales colegiados y habilitados; sin embargo, en la página web del Colegio de Ingenieros del Perú se indica que el ingeniero Carlos Javier Cenzano Flores identificado con C.I.P. N° 43387 que participó en la supervisión en la unidad minera Contonga, figura como colegiado pero no habilitado.

Respecto del Hecho Imputado N° 1: Exceder el LMP en los parámetros STS, Pb y Zn en el punto de control E-17

- (i) En el Informe de Supervisión se indica con respecto al punto de control E-17, que el caudal tiene valores entre 0.12 y 0.27 L/s; sin embargo, de la revisión de la Fotografía N° 1 se observa un pequeño flujo de agua.
- (ii) Para medir el escaso caudal, la Supervisora sólo contaba con el correntómetro lo que habría originado un error de medición e incumplimiento al Protocolo de Monitoreo de Agua.
- (iii) Con respecto a la presunta superación de los LMP en el parámetro STS, la empresa alega que los resultados son consecuencia de lo dificultoso que le resultó a la Supervisora tomar la muestra, por lo que también se habrían arrastrado sólidos al frasco generado incremento de este parámetro en los resultados.
- (iv) En lo que respecta al presunto exceso de los LMP en el parámetro Zn en 4 oportunidades, la empresa alega que uno de los muestreos fue realizado en agua estancada en la poza de sedimentación; mientras, que los otros tres resultados se originaron a causa de que se arrastraron sólidos lo que habría originado el incremento del parámetro Zn.
- (v) Nyrstar también considera que debido al caudal poco significativo, la superación de los LMP no generaría impactos ambientales significativos.

Efluente del punto de control E-18

- (i) Durante la presente campaña, la Supervisora ha monitoreado en el punto PM-08A y no en el PM-08. En tal sentido, rectificó el error evidenciado en la supervisión previa realizada los días 5, 6 y 9 de noviembre de 2009 donde se monitoreó en el punto de control PM-08.
- (ii) En el Informe de Supervisión se precisa; "Agua retenida sin flujo, la comparación con la R.M. N° 011-96-EM/VMM es referencial". Por lo tanto, los



⁵ Folios 92 al 130.



dos muestreos realizados en el punto de control E-18, no debieron ejecutarse por no existir flujo alguno.

- (iii) Adicionalmente, de la revisión de la fotografía N° 4 se observa que se colectó la muestra en la tubería de entrada a la poza de sedimentación. Por tanto, los dos valores de Zn presuntamente por encima del LMP, corresponden a un lugar donde aún no se completó el tratamiento del efluente E-18.

Respecto del Hecho Imputado N° 2: Exceder el LMP en los parámetros STS y Zn en el punto de control E-19

- (i) Los valores señalados en el Informe de Supervisión fueron determinados por debajo del límite de detección del laboratorio; excepto, por el valor del 18 de diciembre de 2009 a las 05:17 horas, donde se registró 73.7 mg/L, valor ligeramente superior al LMP.
- (ii) Respecto de este resultado, el informe de Supervisión señala: "valor alto de STS por desbordes de descarga de lluvia", es decir, la ocurrencia de lluvias habría incidido al momento del muestreo.
- (iii) El promedio de los 8 valores de los muestreos para el parámetro STS resulta ser 16 mg/L, lo cual demuestra que el resultado de 73.7mg/L es incongruente con dicha data.
- (iv) El resultado de 73.7 mg/L respecto del parámetro STS es incongruente con los resultados reportados por nuestra empresa el 27 de setiembre de 2009 respecto del mismo parámetro.
- (v) En lo que respecta a los valores para el parámetro Zn, se registraron valores atípicos de 5.52 mg/L y 5.49 mg/L del 17 de diciembre de 2009; sin embargo, los 7 monitoreos restantes se encontraron por debajo del LMP o ligeramente por encima siendo el promedio resultante de 1.95 mg/L.



Respecto del Hecho Imputado N° 3: Exceder el LMP en el parámetro STS en el punto de control E-21

- (i) El punto de control E-21 no es un punto de monitoreo oficial declarado en el EIA de Reinicio de Operaciones ya que no se trata de un efluente líquido minero-metalúrgico porque confluye con aguas de escorrentía las que en tiempo de lluvias, como en el presente caso, ingresan con sólidos en suspensión incrementando el nivel de este parámetro; adicionalmente, este efluente también recoge aguas que provienen de la laguna Contonga.
- (ii) Nyrstar alega que cumplirá con la recomendación formulada por la Supervisora y ejecutará los trabajos encargados.
- (iii) Los resultados del muestreo en el punto de control E-21 registran valores entre 66 a 138 mg/L; sin embargo, las demás mediciones para el parámetro STS se mantuvieron por debajo de los LMP.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

5. Mediante la presente resolución se pretende determinar lo siguiente:



- (i) Si se configuró la infracción al LMP respecto de los parámetros STS, Pb y Zn en el punto identificado como E-17 (PM-04);
- (ii) Si se configuró la infracción al LMP respecto de los parámetros STS y Zn en el punto identificado como E-19 (PM-01A);
- (iii) Si se configuró la infracción al LMP respecto del parámetro STS en el punto identificado como E-21; y,
- (iv) De ser el caso, determinar la sanción que corresponda.

III. CUESTIONES PREVIAS

III.1 Competencia del OEFA

- 6. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013⁶ que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA.
- 7. Al respecto, el artículo 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), modificado posteriormente por la Ley N° 30011⁷ publicada con fecha 26 de abril de 2013, establece como funciones generales del OEFA, la función evaluadora, supervisora directa, supervisora de entidades públicas, fiscalizadora, sancionadora y normativa.
- 8. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley del SINEFA⁸, establece que el OEFA asumirá las funciones de evaluación, supervisión,



Decreto Legislativo N° 1013 que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente

Segunda Disposición Complementaria Final

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 Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, modificada por la Ley N° 30011

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

- 8 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.

(...)



fiscalización, control y sanción en materia ambiental que las entidades sectoriales se encuentran ejerciendo.

9. Con Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, se inicia el proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA.
10. En este sentido, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD publicada el 23 de julio de 2010, se aprueban los aspectos objeto de la transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería entre el OSINERGMIN y el OEFA, estableciéndose como fecha efectiva de transferencia de funciones el 22 de julio de 2010.
11. En consecuencia, en la medida que el presente expediente fue derivado por el OSINERGMIN al OEFA, en el marco de la transferencia de funciones antes mencionada, esta Dirección resulta competente para pronunciarse sobre el presente caso.

III.2 El derecho a gozar de un medio ambiente sano y equilibrado

12. La Constitución Política del Perú señala en su artículo 2°, numeral 22⁹ que constituye derecho fundamental de la persona gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida¹⁰.
13. De esa forma, mediante esta manifestación se exige que las leyes se apliquen conforme a este derecho fundamental (efecto de irradiación de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico) e impone a los organismos públicos el deber de tutelarlos y a los particulares de respetarlos, tal y como se señala en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC¹¹.
14. Asimismo y con relación al ambiente, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (en adelante, LGA)¹², señala 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

⁹ Constitución Política del Perú

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.

¹⁰ El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC refiere que el derecho fundamental previsto en el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política se encuentra integrado por:

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

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, véase en la página web del Tribunal Constitucional del Perú: [<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>]

¹² 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.





de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.

15. 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 orientadas 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. Lo expuesto se condice con el concepto de Responsabilidad Social de las empresas, que ha sido desarrollado por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente citado en el párrafo 13, 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 (...).

17. En este sentido, habiéndose delimitado el marco constitucional del derecho al ambiente sano, corresponde establecer que las normas sectoriales de protección y conservación del ambiente, como son en el presente caso la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, que aprueba los niveles máximos permisibles para efluentes líquidos minero-metalúrgicos; y, la 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, deben interpretarse y aplicarse dentro del citado contexto constitucional.



III.3 Norma procesal aplicable

18. En aplicación del principio del debido procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG) debe establecerse la norma procedimental aplicable al presente procedimiento administrativo sancionador.
19. A la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN aprobado por Resolución N° 233-2009-OS/CD del 02 de diciembre de 2009.
20. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD del 07 de diciembre de 2012 se aprobó el nuevo Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA (en adelante, RPAS), que entró en vigencia el 14 de diciembre de 2012. A través de su artículo 3° se estableció que las disposiciones de carácter procesal contenidas en el nuevo Reglamento se aplicarán a los procedimientos administrativos sancionadores en trámite, en la etapa en que se encuentren.
21. En tal sentido, corresponde aplicar las disposiciones procesales contenidas en el nuevo Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA al presente caso.



III.4 Los hechos comprobados en el ejercicio de la función supervisora

22. El artículo 165¹³ de la LPAG establece que los informes de supervisión cuentan con la presunción de veracidad por tratarse de hechos comprobados con ocasión del ejercicio de la función supervisora; asimismo, el artículo 16° del RPAS señala que los informes técnicos, actas de supervisión u otros documentos similares constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos se presume cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirma¹⁴.
23. Por consiguiente, los hechos constatados por los funcionarios públicos, quienes tienen la condición de autoridad, y que se precisen en un documento público observando lo establecido en las normas legales pertinentes, adquirirán valor probatorio dentro de un procedimiento administrativo sancionador, sin perjuicio de las pruebas que puedan aportar los administrados en virtud de su derecho de defensa.
24. Adicionalmente, es pertinente indicar que el levantamiento del acta y los informes emitidos en mérito a una visita de inspección por parte de la autoridad competente constituyen un acto administrativo de juicio o de puro conocimiento en el cual se deja constancia de aquello de lo que se ha percatado el inspector durante la supervisión, permitiéndose así a la administración adoptar las medidas requeridas por las circunstancias particulares en cada caso en concreto, conforme a las normas legales aplicables¹⁵.
25. En atención a lo señalado se concluye que, el Informe de Supervisión constituye un medio probatorio fehaciente, al presumirse cierta la información contenida en ella, sin perjuicio del derecho del administrado de presentar medios probatorios que demuestren lo contrario.



IV. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

IV.1 El supervisor no se encontraba habilitado

26. Nyrstar señala que de acuerdo a los Términos de Referencia elaborados por el OSINERGMIN, las empresas supervisoras deben presentar profesionales colegiados y habilitados; sin embargo, en la página web del Colegio de Ingenieros del Perú se indica que el ingeniero Carlos Javier Cenzano Flores (C.I.P. N° 43387), que participó en la supervisión en la unidad minera Contonga, figura como colegiado pero no como habilitado.

¹³ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General
Artículo 165°.- Hechos no sujetos a actuación probatoria
No será actuada prueba respecto a hechos públicos o notorios, respecto a hechos alegados por las partes cuya prueba consta en los archivos de la entidad, sobre los que se haya comprobado con ocasión del ejercicio de sus funciones, o sujetos a la presunción de veracidad, sin perjuicio de su fiscalización posterior.

¹⁴ Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD
Artículo 16°.- Documentos públicos
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.

¹⁵ SOSA WAGNER, Francisco. *El Derecho Administrativo en el Umbral del Siglo XXI*. Tomo II. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000, p. 1611.



27. Sobre el particular, cabe indicar que Nyrstar presentó una ficha de "Búsqueda de Colegiados" impresa de la página web del Colegio de Ingenieros del Perú la que indica como fecha de búsqueda el 16 de junio de 2010; sin embargo, la supervisión se realizó del 17 al 19 de diciembre del 2009. Por esta razón, la ficha presentada por Nyrstar no genera certeza de que durante la realización de la supervisión el ingeniero Cenzano se haya encontrado inhabilitado.
28. Sin embargo, el Tribunal de Fiscalización Ambiental (en adelante, TFA) ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este aspecto en la Resolución N° 082-2013-OEFA/TFA, recaído en el Expediente N° 157-09-MA/E, indicando lo siguiente¹⁶:

Sin embargo, NYRSTAR ANCASH ha cuestionado la habilitación para el ejercicio de la profesión del Ingeniero Carlos Javier Cenzano Flores durante los días en que se desarrolló la supervisión que originó el presente procedimiento, esto es, del 17 al 19 de diciembre de 2009. Por tal motivo, en aplicación del principio de verdad material previsto en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 mediante Oficio N° 010-2013-OEFA/TFA/ST del 18 de enero de 2013 (Foja 198), este Tribunal Administrativo formuló consulta al Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú sobre la habilidad de dicho supervisor durante el período indicado.

En respuesta a esa solicitud, mediante Carta N° 045-2013-/LCHA/DS/CD/CIP, del 23 de enero de 2013 (Foja 200), el Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú informó que el Ingeniero Carlos Javier Cenzano Flores se encontraba habilitado para ejercer su profesión durante todo el mes de diciembre del año 2009.

(El resaltado es agregado)

29. En tal resolución, el TFA resolvió indicando que el ingeniero Carlos Javier Cenzano Flores se encontraba habilitado para ejercer la profesión en el mes de diciembre de 2009.



A mayor análisis, de la revisión del Expediente N° 157-09-MA/E¹⁷, se tiene la Carta N° 045-2013/LCHA/DS/CDL/CIP, de fecha 23 de enero de 2013 y emitida por el Colegio de Ingenieros del Perú, donde se detalla que:

"Al respecto, debemos indicar que el Ing. Carlos Javier Cenzano Flores se encontraba habilitado para poder ejercer la profesión todo el mes de Diciembre de 2009".

(El subrayado es agregado)

31. Por tales fundamentos, queda desvirtuado lo alegado por la administrada, en este extremo.

IV. 2 Marco teórico del incumplimiento de los LMP: artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

32. El LMP es la medida de la concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente. Su cumplimiento es exigible legalmente¹⁸.

¹⁶ Disponible en el página web del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA: (http://www.oefa.gob.pe/?page_id=25498)

¹⁷ Folio 200 del Expediente N° 157-09-MA/E.

¹⁸ Ley N° 28611, Ley General del Ambiente.
Artículo 32°.- Del Límite Máximo Permisible

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



33. Sobre el particular, Andaluz Westreicher indica lo siguiente¹⁹:

"Los LMP sirven para el control y fiscalización de los agentes que producen efluentes y emisiones, a efectos de establecer si se encuentra dentro de los parámetros considerados inocuos para la salud, el bienestar humano y el ambiente. Excederlos acarrea responsabilidad administrativa, civil o penal, según sea el caso".

34. Por su parte, el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/MM, establece que 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.
35. En tal sentido, en el presente extremo se determinará si Nyrstar incumplió o no los LMP de los parámetros STS, Pb y Zn en el punto de control E-17 (PM-04), de los parámetros STS y Zn en el punto de control E-19 (PM-01A), y el parámetro STS en el punto de control E-21.
36. De la revisión del Informe de Supervisión, se observa lo siguiente:

- (i) Se efectuó la evaluación de monitoreo ambiental, tomándose muestras en los siguientes puntos de monitoreo²⁰:

Código		Descripción
OSINERGMIN	MEM	
E-17	PM-04	Aguas procedentes de la bocamina Nivel 360 lado Sur, salida de la poza de sedimentación.
E-19*	PM-01A	Salida de la bocamina Nv-240 después de poza de sedimentación.
E-21	**	Salida del sistema de poza de sedimentación, procedente del Nivel 0. (Zona inferior de la Planta Concentradora.)

* Puntos reubicados según R.D. N° 386-2009-MEM/AMM.

** No se encuentra establecido en el Estudio de Impacto Ambiental del Reinicio de Operaciones Minero Metalúrgicas U.E.A. Contonga, como punto de control, ni en la R.D. N° 386-2009-MEM/AAM.

- (ii) Estas muestras fueron analizadas por el Laboratorio Inspectorate Services Perú S.A.C., que se encuentra acreditado por el INDECOPi con Registro N° LE-031, cuyos resultados se sustentan en los informes de Ensayo con valor Oficial N° 1211411L/09-MA²¹, 1211415L/09-MA²², 1211457L/09-MA²³, y 1211461L/09-MA²⁴.
- (iii) Del análisis de las muestras tomadas, se determinó que los valores obtenidos, exceden los LMP establecido en la columna "Valor en cualquier

conforman el Sistema Nacional de Gestión Ambiental. Los criterios para la determinación de la supervisión y sanción serán establecidos por dicho Ministerio.

¹⁹ ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*. Segunda edición. Lima: Proterra, 2006, p. 433.

²⁰ Folio 09.

²¹ Folio 37.

²² Folio 40.

²³ Folio 43.

²⁴ Folio 46.





Momento" del anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, de acuerdo al siguiente detalle:

Valores respecto del punto de control E-17 (PM-04)

Punto de monitoreo	Parámetro	LMP según Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM/VMM	Día	Resultado de la Supervisión
E-17 (PM-04)	STS	50 mg/l	17/12/09 (11:50 horas)	124.0 (folio 13)
			18/12/09 (04:09 horas)	54.8 (folio 13)
			18/12/09 (19:00 horas)	90.8 (folio 13)
			19/12/09 (11:40 horas)	143.6 (folio 13)
	Pb	0.4 mg/L	19/12/09 (11:40 horas)	0.4600 (folio 13)
	Zn	3.0 mg/l	17/12/09 (05:10 horas)	23.3404 (folio 13)
			17/12/09 (11:50 horas)	30.9158 (folio 13)
			18/12/09 (04:09 horas)	30.9387 (folio 13)
			18/12/09 (19:00 horas)	35.4254 (folio 13)

Valores respecto del punto de control E-19 (PM-01A)



Punto de monitoreo	Parámetro	LMP según Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM/VMM	Día	Resultado de la Supervisión
E-19 (PM-01A)	STS	50 mg/l	18/12/09 (05:17 horas)	73.7 (folio 15)
			17/12/09 (06:30 horas)	5.5203 (folio 15)
	Zn	3.0 mg/l	17/12/09 (12:50 horas)	5.4941 (folio 15)
			18/12/09 (05:17 horas)	3.1063 (folio 15)
			18/12/09 (12:15 horas)	3.2119 (folio 15)
			19/12/09 (05:05 horas)	3.7545 (folio 15)
			19/12/09 (05:05 horas)	3.7545 (folio 15)

Valores respecto del punto de control E-21

Punto de monitoreo	Parámetro	LMP según Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM/VMM	Día	Resultado de la Supervisión
E-21	STS	50 mg/l	17/12/09 (07:20 horas)	96.9 (folio 16)
			18/12/09 (06:03 horas)	138.7 (folio 16)
			19/12/09 (06:20 horas)	66.6 (folio 16)
			19/12/09 (13:10 horas)	127.4 (folio 16)
			19/12/09 (13:10 horas)	127.4 (folio 16)



IV.2.1 Hecho Imputado N° 1: Exceder el LMP en los parámetros STS, Pb y Zn en el punto de control E-17 (PM-04)

37. Nyrstar señala que en el Informe de Supervisión se indica que el caudal tiene valores entre 0.12 y 0.27 L/s; sin embargo, de la revisión de la Fotografía N° 1 se observa un pequeño flujo de agua.
38. Sobre el particular, en el Cuadro N° 3.3 del Informe de Supervisión se detalla el caudal detectado en el punto de control E-17 (PM-04)²⁵:

Cuadro N° 3.3
Resultados de las Campañas de Monitoreo 2009 - Efluentes
Código de Monitoreo 2009: E17
Código MEM: PM-04

Parámetro	Resultados de Monitoreo: Diciembre 2009								
	DIA 1 (17/12/09)			DIA 2 (18/12/09)			DIA 3 (19/12/09)		
	1º Turno (05:10 hr.)	2º Turno (11:50 hr.)	3º Turno (20:03 hr.)	1º Turno (04:09 hr.)	2º Turno (12:00 hr.)	3º Turno (19:00 hr.)	1º Turno (04:45 hr.)	2º Turno (11:40 hr.)	3º Turno (20:00 hr.)
Caudal (L/s)	*	0.13	*	0.27	*	0.27	*	0.12	*

(1) LMP: Limite máximo permisible, R.M. N° 011-96-EM/VMM - Anexo 1

(*) Agua retenida en la poza de sedimentación y sin flujo, la comparación con la R.M. N°011-96-EM/VMM es referencial.

39. Por otra parte, la Fotografía N° 1 del anexo F del Informe de Supervisión, a la que hace referencia la empresa, es la que se muestra a continuación²⁶:



FOTO N° 1: Pequeño flujo de agua durante la toma de muestra en el punto de monitoreo E17 (PM-04), efluente que procede de la bocamina Nivel 360 lado Sur.

40. De la foto presentada se evidencia que ésta fue tomada el día 17 de diciembre de 2009 a las 05:13 horas (1º turno), cuando los valores para el caudal a los que hace referencia la empresa fueron detectados los días 17 de diciembre (2º turno), 18 de diciembre (1º y 3º turno) y 19 de diciembre (3º turno). En tal sentido, la Fotografía N° 1 no coincide temporalmente con los días ni turnos en los que la empresa señala

²⁵ Folio 13.

²⁶ Folio 77.



se detectaron valores para el caudal entre 0.12 y 0.27 L/s., por lo que queda desvirtuado lo alegado por la administrada, en este extremo.

41. Nyrstar también alega que para medir el escaso caudal la supervisora sólo contaba con un instrumento llamado correntómetro, lo que habría originado un error de medición e incumplimiento del Protocolo de Monitoreo de Agua.
42. Cabe señalar que de la revisión del Informe de Supervisión no se desprende ni se señala que se haya utilizado o no un correntómetro; es más, la empresa tampoco ha aportado medio probatorio alguno a fin de acreditar este hecho.
43. Sin perjuicio de lo señalado, es preciso indicar que el correntómetro es un instrumento de medición que sólo mide la velocidad de flujo de agua, más no los parámetros que son objeto del presente procedimiento administrativo sancionador. En este sentido, se ha dicho sobre la función del correntómetro lo siguiente²⁷:

Método del correntómetro o molinete

En este método, la velocidad del agua se mide por medio de un instrumento llamado "correntómetro" que mide un punto dado de la masa de agua.

44. Por tanto, en el supuesto que la medición del caudal se haya realizado solamente con el correntómetro, los resultados de las mediciones de los parámetros no se verían influenciados ya que éstos fueron determinados mediante los Informes de Ensayo expedidos por Inspectorate Services Perú S.A.C., quedando desvirtuado lo alegado por la administrada, en este extremo.
45. Nyrstar también alega que respecto a la presunta vulneración de los LMP en el parámetro STS, los resultados fueron consecuencia de lo difícil que le resultó la toma de muestra a la Supervisora, por lo que se habría originado un arrastre de sólidos al frasco que contenía la muestra.
46. La Supervisora no ha dejado constancia de este presunto hecho en el Informe de Supervisión, ni la empresa ha presentado medio probatorio que acredite dichas afirmaciones. Sin perjuicio de lo anterior, es preciso indicar que en el punto de control E-17 (PM-04), como lo muestra la Fotografía N° 1 del Informe de Supervisión, se ubica a la salida de la poza de sedimentación.
47. En tal sentido, si existió arrastre de STS en dicho muestreo sólo pudo deberse a sedimentos provenientes de las descargas realizadas por la propia empresa minera. Por esto, los excesos de los LMP en el parámetro STS obedecen a la negligencia de Nyrstar. Por tales consideraciones, queda desvirtuado lo alegado por la administrada, en este extremo.
48. En lo que corresponde a la presunta vulneración de los LMP respecto del parámetro Zn en 4 oportunidades, la empresa señala que uno de los muestreos fue realizado en agua estancada en la poza de sedimentación; mientras, que los otros tres resultados se originaron debido a un arrastre de sólidos.
49. La toma de muestra del primer turno (05:10 hr.) del día 17 de diciembre se realizó en la poza de sedimentación, como se detalla en el siguiente cuadro²⁸:



²⁷ Franquet i Bernis, Josep María, *Calculo Hidráulico de las Conducciones Libres y Forzadas, una aproximación de los métodos estadísticos*. Primera edición, noviembre de 2005, edición con el patrocinio de la Universidad Internacional de Cataluña y de la Asociaciones de Ingenieros Agrónomos de Cataluña. Página 510.

²⁸ Folio 13.



Cuadro N° 3.3
Resultados de las Campañas de Monitoreo 2009 - Efluentes
Código de Monitoreo 2009: E17
Código MEM: PM-04

Parámetro	Resultados de Monitoreo: Diciembre 2009									LMP ⁽¹⁾
	DIA 1 (17/12/09)			DIA 2 (18/12/09)			DIA 3 (19/12/09)			
	1º Turno (05:10 hr.)	2º Turno (11:50 hr.)	3º Turno (20:03 hr.)	1º Turno (04:09 hr.)	2º Turno (12:00 hr.)	3º Turno (19:00 hr.)	1º Turno (04:45 hr.)	2º Turno (11:40 hr.)	3º Turno (20:00 hr.)	
Caudal (L/s)	*	0.13	*	0.27	*	0.27	*	0.12	*	-
Zn (mg/L)	23.3404	30.9158	*	30.9387	*	35.4254	*	0.8731	*	3

(1) LMP: Límite máximo permisible, R.M. N° 011-96-EM/VMM - Anexo 1

(*) Agua retenida en la poza de sedimentación y sin flujo, la comparación con la R.M. N°011-96-EM/VMM es referencial.

(Subrayado agregado)

50. En tal sentido, al haberse tomado la muestra en el agua retenida en la poza de sedimentación y sin flujo esta no corresponde a un efluente líquido minero-metalúrgico ya que según lo dispuesto en el artículo 13° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM²⁹ los efluentes minero-metalúrgicos se definen como un "flujo descargado al ambiente (...)".
51. Adicionalmente, al haberse tomado la muestra en la poza de sedimentación y no a la salida de la misma, que es cuando entra en contacto con el medio ambiente, no se cumple con la descripción de efluente líquido minero-metalúrgico ya señalada en el párrafo anterior.
52. Por lo antes expuesto, corresponde el archivo de la presente imputación en el extremo relacionado al exceso de los LMP respecto del parámetro Zn en el punto de control E-17 presuntamente detectado el día 17 de diciembre de 2009 en el primer turno (05:10 hr).
53. En lo que respecta al presunto arrastre de sólidos al frasco, generando incremento del parámetro Zn se debe reiterar que de la revisión del Informe de Supervisión no se detalla que haya existido arrastre alguno, además la administrada no ha adjuntado medio probatorio que acredite tal situación.
54. Sin perjuicio de lo anterior, es preciso indicar que para realizar las mediciones del parámetro Zn las muestras deben filtrarse previamente por lo que se retienen las partículas en suspensión obteniéndose el Zn disuelto para luego ser analizado en el laboratorio. En efecto, de la revisión de los Informes de Laboratorio en el presente caso se indican que las muestras fueron filtradas³⁰.

²⁹ Aprueban los Niveles Máximos Permisibles para efluentes líquidos minero-metalúrgicos, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

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 (...)

³⁰ Folios 38, 40 y 44.





55. Por lo tanto, queda descartado un presunto arrastre de sólidos que haya podido afectar los resultados para el parámetro Zn disuelto, quedando desvirtuado lo alegado por la administrada, en este extremo.
56. Nyrstar también señala que debido al caudal poco significativo proveniente de este punto de monitoreo no se generarían impactos ambientales significativos.
57. Al respecto, el cuarto párrafo del considerando de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM estableció lo siguiente:

“Que, es necesario establecer los Niveles Máximos Permisibles de los elementos contenidos en los efluentes líquidos de la industria minero-metalúrgica con la finalidad de controlar los vertimientos producto de sus actividades y contribuir efectivamente a la protección ambiental”.

58. En tal sentido, esta norma busca controlar la concentración en los efluentes minero-metalúrgicos que generen impactos negativos al medio ambiente. A su vez, la norma en mención se debe concordar con el numeral 32.1 del artículo 32° de la LGA al señalar que “El Límite Máximo Permissible – LMP (...) al ser excedido causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente”.
59. De lo antes expuesto, se desprende que los LMP tienen como objetivo evitar los impactos ambientales negativos, puesto que si éstos son excedidos causan o puede causar daño a la salud, al bienestar humano o al ambiente.



A su vez, en el Anexo N° 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM se establece que el exceso de los LMP se mide en función al grado de concentración de los parámetros y no en función del caudal. Por lo tanto, al haberse excedido los parámetros STS, Pb y Zn en el punto de control E-17, se generó una situación de daño potencial sobre el medio ambiente, sin importar el volumen del caudal sino la concentración de los parámetros.

61. Por lo tanto, queda desvirtuado lo alegado por la administrada respecto del presunto hecho imputado.

IV.2.2 El efluente del punto de control E-18

62. Cabe señalar que según el Oficio N° 930-2010-OSA-GFM del 07 de junio de 2010, la Gerencia de Fiscalización Minera del OSINERGMIN inició el presente procedimiento administrativo sancionador por las siguientes imputaciones³¹:

Código		Descripción	Parámetros incumplidos	Cuerpo Receptor
OSINERGMIN	MEM			
E-17	PM-04	Aguas procedentes de la bocamina Nivel 360 lado sur, salida de la poza de sedimentación	Sólidos totales en suspensión, plomo, y zinc	Laguna Contonga
E-19	PM-01A	Aguas procedentes de la bocamina Nivel 240, a la salida de las pozas de sedimentación	Sólidos totales en suspensión y zinc	Laguna Contonga
E-21	--	Salida del sistema de pozas de sedimentación, procedente del nivel 0. (Zona interior de la Plata Concentradora)	Sólidos totales en suspensión	Laguna Pajuscocha

³¹ Folio 90.



63. Entonces, se colige que el punto de control E-18 no es objeto del presente procedimiento administrativo sancionador por lo que no corresponde pronunciarse al respecto.
64. En tal sentido, según lo señalado por el Tribunal de Fiscalización Ambiental en la Resolución N° 283-2012-OEFA/TFA, cuando lo alegado por el administrado no guarde relación con los hechos materia de sanción debe ser desestimado por impertinente³². Por lo tanto, los argumentos referidos al punto de control E-18 deben declararse impertinentes.
65. En atención a lo anterior, esta Dirección no analizará los descargos referidos al punto de control E-18.

IV.2.3 Hecho Imputado N° 2: Exceder el LMP en los parámetros STS y Zn en el punto de control E-19 (PM-01A).

66. Nyrstar señala que los valores detectados en el Informe de Supervisión en el punto de control E-19, respecto del parámetro STS, se encontraban por debajo del límite de detección del laboratorio; excepto, por el valor del 18 de diciembre de 2009 a las 05:17 horas, donde se registró 73.7 mg/L, valor ligeramente superior al LMP.
67. Cabe indicar que la infracción al artículo 4° de la Resolución Ministerial 011-96-EM/VMM se verifica con el incumplimiento del valor de los LMP en cualquier momento. En este mismo sentido, el Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua del Ministerio de Energía y Minas³³ (en adelante, el Protocolo de Monitoreo), indica que las muestras que se toman son puntuales, detallando lo siguiente:

Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua del Sub Sector Minería.

Ministerio de Energía y Minas.

4.3 Tipos de Muestras

(...)

Muestras tomadas al azar (puntuales): El tipo de muestra más común para el monitoreo regular de las aguas superficiales en la mina es una muestra "tomada al azar o puntual". La muestra se colecta en determinado momento y lugar en el recorrido del flujo de agua. (...).

(El subrayado es agregado)

68. Por lo tanto, para que se configure el supuesto de hecho establecido en el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM no se requiere regularidad o frecuencia superando los LMP, en razón a que, la infracción se configura con la superación de estos valores en cualquier momento, quedando desvirtuado lo alegado por la administrada.
69. Nyrstar también alega que en el informe de Supervisión, respecto de este resultado, se indica: "valor alto de STS por desbordes de descarga de lluvia", es decir, la ocurrencia de lluvias incidió en el valor de los STS al momento del muestreo.

³² Véase en la página web del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental. *Resoluciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental – año 2012.* [http://www.oefa.gob.pe/?page_id=165] Fecha de consulta: 29 de agosto de 2013.

³³ Mediante Resolución N° 004-94-EM/DGAA de fecha 28 de febrero de 1994, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02 de marzo de 1994, se aprobó la publicación de las Guías de Monitoreo de Agua (Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua de la actividad minero metalúrgica). Véase en la página web del Ministerio de Energía y Minas. [<http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/dgaam/guias/procaliagua.pdf>]



70. En efecto, de la revisión del Informe de Supervisión se observa que en el cuadro referido a los "Resultados de las Campañas de Monitoreo 2009-Efluentes" en relación al punto de control E-19 (PM-01A) para el parámetro STS, se indicó: "(*) valor alto de STS por desborde de descarga por lluvia"³⁴.
71. En tal sentido, la responsabilidad legal establecida en el artículo 5° del RPAAMM señala que el titular minero es responsable por los excesos de los LMP que se produzcan en sus instalaciones mineras, y sólo puede eximirse si se demuestra la de ruptura del nexo causal.
72. En atención a ello, el numeral 4.3 del artículo 4° del RPAS establece como supuestos de ruptura del nexo causal los siguientes³⁵: (i) caso fortuito, (ii) fuerza mayor; y, (iii) hecho determinante de tercero³⁶.
73. En el presente caso, se habría reportado un valor alto de STS por el desborde del agua de lluvia, hecho que podría subsumirse en un supuesto de ruptura del nexo causal por caso fortuito; sin embargo, como ha mencionado Guerrero Zaplana, no todo hecho natural configura una ruptura de nexo causal, por lo cual ha indicado lo siguiente³⁷:

"El Tribunal Supremo señala que no puede considerarse fuerza mayor exonerante de responsabilidad, dada la previsibilidad del desbordamiento del Jucar y los efectos negativos que para la evacuación normal de los campos inundados suponía la ausencia de desagües suficientes".

Entonces, corresponde analizar si en el presente caso existió imprevisibilidad como elemento que configure el caso fortuito³⁸.



³⁴ Folio 15.

³⁵ Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD.
Artículo 4° Responsabilidad administrativa del infractor

(...)

4.3 En aplicación de la responsabilidad objetiva, una vez verificado el hecho constitutivo de la infracción administrativa, el administrado investigado podrá eximirse de responsabilidad sólo si logra acreditar de manera fehaciente la ruptura de nexo causal, ya sea por caso fortuito, fuerza mayor o hecho determinante de tercero.

³⁶ De Trazegnief Granda indica la siguiente distinción entre caso fortuito, fuerza mayor y hecho determinante de tercero: "Desde el punto de vista histórico-doctrinario es posible hablar del caso fortuito como de un hecho natural (acto de Dios) que impide el cumplimiento de la obligación o que, en el caso de la responsabilidad extracontractual, genera el daño; en cambio, la force majeure ha sido vinculada a una intervención irresistible de la autoridad o factum principis (acto del Príncipe)". De Trazegnief Granda, Fernando, La Responsabilidad Extracontractual. Vol. IV – Tomo II Biblioteca para leer el Código Civil, Fondo Editorial 2001. Página 330.

"Entonces, más precisamente, la ruptura causal implica que un presunto "autor", no es el autor; y que, más bien, otro es el verdadero autor". De Trazegnief Granda. Página 358.

³⁷ Guerrero Zaplana, José. La Responsabilidad Medioambiental en España. Editorial LA LEY. Madrid, 2010. Página 246.

³⁸ De Trazegnief Granda señala los requisitos del caso fortuito:

(a) El hecho debe ser extraordinario; y por ello se entiende que ello no constituya un riesgo típico de la actividad o cosa generadora del daño.

(...)

Si aplicamos las categorías de SÚS (riesgo típico y riesgo atípico) podríamos decir que los daños producidos por tal bomba son un caso fortuito (o, más propiamente, un hecho de tercero, como veremos después), porque el riesgo de terrorismo es atípico para una actividad de exhibición de películas. Pero si el incendio dentro del cine se hubiera producido porque la colilla arrojada por un espectador incendió las cortinas y convirtió al local en una hoguera, el empresario sería responsable aunque pudiera probar que ejerció la mayor diligencia y que de ninguna manera existe culpa de su parte; porque en este caso estaríamos ante un riesgo típico de la exhibición cinematográfica. Dentro de este orden de ideas, la bomba en el cine sería un hecho extraordinario (atípico); por el contrario, un incendio originado por el descuido de un espectador (aun si se prueba la ausencia de culpa de la empresa exhibidora), no lo sería.



75. De la Fotografía N° 5 del Informe de Supervisión³⁹, se observa que la salida de la poza de sedimentación se debió haber construido de tal manera que no tenga influencia de factores externos, como grava, sedimentos, maleza u otros. Esta salida pudo ser construida de concreto, tubería de plástico u otro material que evite la presencia de factores externos; sin embargo, la administrada no ha tomado estas medidas de previsión, como se muestra a continuación:

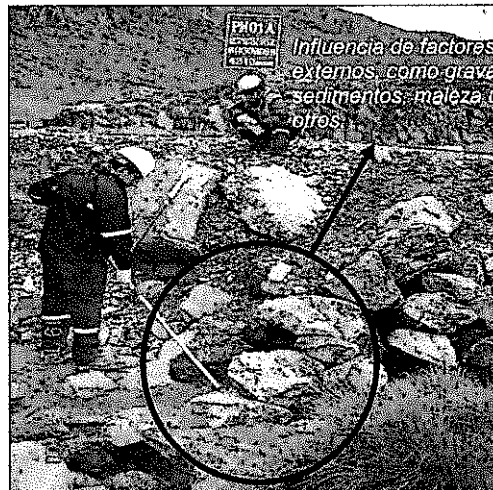


FOTO N° 5: Toma de muestra del efluente procedente del nivel 240, en el punto E19 (PM-01A), a la salida de las pozas de sedimentación

76. Es así que incluso en el supuesto de que el exceso de LMP del parámetro STS obedeciese a las lluvias, este hecho era previsible por la empresa y pudo ser evitado con una mejor estructura de la descarga de efluentes. Por lo tanto, queda desvirtuado lo alegado por la administrada en este extremo.
77. Nyrstar también señala que el promedio de los 8 valores de los muestreos para el parámetro STS resulta ser 16 mg/L, lo cual demuestra que el resultado de 73.7mg/L es incongruente con dicha data.
78. Cabe remitirnos al análisis realizado en los párrafos 67 y 68, en los cuales se concluye que las muestras son puntuales y que la infracción se configura con el exceso de los LMP en cualquier momento, no requiriendo que se encuentre relacionado a las otras muestras. Por lo tanto, lo alegado por la administrada queda desvirtuado.

(b) El hecho debe ser notorio o público y de magnitud.

(...)

La notoriedad implica que el carácter extraordinario de un hecho no puede ser apreciado subjetivamente (cuánto de extraordinario tiene para el sujeto involucrado) sino que tiene que ser apreciado objetivamente (en qué medida ese hecho es extraordinario para cualquiera) (...) no hay caso fortuito cuando su apreciación depende de circunstancias que sólo se refieren al sujeto involucrado. Lo extraordinario (en el caso fortuito) no es algo fuera de lo común para el sujeto sino fuera de lo común para todo el mundo.

(c) El hecho debe ser imprevisible e irresistible.

(...)

La irresistibilidad supone que el presunto causante no hubiera tenido oportunidad de actuar de otra manera. No basta con que la adopción de otro curso de acción hubiera sido simplemente muy difícil; se requiere que haya sido imposible.

Cfr. De Trazegnief Granda. Páginas 336-341.



79. Nyrstar también alega que el resultado de 73.7 mg/L respecto del parámetro STS es incongruente con los resultados reportados por la empresa el 27 de setiembre de 2009 respecto del mismo parámetro.
80. Sobre este descargo, cabe reiterar el análisis realizado en los párrafos 67 y 68, en el cual se concluye que la muestra es puntual y que la misma no requiere coincidir con muestras que se registren en otros momentos. En el presente caso, la administrada pretende que exista coincidencia entre el monitoreo objeto del presente procedimiento administrativo sancionador (17 al 19 de diciembre de 2009) con el realizado el 27 de setiembre de 2009; sin embargo, como mencionamos para la configuración de la presente infracción sólo se requiere que se configure el exceso del LMP en una ocasión. Por lo tanto, queda desvirtuado lo alegado por la administrada, en este extremo.
81. Nyrstar también señala que los valores respecto del parámetro Zn registran valores atípicos de 5.52 mg/L y 5.49 mg/L el 17 de diciembre de 2009, cuando los 7 monitoreos restantes se encuentran por debajo del LMP o ligeramente por encima, además de que el promedio resultante es 1.95 mg/L.
82. En el Informe de Supervisión se detallaron los siguientes valores en relación al parámetro Zn⁴⁰:

Resultados de las Campañas de Monitoreo 2009 - Efluentes
Código de Monitoreo 2009: E19
Código MEM: PM-01A

Parámetro	Resultados de Monitoreo: Diciembre 2009									LMP ⁽¹⁾
	DIA 1 (17/12/09)			DIA 2 18/12/09)			DIA 3 (19/12/09)			
	1º Turno (06:30 hr.)	2º Turno (12:50 hr.)	3º Turno (20:25 hr.)	1º Turno (05:17 hr.)	2º Turno (12:15 hr.)	3º Turno (19:40 hr.)	1º Turno (05:05 hr.)	2º Turno (12:20 hr.)	3º Turno (20:10 hr.)	
Zn (mg/L)	5.5203	5.4941	0.5768	3.1063	3.2119	2.4117	3.7645	2.6847	1.8441	3



83. La administrada señala que los valores del día 17 de diciembre son atípicos; sin embargo, y según lo expuesto líneas arriba, para la configuración de la infracción por los excesos de los LMP no se requiere regularidad, siendo suficiente que se configure el exceso en cualquier momento.
 84. Finalmente, que el promedio de los valores arroje un grado de concentración menor a los LMP, no implica un cumplimiento de los mismos, en tanto que cada medición es independiente y la superación de cualquiera de ellas configura una infracción autónoma, de conformidad con el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM. Por tales fundamentos, queda desvirtuada lo indicado por la administrada, respecto de este hecho imputado.
- IV.2.4 Hecho Imputado N° 3: Exceder el LMP en el parámetro STS en el punto de control E-21

85. Nyrstar señala que el punto de control E-21 no es un punto de monitoreo oficial declarado en el EIA de Reinicio de Operaciones ya que no se trata de un efluente líquido minero-metalúrgico porque confluye con aguas de escorrentía que ingresa con sólidos en suspensión además de recoger las aguas que provienen de la laguna Contonga.

⁴⁰ Folio 15.



86. Sobre el particular, se debe señalar que el artículo 13° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, detalla que:

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.

(...)

(El subrayado es agregado)

87. Es así que durante la realización de la inspección de campo, la Supervisora detectó que el efluente del punto E-21 ubicado a la salida de la poza de sedimentación descargaba a la laguna Pajoscocha⁴¹, por lo que el flujo líquido cumple con la definición de efluente líquido minero-metalúrgico.
88. En tal sentido, corresponde analizar si es posible aplicar los LMP regulados en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM a puntos de control no contemplados en el Instrumento de Gestión Ambiental.
89. De acuerdo al artículo 1° de la Resolución Directoral N° 157-99-EM-DGM⁴², se faculta a las empresas supervisoras a verificar las condiciones de los efluentes líquidos en las estaciones de monitoreo aprobados en el PAMA y/o EIA, así como de los sectores no contemplados en los documentos antes referidos que la Supervisora pueda considerarlos como efluentes minero- metalúrgicos.
90. Por lo tanto, durante la supervisión realizada los días 17 al 19 de diciembre de 2009 la Supervisora se encontraba plenamente facultada para tomar muestras tanto en los puntos de monitoreo declarados ante el Ministerio de Energía y Minas, así como en los puntos no declarados en el EIA de reinicio de operaciones que califiquen como efluentes minero-metalúrgicos, según la definición dada por la norma.
91. En tal sentido, al haberse cumplido con la descripción de efluente líquido minero-metalúrgico en el presente caso; y, a su vez, encontrarse la Supervisora facultada para realizar el monitoreo de efluentes no contemplados en los instrumentos de gestión ambiental, queda desvirtuado lo alegado por la administrada, en este extremo.
92. Ahora bien, en lo que respecta a que el punto de control E-21 no calificaría como efluente minero-metalúrgico pues confluye con aguas de la laguna Contonga además de aguas de escorrentía que en tiempo de lluvias originarían el incremento de STS, se debe recordar que según lo dispuesto en el artículo 5° del RPAAMM el titular de la actividad minero-metalúrgica tiene el deber de evitar e impedir los

⁴¹ Folio 17.

⁴² **Resolución Directoral N° 157-99-EM-DGM**
Precisan que empresas de auditoría e inspectoria deben cumplir con verificar condiciones de efluentes líquidos y emisiones en estaciones de monitoreo
Artículo 1°.- Las Empresas de Auditoría e Inspectoría autorizadas anualmente por la Dirección General de Minería, en la fecha de la inspección deberán cumplir con verificar mediante monitoreos las condiciones de los efluentes líquidos (calidad de agua) y de las emisiones (calidad de aire), en las estaciones de monitoreo aprobados en el Programa de Adecuación y Manejo Ambiental y/o Estudios de Impacto Ambiental, así como de los sectores críticos no contemplados en los documentos antes referidos, los que serán reportados con los resultados de los análisis correspondientes en los informes de fiscalización semestral.



excesos de los LMP. En tal sentido, no es posible eximirse de esta responsabilidad, salvo cuando la propia ley establezca excepciones expresas.

93. En el presente caso, Nyrstar no ha negado que se hayan excedido los LMP sino que los mismos no obedecen a su conducta; entonces, la cuestión controvertida no versa sobre la antijuricidad del hecho, sino sobre la atribución de responsabilidad o relación causal.
94. Nyrstar es legalmente responsable por los excesos de los LMP que se produzcan en sus instalaciones mineras, salvo que incurra en un supuesto de ruptura del nexo causal; en atención a ello, el numeral 4.3 del artículo 4° del RPAS establece los siguientes supuestos: (i) caso fortuito, (ii) fuerza mayor; y, (iii) hecho determinante de tercero.
95. En tal sentido, Nyrstar ha señalado que durante la realización de la supervisión se encontraban en periodos de lluvias lo que habría originado el aumento de los STS en el punto de control E-21, y que en este punto también descargaría aguas de la laguna Contonga.
96. Empero, Nyrstar no ha adjuntado documento que sustente lo señalado en sus descargos; sin perjuicio de ello, conviene analizar si tal supuesto puede subsumirse en los supuestos de ruptura de nexo causal.



La Supervisora observó que la poza de sedimentación N° 6, de donde descarga el efluente tomado en el punto de control E-21, recibía agua de escorrentía habiendo indicado que estas aguas debían encausarse, de acuerdo a la señalado en la Fotografía N° 11 del Informe de Supervisión⁴³:

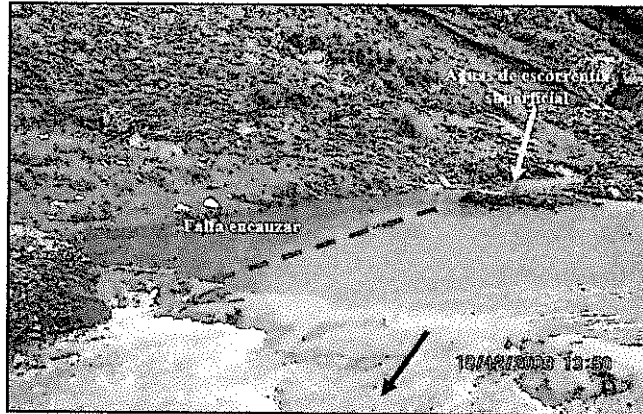


FOTO N° 11: Toma de muestra en el punto de monitoreo E21 (sin código MEM), efluente final que es descargado por la poza de sedimentación N° 6, el cual ingresa aguas abajo a la Laguna Pajuscocha.

98. Entonces, se evidencia que la administrada no tomó las medidas de prevención correspondientes para evitar la influencia de las aguas de escorrentía sobre el efluente del punto de control E-21. Por esto, la empresa no puede alegar su propia negligencia respecto de un hecho predecible a fin de eximirse de responsabilidad.
99. De la misma forma, con respecto a la presunta influencia de la laguna Contonga la empresa hubiese podido tomar las medidas de prevención respectivas a fin de encausar estas aguas y evitar su contacto con el punto de control E-21.

⁴³ Folio 85.



100. Por lo tanto, los hechos alegados por Nyrstar fueron predecibles razón por la cual lo alegado por la empresa carece de sustento.
101. Nyrstar también informa que cumplirá con la recomendación formulada por la Supervisora y ejecutará los trabajos recomendados.
102. Sobre el particular, cabe indicar que en atención al artículo 5° del RPAS⁴⁴, se establece que el cese de la conducta que constituye infracción administrativa no sustrae la materia sancionable y la reversión o remediación de los efectos de dicha conducta tampoco cesa el carácter sancionable. Por lo tanto, el cumplir con la recomendación formulada por la Supervisora no desvirtúa los efectos de la sanción.
103. Nyrstar considera que si bien los resultados del muestreo en el punto de control E-21 registran valores entre 66 a 138 mg/L, las demás mediciones para el parámetro STS se mantuvieron por debajo de los LMP.
104. Cabe remitirnos a los párrafos 67 y 68, donde se determinó que el exceso de los LMP se configura en cualquier momento, por lo que una medición es independiente de la otra. En tal sentido, que algunas mediciones se hayan encontrado dentro de los LMP, no influye sobre las que sí se excedieron. Por tales consideraciones, queda desvirtuado lo alegado por la administrada, respecto del presunto hecho imputado.

IV.3 La gravedad de la infracción

IV.3.1 Daño ambiental

105. Considerando que en el presente caso se determinan tres infracciones tipificadas con el numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM por el incumplimiento de LMP, reviste vital importancia determinar los alcances de la categoría daño ambiental, en este supuesto.
106. Con la finalidad de demostrar la configuración de un daño ambiental, primero corresponde detallar la relación que existe entre degradación ambiental, contaminación ambiental y daño ambiental.
107. De manera introductoria, es preciso indicar que un impacto ambiental es cualquier alteración benéfica o adversa sobre el medio ambiente en uno o más de sus componentes, provocada por una acción humana⁴⁵.

⁴⁴ Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD.

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.

⁴⁵ Sánchez, Luis Enrique. *Evaluación del Impacto Ambiental – Conceptos y Métodos*, Oficina de Textos. Sao Paulo, 2010, p. 28.

De acuerdo al Instrumento de Ratificación del Convenio sobre Evaluación del Impacto en el Medio Ambiente en un contexto transfronterizo, aprobado en Espoo (Finlandia) el 25 de febrero de 1991, se entiende por impacto ambiental cualquier efecto directo e indirecto dentro y fuera del territorio finlandés de un proyecto u operaciones sobre: a) la salud humana, las condiciones de vida, organismo, diversidad biológica y la interacción entre estos, b) el suelo, el agua, el aire, el clima y sus servicios ambientales, c) la estructura de la comunidad, los edificios, el paisaje y el patrimonio cultural, y d) la utilización de los recursos naturales.



108. La fiscalización ambiental efectuada por el OEFA se orienta a prevenir la producción de daños al ambiente o, en su defecto, buscar su efectiva remediación; es decir, está enfocada a prevenir los impactos ambientales negativos.
109. Se puede entender como impacto ambiental negativo a cualquier modificación adversa de los procesos, funciones, componentes ambientales o la calidad ambiental (sean elementos abióticos o bióticos). Para efectos prácticos, el impacto ambiental negativo corresponde a degradación ambiental⁴⁶.
110. De la definición mencionada se puede desprender dos tipos de degradación ambiental:
- (i) Contaminación ambiental: Acción de introducir o incorporar cualquier forma de materia o energía en los cuerpos abióticos y/o elementos culturales⁴⁷, generando una alteración o modificación en su calidad a niveles no adecuados para la salud de las personas o de otros organismos⁴⁸.
 - (ii) Daño ambiental (real o potencial): Alteración material en los especies (cuerpos bióticos) y a la salud de las personas, el cual puede ser generado directamente a consecuencia de la contaminación ambiental⁴⁹.
111. En tal sentido, la degradación ambiental supone la existencia de contaminación ambiental y/o daño ambiental real o potencial. Asimismo, la contaminación ambiental podría generar daño ambiental real o potencial⁵⁰, por lo que se considera necesario prevenir y/o mitigar la contaminación ambiental para evitar una afectación a los componentes bióticos.



Cabe señalar que el nivel de la protección ambiental en Finlandia ha sido calificado en muchos estudios comparativos internacionales como uno de los mejores del mundo. En la lista que elabora desde hace varios años el Foro Económico Mundial (Índice de Sostenibilidad Ambiental) Finlandia siempre se ha ubicado en los primeros lugares.

⁴⁶ Ob. cit. p. 26

Conforme la resolución Conama N° 1/86 aprobada en Rio de Janeiro (Brasil) el 23 de enero de 1986, se entiende por impacto ambiental negativo cualquier alteración de las propiedades físicas, químicas o biológicas del medio ambiente, causada por cualquier forma de materia o energía resultante de las actividades humanas, que directa o indirectamente afecten: a) la salud, la seguridad y el bienestar de la población, b) las actividades sociales y económicas, c) las condiciones estéticas y sanitarias del medio ambiente, d) la calidad de los recursos ambientales.

⁴⁷ Véase CHACÓN PEÑA, Mario. *Daño, responsabilidad y reparación ambiental*, Universidad de Bruselas, Veracruz, 2005, p. 9.

Existen dos tipos de contaminación, por una parte la contaminación que afecta de los elementos naturales del ambiente, y por otra, la contaminación que menoscaba sus elementos culturales. Dentro de la primera clasificación se encuentra la contaminación de las aguas, aire, suelo y subsuelo, paisaje, sonora o acústica, térmica, radioactiva y electromagnética. Dentro de la contaminación que afecta los elementos culturales se haya: contaminación paisajística (belleza escénica), la que degrada o destruye creaciones científicas, artísticas o tecnológicas, o aquella que afecta patrimonio cultural y arqueológico.

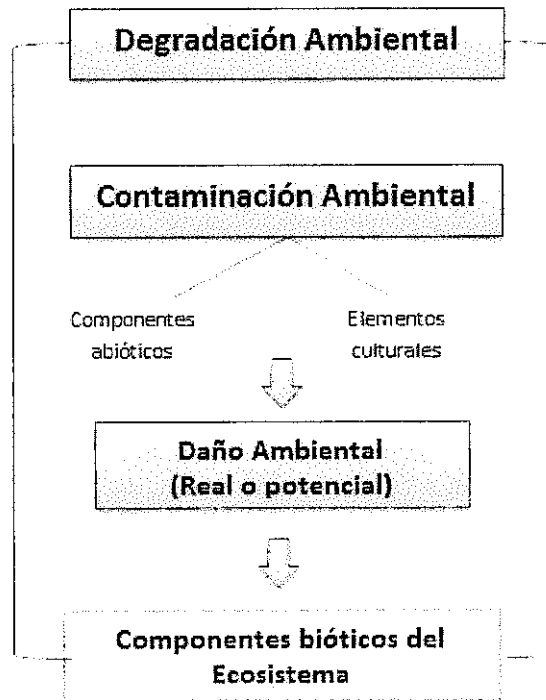
⁴⁸ Véase AMÁBILE, Graciela. *Problemática de la contaminación Ambiental*, Editorial de la Universidad Católica de Argentina, Buenos Aires, 2008, p. 107.
De igual manera, Véase SANCHEZ, Luis Enrique. *Evaluación del Impacto Ambiental – Conceptos y Métodos*, Oficina de Textos, SaO Paulo, 2010, p. 441.

⁴⁹ Véase CASTAÑÓN DEL VALLE, Manuel. *Valoración del Daño Ambiental*. Oficina Regional para América Latina y el Caribe, México, 2006, p. 30.

⁵⁰ De acuerdo al numeral 7.2 del artículo 7° de la Resolución de Consejo Directivo N°045-2013-OEFA/CD del 12 de noviembre de 2013 no se tomarán en cuenta, como factores agravantes, los componentes ambientales abióticos (agua, suelo y aire).



Gráfico N° 1. Relación entre degradación (impacto ambiental negativo), contaminación y daño ambiental



Fuente: Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos [Diciembre, 2013].

IV.3.2 Exceso de parámetros en el punto de monitoreo identificado como E-17 (PM-04)

112. Se ha acreditado el incumplimiento de los LMP de los parámetros sólidos totales en suspensión, plomo y zinc en el punto de monitoreo identificado como E-17 (PM-04), correspondiente al efluente de la bocamina Nivel 360 lado sur a la salida de la poza de sedimentación.
113. Los parámetros sólidos totales en suspensión, plomo y zinc exceden en un alto porcentaje los LMP, según el siguiente detalle:

Punto de monitoreo	Parámetro	NMP según Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM/VMM	Día	Resultado de la Supervisión	% de exceso
E-17 (PM-04)	STS	50 mg/l	17/12/09 (11:50 horas)	124.0 (folio 13)	148
			18/12/09 (04:09 horas)	54.8 (folio 13)	9.60
			18/12/09 (19:00 horas)	90.8 (folio 13)	81.60
			19/12/09 (11:40 horas)	143.6 (folio 13)	187.20
	Pb	0.4 mg/L	19/12/09 (11:40 horas)	0.4600 (folio 13)	15
	Zn	3.0 mg/l	17/12/09 (11:50 horas)	30.9158 (folio 13)	930.53
			18/12/09 (04:09 horas)	30.9387 (folio 13)	931.27
			18/12/09 (19:00 horas)	35.4254 (folio 13)	1080.85



114. Las aguas con abundantes sólidos totales en suspensión suelen ser de inferior potabilidad y pueden inducir una reacción fisiológica desfavorable en el consumidor ocasional⁵¹.
115. El plomo es también tóxico a toda la biota acuática, y aunque no se le considera uno de los metales más móviles, existe evidencia apreciable que muestra la biodisponibilidad de plomo asociado a sedimentos hacia las especies que habitan el fondo (Bryan and Langston 1992). Más aún, el plomo puede acumularse directamente de las aguas dulces y de mar, especialmente en organismos que utilizan las agallas como la principal ruta para la ingestión de alimentos (Sadiq 1992). Estudios toxicológicos han reportado efectos subletales en peces incluyendo cambios en la morfología, metabolismo y actividad enzimática. El comportamiento de evasión también se ha observado en peces adultos expuestos a niveles que varían en el intervalo 10-100 mg/L (WHO 1989). Estudios que involucran invertebrados (ostiones, erizos, caracoles, copépodos y pulgas de agua) frecuentemente reportan una reducción en el crecimiento, fertilidad y supresión de la reproducción, así como mortalidad a concentraciones de partes por billón (ug/L) WHO 1989)⁵².
116. El zinc es un metal químicamente activo que le imparte un sabor astringente desagradable al agua. El nivel de zinc disuelto en el agua puede aumentar la acidez del mismo. Los peces pueden recoger el zinc en sus cuerpos al nadar en el agua y/o desde el consumo de sus alimentos y al ser este un metal bioacumulable y biomagnificable puede ser transmitido a través de la cadena alimenticia⁵³. El Zn puede interrumpir la actividad en los suelos, con influencias negativas en la actividad de microorganismos y lombrices. A su vez, muchas especies de plantas no logran sobrevivir a concentraciones superiores de zinc en el suelo.
117. En atención a lo señalado, los excesos de los parámetros sólidos totales en suspensión, plomo y zinc en el punto de monitoreo E-17 (PM-04) constituyen una situación de contaminación ambiental que puede ocasionar un daño ambiental a los elementos bióticos (tales como la vegetación, la vida acuática, entre otros), por lo que se ha configurado un supuesto de daño ambiental potencial⁵⁴. En tal sentido, se ha configurado el supuesto de infracción grave establecido en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM⁵⁵.



⁵¹ Informe N° 001860-2010/DEPA-APRHI/DIGESA, página 9.

⁵² http://www.digesa.sld.pe/DEPA/informes_tecnicos/GRUPO%20DE%20USO%204.pdf

⁵³ Véase en la página web <http://www.eco-usa.net/toxics/quimicos-s/zinc.shtml>
Fecha de consulta: 10 de octubre de 2013.

⁵⁴ **Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, aprobado mediante Resolución de Presidencia del Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD.**

A.2) Daño potencial:

Contingencia, riesgo, peligro, proximidad o eventualidad de que ocurra cualquier tipo de detrimento, pérdida, impacto negativo o perjuicio al ambiente y/o alguno de sus componentes como consecuencia de fenómenos, hechos o circunstancias con aptitud suficiente para provocarlos, que tienen su origen en el desarrollo de actividades humanas.

⁵⁵ **Escala de multas y penalidades a aplicarse por incumplimiento de disposiciones del TUO de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM:**

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 (...) el monto de la multa será de 10 UIT por cada infracción, hasta un máximo de 600 UIT (...).



IV.3.3 Exceso de parámetros en el punto de monitoreo identificado como E-19 (PM-01A)

118. Se ha acreditado el incumplimiento de los LMP de los parámetros sólidos totales en suspensión y zinc en el punto de monitoreo identificado como E-19 (PM-01A) aguas provenientes del Nivel 240, a la salida de las pozas de sedimentación.
119. Los parámetros sólidos totales en suspensión y zinc exceden en un alto porcentaje los LMP, según el siguiente detalle:

Punto de monitoreo	Parámetro	NMP según Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM/VMM	Día	Resultado de la Supervisión	% de exceso
E-19 (PM-01A)	STS	50 mg/l	18/12/09 (05:17 horas)	73.7 (folio 15)	47.40
			17/12/09 (06:30 horas)	5.5203 (folio 15)	84.01
	Zn	3.0 mg/l	17/12/09 (12:50 horas)	5.4941 (folio 15)	83.14
			18/12/09 (05:17 horas)	3.1063 (folio 15)	3.54
			18/12/09 (12:15 horas)	3.2119 (folio 15)	7.06
			19/12/09 (05:05 horas)	3.7545 (folio 15)	25.15



20. En atención a lo antes señalado en el párrafo 114 y 116, los excesos de los parámetros sólidos totales en suspensión y zinc, respectivamente, en el punto de monitoreo E-19 (PM-01A) constituyen situaciones de contaminación ambiental que puede ocasionar un daño ambiental a los elementos bióticos, por lo que se ha configurado un supuesto de daño ambiental potencial. En tal sentido, se ha configurado el supuesto de infracción grave establecido en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.

IV.3.4 Exceso de parámetros en el punto de monitoreo identificado como E-21

121. Se ha acreditado el incumplimiento de los LMP del parámetro sólidos totales en suspensión en el punto de monitoreo identificado como E-21, a la salida del sistema de pozas de sedimentación procedente del Nivel 0 (zona inferior de la Planta Concentradora).
122. El parámetro sólidos totales en suspensión excede en un alto porcentaje los LMP, según el siguiente detalle:

Punto de monitoreo	Parámetro	NMP según Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM/VMM	Día	Resultado de la Supervisión	% de exceso
E-21	STS	50 mg/l	17/12/09 (07:20 horas)	96.9 (folio 16)	93.80
			18/12/09 (06:03 horas)	138.7 (folio 16)	177.40
			19/12/09	66.6	33.20

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.



			(06:20 horas)	(folio 16)	
			19/12/09	127.4	154.80
			(13:10 horas)	(folio 16)	

123. En atención a lo antes señalado en el párrafo 114, el exceso del parámetro sólidos totales en suspensión en el punto de monitoreo E-21 constituye una situación de contaminación ambiental que puede ocasionar un daño ambiental a los elementos bióticos, por lo que se ha configurado un supuesto de daño ambiental potencial. En tal sentido, se ha configurado el supuesto de infracción grave establecido en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.

IV.3.5 Determinación de la sanción por incumplimiento de los LMP

124. El incumplimiento de los LMP establecidos en el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, en función a su gravedad (daño ambiental), es sancionado con una multa tasada de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias por cada incumplimiento, conforme a lo establecido en el numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM. La fijación de esta multa tasada supone la intención del legislador de establecer un rango de aproximación razonable y proporcional en función de la infracción, por lo que no cabe la aplicación de criterios de gradualidad.
125. En el presente caso, se ha acreditado, a partir de los medios probatorios que obran en el expediente, que Nyrstar ha excedido los LMP de los parámetros sólidos totales en suspensión, plomo y zinc en el punto de monitoreo E-17 (PM-04), de los parámetro sólidos totales en suspensión y zinc en el punto de monitoreo E-19 (PM-01A) y del parámetro sólidos totales en suspensión en el punto de monitoreo E-21. Por lo tanto, corresponde sancionar a esta empresa con una multa de ciento cincuenta (150) Unidades Impositivas Tributarias.
126. Con fecha 28 de noviembre del 2013, se publicó en el Diario Oficial El Peruano el "Reglamento para la subsanación voluntaria de incumplimientos de menor trascendencia" aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA/CD, en cuya Única Disposición Complementaria Transitoria se indica que las disposiciones de dicho reglamento no resultan aplicables para los hallazgos de menor trascendencia que se detallan en su anexo (referidos a remisión de información, a la gestión y manejo de residuos sólidos y materiales no peligrosos, y a compromisos ambientales) que a dicha fecha se encuentren siendo investigados en un procedimiento administrativo sancionador; no obstante, la Autoridad Decisora, es decir esta Dirección, podrá calificar dicho hallazgo como infracción leve y sancionarlo con una amonestación, siempre que el administrado acredite haberlo subsanado.
127. De los actuados en el presente caso, se ha constatado que las conductas imputadas no se encuentran dentro del ámbito de aplicación del citado reglamento, debido a que según se ha acreditado en el presente procedimiento las tres (03) infracciones a los LMP generan daño potencial; por lo cual lo dispuesto en el mismo no resulta aplicable en este procedimiento administrativo sancionador.





En uso de las facultades conferidas con el literal n) del artículo 40° del Reglamento de Organización y Funciones del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, aprobado con Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Sancionar a Nyrstar Ancash S.A., con una multa ascendente a ciento cincuenta (150) Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de pago, de conformidad con lo expresado en la presente resolución y de acuerdo al siguiente detalle:

N°	Conducta infractora	Norma que tipifica la infracción administrativa	Norma que tipifica la sanción	Multa
1	Por encontrarse fuera de los valores establecidos como LMP respecto de los parámetros STS, Pb y Zn en el punto identificado como E-17 o PM-04, correspondiente al efluente procedente de la bocamina Nivel 360 lado sur, salida de la poza de sedimentación.	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.	50
2	Por encontrarse fuera de los valores establecidos como LMP respecto de los parámetros STS y Zn en el punto E-19 o PM-01A correspondiente al efluente procedente de la bocamina Nivel 240 a la salida de las pozas de sedimentación.	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.	50
3	Por encontrarse fuera de los valores establecidos como LMP respecto del parámetro STS en el punto E-21 correspondiente al efluente ubicado a la salida del sistema de pozas de sedimentación, procedente del nivel 0 (zona inferior de la planta concentradora)	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.	50

Artículo 2°.- Disponer que el monto de la multa sea depositado en la Cuenta Recaudadora N° 00068199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, en el plazo de quince (15) días hábiles, debiendo indicarse el número de la presente resolución al momento de la cancelación, sin perjuicio de informar en forma documentada al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental del pago realizado. Asimismo, informar que, el monto de la multa impuesta será reducida en un veinticinco por ciento (25%) si el administrado sancionado la cancela dentro del plazo de quince (15) días hábiles contado desde la notificación del acto que contiene la sanción. Dicha reducción resulta aplicable si el administrado no impugna el acto administrativo que impone la sanción, de conformidad con el numeral 11.1 de la Décima Primera Disposición de las Reglas Generales sobre el ejercicio de la Potestad Sancionadora del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 038-2013-OEFA/CD.

Artículo 3°.- Contra la presente resolución es posible la interposición de los recursos administrativos de reconsideración o apelación ante la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, dentro del plazo de 15 días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la presente, de acuerdo a lo establecido en el artículo 207°



de la Ley del Procedimiento Administrativo General y el numeral 24.4 del artículo 24° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD.

Regístrese y comuníquese.

.....
María Luisa Egúsqiza Mori
Directora de Fiscalización, Sanción y
Aplicación de Incentivos
Organismo de Evaluación y
Fiscalización Ambiental - OEFA

