

000135

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 128-2010-OS/CD

Lima, 27 de mayo de 2010

VISTO:

El Expediente N° 2007-048 de VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A., (en adelante, VOLCAN), representada por el Sr. Pedro Olórtegui López, que mediante escrito N° 1088200 de fecha 10 de noviembre de 2008, interpone recurso de apelación, contra la Resolución de Gerencia General N° 001075 de fecha 20 de octubre de 2008.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Gerencia General N° 001075 de fecha 20 de octubre de 2008, se sanciona a VOLCAN con una multa ascendente a cincuenta (50) UIT por infracción grave al artículo 4 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, en razón que en el punto de monitoreo MA-19 (Planta de Neutralización de Aguas de Mina) se emiten efluentes por encima de los niveles máximos permisibles, habiéndose obtenido el valor de 54.28 mg/l para el parámetro Zn y el valor de 2.87 mg/l para el parámetro Fe (Folios 029 y 030), superando ampliamente los valores previstos para dichos parámetros, establecidos en 3 mg/l para Zinc y 2 mg/l para Hierro, conforme al anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM. En razón a ello, se ha configurado infracción grave al artículo 4° del referido dispositivo legal.
2. Por escrito N° 1088200 de fecha 10 de noviembre de 2008, VOLCAN interpone recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 001075, solicitando se deje sin efecto la multa antes señalada en base a los siguientes fundamentos:
 - a) La empresa supervisora incumplió con los protocolos para la ejecución de la fiscalización porque no solicitó por seguridad y garantía que VOLCAN tome sus contra muestras, lo cual imposibilitó que tome las contra muestras correspondientes, lo cual ha originado la vulneración al derecho de defensa y al debido proceso, por lo que en aplicación del principio de presunción de veracidad y el principio de conducta procedimental, VOLCAN no ha infringido el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.
 - b) El monitoreo de la empresa supervisora es ineficiente porque no cumple con el objetivo del Plan de Monitoreo que se sustenta en la precisión y exactitud para verificar el impacto que se ha generado en el cuerpo receptor, ya que los puntos de monitoreos no son repetibles y sucesivos.
 - c) El incumplimiento al artículo 4 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM no encuadra a la determinación de infracción grave, en razón que la Resolución de Gerencia General N° 001075 no ha fundamentado las alteraciones, impactos negativos o potenciales que se han ocasionado al cuerpo receptor, es decir no se ha demostrado el menoscabo material por haber sobrepasado los parámetros del Zn y Fe, y que consecuentemente hayan originado un daño ambiental.



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 128-2010-OS/CD

- d) Según el Reglamento de la Ley General de Aguas y sus modificatorias (D.S. N° 261-69-AP) señala que los Niveles Máximos Permisibles para el Zn y el Fe en el río Yauli son los siguientes:

Parámetro	Valor (NMP – D.S. N° 261-69-AP) Clase III	Valor (LMP – R.M. N° 011-96-EM)
Zinc (Zn)	25 mg/l	3 mg/l
Fierro (Fe)	No esta regulado	2 mg/l

En razón del cuadro presentado, se pretende demostrar que los vertimientos de los efluentes mineros no pueden causar el efecto negativo sobre el cuerpo receptor, por que el nivel establecido para el Zinc en el cuerpo receptor es mucho más alto que establece la R.M. N° 011-96-EM, y en el caso del Fierro, la Ley General de Aguas simplemente no establece el valor límite.

- e) En cumplimiento del "Principio de Tipicidad de la Potestad Sancionadora" prevista en la Ley N° 27444, sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analógica.
- f) La resolución de gerencia general no se encuentra debidamente motivada, pues en el supuesto que la supervisión se hubiera efectuado bajo cumplimiento del Protocolo de Monitoreo de Aguas sólo se hubiera demostrado la infracción, mas no la gravedad, por lo que la Resolución de Gerencia General N° 001075 vulnera el derecho del debido proceso, ya que se sanciona a VOLCAN con una infracción grave que no está tipificada como tal en ninguna norma legal.

3. Respecto al argumento de no haberse cumplido con las disposiciones del Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua y no haberse solicitado a la entidad fiscalizada que efectuara su contra muestra, configurándose una vulneración de los principios de verdad material y conducta procedimental, cabe acotar que ni el Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua ni la Resolución N° 324-2007-OS/CD, Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras del Osinergmin, establecen la obligación de la empresa supervisora de entregar parte de las muestras tomadas o de solicitar a la entidad fiscalizada la toma de muestras. Tampoco consta en el Acta de Fiscalización alguna oposición u observación formal a la toma de muestras efectuadas, así como no consta que la autoridad haya impedido que el propio titular minero solicite a la empresa supervisora la toma correspondiente.

Cabe señalar que el monitoreo realizado por la empresa supervisora se realizó conforme a lo dispuesto en el artículo 7.3 del Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS-CD, el cual establece que la supervisión especial se realiza con fines específicos o circunstancias, tal como los accidentes fatales y situaciones de emergencia de seguridad e higiene minera y de naturaleza ambiental. En concordancia con lo antes señalado, el artículo 22 de la norma antes referida, la

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 128-2010-OS/CD

empresa supervisora puede tomar muestras, efectuar pruebas, analizar los equipos, revisar las instalaciones, entre otros.

Es el caso que la supervisión especial realizada en la U.E.A. "Carahuacra", ha determinado que en el punto de control MA-19 (Planta de Neutralización de Aguas de Mina) se emiten efluentes por encima de los niveles máximos permisibles en Zn y Fe. Al respecto, cabe señalar que el artículo 165 de la Ley N° 27444 establece que no serán objeto de probanza por parte de la administración (es decir, por parte de OSINERGMIN), los hechos que se hayan comprobado con ocasión del ejercicio de sus funciones. Sobre el particular, VOLCAN no ha presentado medio probatorio que sustente la pretensión de invalidar el resultado obtenido para los parámetros de Zn y Fe, como sería el caso de la presentación de un informe donde se consigne los resultados de la contra muestra al momento de la supervisión.

4. El argumento que sostiene la vulneración del principio de Tipicidad previsto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, al haberse determinado la imposición de una sanción al amparo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/MM por incumplir el Límite Máximo Permissible, implicaría que conforme al marco normativo vigente, OSINERGMIN carecería de competencia y facultades legales para sancionar la vulneración del Límite Máximo Permissible en un efluente minero, hecho que se habría constatado en la fiscalización efectuada en la U.E.A. Carahuacra.

Sin embargo, el cumplimiento de los Límites Máximos Permisibles, de manera particular los correspondientes a los valores Zn y Fe, está establecido claramente como una obligación en la legislación ambiental general y sectorial aplicable a la actividad minera, constituyendo el no cumplimiento de dicha obligación, una conducta típica pasible de sanción.

En efecto, la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (en adelante "LGA") establece que en su artículo 2° numeral 2.1, que las disposiciones contenidas en dicha norma, así como en sus normas complementarias y reglamentarias, "son de obligatorio cumplimiento para toda persona natural o jurídica, pública o privada, dentro del territorio nacional, el cual comprende el suelo, subsuelo, el dominio marítimo, lacustre, hidrológico e hidrogeológico y el espacio aéreo". De manera específica, en el capítulo 4 referido a la "Empresa y Ambiente", artículo 73°, numeral 1. se reitera que sus disposiciones "son exigibles a los proyectos de inversión, de investigación y a toda actividad susceptible de generar impactos negativos en el ambiente, en tanto sean aplicables, de acuerdo a las disposiciones que determine la respectiva autoridad competente."

Así, ésta Ley establece en el artículo 74°, que todo titular de operaciones es responsable por las emisiones, efluentes, descargas y demás impactos negativos que se generen sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, como consecuencia de sus actividades. Esta responsabilidad incluye los riesgos y daños ambientales que se generen por acción u omisión.

Complementariamente a estas disposiciones, en el artículo 75° inciso 1, la LGA ha establecido que el titular de operaciones debe adoptar prioritariamente medidas de



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 128-2010-OS/CD

prevención del riesgo y daño ambiental en la fuente generadora de los mismos, así como las demás medidas de conservación y protección ambiental que corresponda en cada una de las etapas de sus operaciones, bajo el concepto de ciclo de vida de los bienes que produzca o los servicios que provea, de conformidad con los principios establecidos en el Título Preliminar de dicha ley y las demás normas legales vigentes.

Como se observa, la legislación establece con claridad la obligación por parte de toda persona natural o jurídica, de adoptar medidas de prevención del riesgo y daño ambiental en la fuente generadora, como es el caso de las operaciones mineras, precisando la responsabilidad del titular de la actividad, de responder por los efluentes y el impacto negativo que se genere como consecuencia de sus actividades. Una de las principales acciones de prevención del riesgo y daño ambiental en la fuente generadora, es el cumplir con los Límites Máximos Permisibles para las emisiones y efluentes.

A nivel sectorial, el Decreto Supremo N° 016-93-EM, Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades Minero Metalúrgicas, expedido conforme a lo dispuesto por el entonces vigente Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales, también estableció en sus artículos 5° y 6° la obligación del titular minero de controlar sus emisiones y efluentes y responder por ellos.

Lo precisado en la reglamentación sectorial se condice con lo dispuesto en la LGA, que en su artículo 117° inciso 1, señala la obligación de controlar las emisiones a través de la observancia de los Límites Máximos Permisibles, cuya infracción es pasible de sanción:

"Artículo 117.- Del control de emisiones

117.1 El control de las emisiones se realiza a través de los LMP y demás instrumentos de gestión ambiental establecidos por las autoridades competentes.

117.2 La infracción de los LMP es sancionada de acuerdo a las normas correspondientes a cada autoridad sectorial competente."

Es el caso que el Ministerio de Energía y Minas, en su calidad de autoridad sectorial competente, estableció los Límites Máximos Permisibles a cumplir en el ejercicio de actividades mineras y la sanción que corresponde a su infracción, por lo que carece de fundamento el argumento expuesto por la recurrente, en el sentido que se habría vulnerado los principios de Tipicidad y Legalidad.

Los Límites Máximos Permisibles para los efluentes de las actividades minero metalúrgicas se establecieron mediante Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM. El artículo 4° de esta norma estableció 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 valores establecidos en las tablas adjuntas. Dos de los valores establecidos a ser cumplidos en cualquier momento es el correspondiente a Zn y a Fe.

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
 ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
 OSINERGMIN N° 128-2010-OS/CD

Por su parte, el Ministerio de Energía y Minas expidió la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, cuando tenía esa atribución legalmente reconocida por el inciso l) del artículo 101° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (Decreto Supremo N° 014-92-EM), aprobando la Escala de Multas y Penalidades por incumplimiento de disposiciones del TUO de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias. En esta resolución ministerial se estableció la escala de multas por infracciones a obligaciones ambientales, tal como el cumplimiento de los LMP establecidos, norma que actualmente se encuentra vigente y en la que se ampara la determinación de multa impuesta a la recurrente.

De hecho, la propia Ley N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG, se declara expresamente que en tanto se aprueben por el OSINERGMIN, los procedimientos de fiscalización de las actividades mineras a su cargo, seguirán vigentes las disposiciones sobre esta materia contenidas entre otras, en la Escala de Sanciones y Multas aprobada por R.M. N° 310-200-EM (sic), siendo de aplicación todas las normas complementarias de estas disposiciones que se encontraban vigentes a la fecha de la promulgación de esta Ley. Así, mediante esta Ley se complementa el rango legal requerido por la Ley N° 27444 para la determinación de las infracciones y sanciones aplicables por el incumplimiento de las obligaciones legales establecidas, como es la referida a los LMP.

Conforme a lo expuesto, la Resolución de la Gerencia General N° 001075, no vulnera los Principios de Tipicidad y Legalidad establecidos en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

5. Corresponde analizar el argumento de la recurrente, conforme al cual no procedería imponer la sanción establecida en el numeral 3.2 del punto 3 "Medio Ambiente", de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, en tanto que el incumplimiento de los Límites Máximos Permisibles no es equiparable a la ocurrencia de un daño al medio ambiente, siendo que éste tiene que ser probado, así como la relación de causalidad ser acreditada, lo cual no se habría constatado en el presente procedimiento.

De conformidad a la definición de la LGA, vigente al momento de determinarse la infracción⁶, 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 cumplimiento es exigible

⁶ La definición de Límite Máximo Permisible fue modificada por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1055, publicado el 27 junio 2008, cuyo texto actual es el siguiente:

"32.1 El Límite Máximo Permisible - LMP, es la medida de la concentración o 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 conforman el Sistema Nacional de Gestión Ambiental. Los criterios para la determinación de la supervisión y sanción serán establecidos por dicho Ministerio."

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 128-2010-OS/CD

legalmente por la respectiva autoridad competente. Según el parámetro en particular a que se refiera, la concentración o grado podrá ser expresada en máximos, mínimos o rangos."

Por su parte, en el Decreto Supremo N° 016-93-EM, Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades Minero Metalúrgicas, se define al LMP (o Nivel Máximo Permissible), como el "nivel de concentración de uno o más contaminantes, por debajo del cual no se prevé riesgo para la salud, el bienestar humano y los ecosistemas."

Hasta este punto queda claro que el Límite Máximo Permissible es un valor establecido con el fin de proteger al medio ambiente de la introducción de cargas contaminantes o componentes que lo degraden en razón de las actividades humanas. Este valor se adopta en base a estudios y técnicas específicas, determinándose que su exceso o vulneración implica directamente el daño, o la posibilidad de dañar la salud, el bienestar humano o el ambiente. La determinación de este valor se efectúa en concordancia con el principio de prevención que irradia la regulación ambiental, conforme al cual constituye un objetivo prioritario de la gestión ambiental el prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental.

De manera concordante, la LGA en su artículo 142° numeral 142.2 define daño ambiental como "todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales."

Conforme a esta definición, el daño ambiental no implica solamente la ocurrencia de efectos negativos actuales, sino que estos pueden ser potenciales o concurrentes. Tampoco implica que necesariamente se vulnere una disposición normativa, sino que se de un menoscabo actual o simplemente potencial del medio ambiente. En este sentido, en razón a la naturaleza de los LMP, la vulneración de los valores límite establecidos representa de manera directa o cuando menos, supone un menoscabo al medio ambiente, generándose efectos negativos de manera actual o inmediata o pudiendo generarse en el futuro (efecto potencial). En tal sentido, constatada la vulneración del valor límite establecido, no le corresponde a la autoridad demostrar la ocurrencia efectiva o potencial del daño, sino más bien al infractor, desvirtuar esta presunción.

Cabe señalar que lo expresado es coherente con lo referido en el artículo 144° de la LGA, respecto de la responsabilidad objetiva derivada del ejercicio de una actividad ambientalmente peligrosa, como es el caso de la ejecución de una actividad minera contraviniendo los LMP establecidos.

En el presente procedimiento sancionador se ha acreditado la vulneración del LMP establecido para el parámetro Zn y Fe en el efluente minero metalúrgico tomado en el punto de control MA-19 (Planta de Neutralización de Aguas de Mina), conforme se puede observar en el resultado de monitoreo de la supervisión especial. En razón de ello, se encuentra acreditada en el expediente sancionador, la relación de causalidad entre la actividad minera desarrollada por la apelante y la generación del efluente minero metalúrgico involucrado

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 128-2010-OS/CD

El argumento de la recurrente sobre los valores de Zn y Fe carece de consistencia técnica, por tratar de emplear valores de ECA (cuerpo receptor) para efluentes de operaciones mineras, en los que se evalúan los LMP y no los ECA.

Cabe señalar que el valor obtenido en el referido Punto de Control MA-19 ha sido materia de cuestionamiento, en razón a pruebas de laboratorio, sin embargo éstos no tienen el valor de contra muestra oficial que pueda desvirtuar los resultados obtenidos al momento que se realizó el monitoreo.

En tal sentido, conforme al artículo 230° numeral 8 de la Ley N° 27444, corresponde hacer responsable a quien realiza la conducta activa u omisiva constitutiva de infracción sancionable. Para el presente procedimiento ello implica determinar la relación de causalidad, por acción u omisión, entre la infracción a la normativa y el daño al ambiente generado por la impugnante, exigencia legal que sí se cumplió en los actuados.

En razón de lo analizado, no resulta amparable lo expuesto por la recurrente al pretender nula la sanción de multa establecida al calificarse su infracción como falta grave y dentro de los alcances del numeral 3.2 del punto 3 "Medio Ambiente" de la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.

6. El artículo 4 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, que aprobó los niveles máximos permisibles para efluentes líquidos mineros-metalúrgicos, prescribe que los resultados analíticos obtenidos para cada parámetro regulado a partir de la muestra recogida del efluente minero-metalúrgico, no excederá en ninguna oportunidad los niveles establecidos en la columna "Valor en cualquier momento", del Anexo 1 o 2 según corresponda. En este sentido, los resultados de los monitoreos tomados en otras oportunidades no liberan la responsabilidad de la recurrente de cumplir con lo dispuesto en la normatividad, habiéndose por el contrario comprobado en la fiscalización especial, el exceso de los LMP.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 inciso b) de la Ley N° 26734, Ley de creación de OSINERGMIN; artículos 1, 17 y 18 de la Ley N° 28964, Ley que transfiere las competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERGMIN; e, inciso I) del artículo 52 del Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM:



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 128-2010-OS/CD

SE RESUELVE:

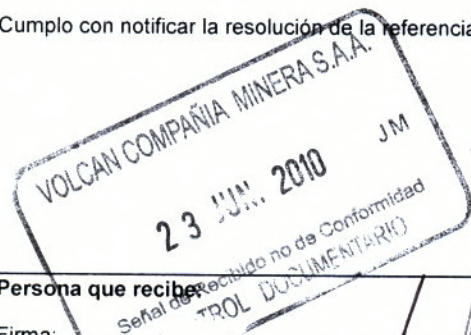
Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por VOLCAN COMPAÑIA MINERA S.A.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 001075 de fecha 20 de octubre de 2008, por los fundamentos expuestos en la presente resolución; en consecuencia, **CONFIRMAR** todos los alcances de la referida resolución.

Artículo 2.- Declarar agotada la vía administrativa.

ALFREDO DAMMERT LIRA
Presidente del Consejo Directivo
OSINERGMIN

EXPEDIENTE N° : 2007-048
GERENCIA DE ORIGEN : Gerencia de Fiscalización Minera
MATERIA : Procedimiento Sancionador – Fiscalización Minera
APELANTE : VOLCAN COMPAÑIA MINERA S.A.A.
DIRECCIÓN : Av. Gregorio Escobedo 710, Oficina 301, Res. San Felipe – JESUS MARIA
RESOLUCIÓN N° : 128-2010-OS/CD
FECHA DE APROBACIÓN: 27/05/2010
AGOTA LA VÍA ADMINISTRATIVA SI X NO

Cumplo con notificar la resolución de la referencia, emitida por el Consejo Directivo, para los fines que consideren pertinentes.



RR

Arturo Renato Barraza Lescano
Secretario Técnico Adjunto
TASTEM

Persona que recibe:

Firma: *[Signature]*

Nombres y Apellidos: *[Signature]*

Destinatario ☐

Documento de Identidad (L.E./D.N.I.):

Parentesco:

Otros:

Fecha de Recepción:

Hora:

Mensajero: