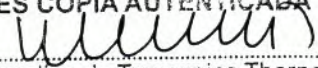


000147

ES COPIA AUTENTICADA


Caroline de Trazegnies Thorne
Asesora Legal de la Alta Dirección
OSINERGMIN

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 157-2010-OS/CD

Lima, 10 de junio de 2010

VISTO:

El Expediente N° 051-08-MA/E, que contiene el recurso de apelación de fecha 17 de marzo de 2009, interpuesto por VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A., representada por la señora Marilu Falcón Rojas, contra la Resolución de Gerencia General N° 002099 del 23 de febrero de 2009.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Gerencia General N° 002099 del 23 de febrero de 2009 se sancionó con multa de cien (100) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) a VOLCAN Compañía Minera S.A.A., por dos infracciones grave al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM-VMM^(*).
2. Por escrito de registro N° 1144160 de fecha 17 de marzo de 2009, la recurrente interpone recurso de reconsideración contra todos los extremos de la resolución impugnada. El recurso fue calificado como uno de apelación, en base al Informe GMF-159-2009, de fecha 27 de abril de 2009, decisión que fue comunicada a la recurrente mediante Oficio N° 654-2009-OS-GFM.
3. Los argumentos expuestos por la recurrente en el recurso de apelación son los siguientes:
 - a) Se vulnera el principio de tipicidad en la medida en que el numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM no define con precisión las conductas consideradas como faltas sino que genéricamente señala como infracción el incumplimiento de las obligaciones contenidas en las diversas normas legales allí señaladas. Al pretender sancionar a la empresa en base a dicho numeral la Resolución de Gerencia General OSINERGMIN N° 002099 es nula, conforme al inciso 1 del artículo 10° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, por contravenir el inciso 4 del artículo 230° de la misma, que obliga a las entidades públicas a observar el principio de tipicidad en el ejercicio de su potestad sancionadora.

(*) De acuerdo al Informe GFM-368-2008 (fojas 71 y 72), en el punto de monitoreo 202 se registraron valores en parámetro Zn= 4.74 mg/l y de SST=208 mg/l, que superan los valores de LMP previstos en el Anexo 1 de la Resolución Ministerial 011-96-EM/VMM: 3.0 mg/l y de 50 mg/l, respectivamente.

Asimismo, en el punto de monitoreo 204, registró valores en parámetro Zn= 5.04 mg/l y de SST=79 mg/l, que también superan los LMP antes citados.



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 157-2010-OS/CD

- b) No existe daño ambiental acreditado, en la medida que la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente señala que exceder los Límites Máximos Permisibles (LMP) puede o no causar un daño ambiental (posibilidad) y que la Resolución de Consejo Directivo N° 646-2008-OS/CD del 28 de octubre de 2008 establece que no corresponde equiparar el daño ambiental al exceso en los LMP. Por tanto, tratándose de una imputación de responsabilidad hecha por OSINERGMIN, le corresponde a la administración la carga de probar el daño ambiental y la relación de causalidad entre el hecho y el daño. En consecuencia, debiera considerarse nula la resolución impugnada.
- c) Con relación a los efluentes "Agua Industrial Paragsha N° 202" y "Aguas Neutras de Mina N° 204" señala que: "(...) circunstancias imprevisibles han ocasionado los problemas de los efluentes 202 y 204, los cuales ya han sido superados."

Finalmente, señala que: "OSINERGMIN debe tener en cuenta todos los criterios correspondientes al principio de razonabilidad, (...) y especialmente el criterio de las circunstancias de la comisión de la infracción, (...) lo que lleva a eximirnos de sanción (...)".

4. El argumento que sostiene la vulneración del principio de Tipicidad y de Legalidad previstos en la Ley N° 27444, al haberse determinado la imposición de una sanción al amparo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM por incumplir el LMP, carece de fundamento porque el cumplimiento de los Límites Máximos Permisibles, de manera particular los correspondientes a los parámetros Zn y SST en efluentes líquidos, 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 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, la Ley N° 28611 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 Ley N° 28611 ha establecido que el titular de operaciones debe adoptar prioritariamente medidas de prevención del riesgo y daño ambiental en la fuente generadora de los

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 157-2010-OS/CD

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 LMP 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 Ley N° 28611, en cuyo artículo 117° incisos 1 y 2, señala expresamente la obligación de controlar las emisiones a través de la observancia de los LMP, cuyo incumplimiento es pasible de sanción:

Es el caso que el Ministerio de Energía y Minas, en su calidad de autoridad sectorial competente y de acuerdo al marco normativo vigente en su momento, estableció los LMP 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 LMP para los efluentes de las actividades minero metalúrgicas se establecieron mediante Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM. El artículo 4° de esta norma señala 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 a dicha norma.

Por otro lado, mediante Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM y en base a lo establecido en el inciso I) del artículo 101° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, Decreto Supremo N° 014-92-EM, se aprobó 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, norma que actualmente se encuentra vigente y en la que se ampara la determinación de multa impuesta a la recurrente.

De hecho, en 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, como es la referida a los LMP.

Conforme a lo expuesto, la Resolución de la Gerencia General N° 002099, 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 LMP 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 con la definición de la Ley N° 28611, vigente al momento de determinarse la infracción¹, 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 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, 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 LMP 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

¹ La definición de Límite Máximo Permissible 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 Permissible - 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° 157-2010-OS/CD

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 Ley N° 28611, 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 dicha 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 genere 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, presupone legalmente 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 mas bien al infractor, desvirtuar esta presunción.

Cabe señalar que lo expresado es coherente con lo referido en el artículo 144° de la Ley N° 28611, 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 los parámetros Zn y SST en el efluente minero metalúrgico identificado con el N° 202, en los cuales se reportaron valores de 4.74 mg/l y 208 mg/l respectivamente; y para los parámetros Zn y SST en el efluente Aguas Neutras de Mina identificado con el N° 204, en los cuales se reportaron valores de 5.04 mg/l y 79 mg/l respectivamente, excediéndose los valores límite previstos en el rubro "valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/MM.

La relación de causalidad entre la actividad minera desarrollada por Volcan Compañía Minera S.A.A. y la generación del efluente minero metalúrgico involucrado, está acreditada en el expediente, habiéndose tomado la muestra en los puntos de monitoreo de efluentes industriales provenientes de dicha operación.

Cabe señalar que los valores obtenidos no han sido objeto de cuestionamiento alguno o de observación a lo largo de todo el procedimiento de fiscalización y el sancionador. Tampoco consta en el expediente medios probatorios que desvirtúen la relación de causalidad entre las actividades mineras de la recurrente y los valores excedidos monitoreados en sus efluentes.

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

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 157-2010-OS/CD

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. Respecto al argumento sobre los efluentes 202 y 204, según el cual habrían acontecido circunstancias imprevisibles que ocasionaron problemas en los mismos, los cuales ya habrían sido superados, cabe señalar que ello corrobora el incumplimiento imputado, siendo dichas circunstancias mas bien consideraciones a evaluar para la graduación de la multa, no eximiéndose la responsabilidad. Sin embargo, en el presente caso, las circunstancias alegadas responden a aspectos técnicos previsibles, no configurándose condiciones de fuerza mayor o hecho fortuito, sin perjuicio de no haberse acreditado tales circunstancias.

Asimismo, se observa que la determinación de la multa impuesta ha considerado criterios de razonabilidad, en tanto que la norma aplicable, la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, distingue entre una infracción a la normativa ambiental de la infracción a la normativa ambiental que conlleven a un daño, considerando un monto de multa máximo de 600 UIT.

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 l) del artículo 52° del Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM;

SE RESUELVE:

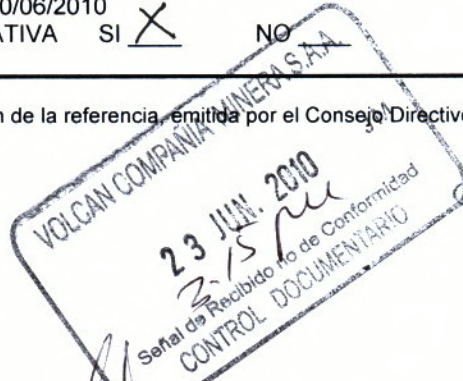
Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por VOLCAN COMPAÑIA MINERA S.A.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 002099 del 23 de febrero de 2009, por los fundamentos expuestos en la presente resolución; en consecuencia, **CONFIRMAR** la resolución impugnada en todos sus extremos.

Artículo 2°.- Declarar agotada la vía administrativa.

ALFREDO DAMMERT LIRA
Presidente del Consejo Directivo
OSINERGMIN

EXPEDIENTE N° : 051-08-MA/E
GERENCIA DE ORIGEN : Gerencia de Fiscalización Minera
MATERIA : Procedimiento Sancionador – Fiscalización Minera
APELANTE : VOLCAN COMPAÑIA MINERA S.A.A.
DIRECCIÓN : Av. Gregorio Escobedo 710, Ofic. 301, Res. San Felipe – JESUS MARIA
RESOLUCIÓN N° : 157-2010-OS/CD
FECHA DE APROBACIÓN: 10/06/2010
AGOTA LA VÍA ADMINISTRATIVA SI ☒ NO ☐

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



Arturo Renato Barraza Lescano
Secretario Técnico Adjunto
TASTEM

Persona que recibe:

Firma:

Nombres y Apellidos:

Destinatario

☐

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

Parentesco:

Otros:

Fecha de Recepción: Hora:

Mensajero: