

000232

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° 138-2010-OS/CD

Lima, 27 de mayo de 2010

VISTO:

El Expediente N° 130-08-MA/E, de la empresa VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A. (en adelante VOLCAN) representada por el señor Juan Begazo Vizcarra, quien con fecha 10 de julio de 2009 interpone recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 002968 de fecha 12 de junio de 2009.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Gerencia General N° 002968 de fecha 12 de junio de 2009, se sanciona a VOLCAN con una multa ascendente a cien (100) UIT por infringir la normativa ambiental vigente de acuerdo al siguiente detalle:

- a. Por exceder los Límites Máximos Permisibles, al haberse reportado en la estación de monitoreo E-02, efluente de descarga de la Planta de Tratamiento de Aguas de Mina de la Concentradora Victoria, correspondiente al control E-522, valores superiores en los parámetros de Zn y SST conforme lo previsto en el Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM¹
- b. Por el exceso a los Límites Máximos Permisibles, al haberse reportado en la estación de monitoreo E-05, correspondiente al efluente de descarga de la Planta concentradora Marh Túnel, correspondiente al control E-521, valores superiores en los parámetros de Zn y SST conforme lo previsto en el Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM²

2. Por escrito N° 1201786 de fecha 10 de julio de 2009, VOLCAN interpone recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 002968, solicitando se revoque la resolución recurrida en base a los siguientes fundamentos:

¹ Los valores de Zinc obtenidos el día 24 de enero de 2008, a las 10:48 a.m. (5,974 mg/l) y 5:57 p.m. (5,895mg/l) exceden el límite máximo permisible para dicho parámetro (3.0 mg/l) en el rubro "en cualquier momento", conforme al Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

Asimismo, el valor de 54,6 mg/l de SST obtenido el día 27 de enero de 2008 a las 11:00a.m. excede el límite máximo permisible (50 mg/l) conforme a la norma antes citada. (folios 40 y 41)

² Los valores de pH obtenidos el día 25 de enero de 2008 a las 11:56 p.m. (9,56) y el 29 de enero de 2008 a las 5:18 a.m. (10,04) exceden el límite máximo permisible para dicho parámetro (> 6 y < 9) en el rubro "en cualquier momento", conforme el Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

Asimismo, los valores de Zn obtenidos el día 29 de enero de 2008, a las 5:00 a.m. (6,751 mg/l y 11:00 p.m. (5,617 mg/l) también exceden el límite máximo permisible (3.0 mg/l) conforme a la norma antes señalada. De igual forma, los valores del SST del día 29 de enero de 2008 a las 5:00 p.m. (910,0 mg/l) y 11:0 p.m. (73,4 mg/l), exceden el límite máximo permisible (50 mg/l) conforme a la resolución ministerial citada. (folios 44 y 45)



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
 ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
 OSINERGMIN N° 138-2010-OS/CD

- a) Vulneración del principio de tipicidad. En cumplimiento del "Principio de Tipicidad de la Potestad Sancionadora" previsto 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. Se sostiene que no se les puede sancionar en base al numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.
- b) No existe daño ambiental. OSINERGMIN no ha demostrado que por el exceso de LMP que se imputa se haya ocasionado un daño ambiental, limitándose a sostener que exceder los LMP automáticamente acarrea daño ambiental. En cualquier caso, exceder los LMP sería una infracción administrativa que no ha causado daño ambiental.
- c) Sobre los efluentes de descarga de la planta de tratamiento de aguas de mina de concentradora la Victoria y de la planta concentradora Marh Tunel.
 - Cumplimiento del Protocolo de Monitoreo.

La empresa supervisora incumplió con el protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua para la ejecución de la fiscalización porque (i) el informe de supervisión no sustenta que se haya verificado constantemente la calibración de estos equipos por lo menos una vez al día antes del inicio de los trabajo de campo, (ii) el informe de supervisión no indica el tiempo transcurrido desde la obtención de la muestra hasta la filtración de la misma y el reactivo con el que él se preservó para garantizar su integridad hasta su llegada al laboratorio. (iii) el informe de supervisión no muestra cadenas de custodia, (iv) El informe de supervisión no presenta control de calidad, y no se permitió que VOLCAN tome sus contra muestras.

- Efluente de la Planta de Tratamiento de aguas de mina de Concentradora La Victoria.

Se cuestiona los resultados toda vez que los valores obtenidos y que aparecen haber excedido el LMP, son incongruentes con los resultados respecto a los parámetros pH, desde el punto de vista físico químico.

- Efluente de la Planta de concentradora Marh Tunel

Cuestiona los resultados toda vez que los valores obtenidos y que aparecen haber excedido el LMP, son incongruentes con los resultados obtenidos respecto a los parámetros pH, conductividad y los otros metales disueltos, los mismos que se encuentran dentro de los rangos permisibles.

3. 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-



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
 ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
 OSINERGMIN N° 138-2010-OS/CD

EM/VMM 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.

Sin embargo, el cumplimiento de los Límites Máximos Permisibles, de manera particular los correspondientes a los valores STS y Zn, 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 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



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 138-2010-OS/CD

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 STS y a Zn.

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 I) 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



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
 ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
 OSINERGMIN N° 138-2010-OS/CD

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° 002968, no vulnera los Principios de Tipicidad y Legalidad establecidos en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

4. 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 no se ha demostrado que el incumplimiento de los Límites Máximos Permisibles haya ocasionado 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 infracción³, 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 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 Permisible), como el "nivel de concentración de uno o más contaminantes, por debajo del cual no se prevé riesgo para la salud, el bienestar humano y los ecosistemas."

Hasta este punto queda claro que el Límite Máximo Permisible 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.

³ 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° 138-2010-OS/CD

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 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, 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 STS y Zn para los efluentes de descarga de la Planta de Tratamiento de Aguas de Mina de la Concentradora Victoria y de la Planta concentradora Marh Túnel. En razón de ello, la relación de causalidad entre la actividad minera desarrollada por VOLCAN y la generación del efluente minero metalúrgico involucrado, está acreditada en el expediente.

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/MM.

5. 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, cabe acotar que ni el Protocolo de Monitoreo de Calidad



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 138-2010-OS/CD

de Agua, ni la Resolución N° 324-2007-OS/CD, Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN, establecen la obligación de la empresa supervisora de solicitar a la entidad fiscalizada la toma de muestras. No consta en el expediente 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.

Respecto a si se realizó al calibración debida, la preservación de la muestra, la cadena de custodia, y control de calidad, 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 empresa supervisora puede tomar muestras, efectuar pruebas, analizar los equipos, revisar las instalaciones, entre otros.

- 
6. Es el caso que la supervisión especial realizada ha determinado que en los puntos de control E-522 (Planta de Tratamiento de Aguas de Mina de la Concentradora Victoria) y E-521 (Planta concentradora Marh Túnel) se emiten efluentes por encima de los niveles máximos permisibles en STS y Zn. 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 del 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 STS y Zn, como sería el caso de la presentación de un informe consignando resultados emitidos por un laboratorio con métodos de ensayo acreditados ante INDECOPI donde se consigne los resultados de la contra muestra al momento de la supervisión.



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:

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 138-2010-OS/CD

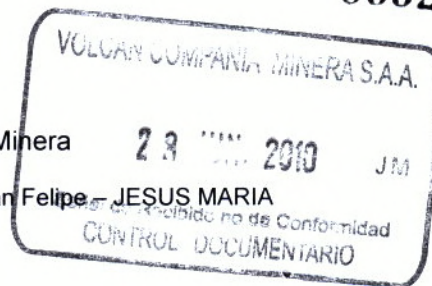
SE RESUELVE:

Artículo 1°. - Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por VOLCAN COMPAÑIA MINERA S.A.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 002968 de fecha 12 de junio de 2009, 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° : 130-08-MA/E
GERENCIA DE ORIGEN : Gerencia de Fiscalización Minera
MATERIA : Procedimiento Sancionador – Fiscalización Minera
APELANTE : VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A.
DIRECCIÓN : Av. Gregorio Escobedo 710, Oficina 301, Res. San Felipe
RESOLUCIÓN N° : 138-2010-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.

3-15 pm

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: