



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 043 -2012-OEFA /TFA

Lima, 30 MAR. 2012

VISTO:

El Expediente N° 0021-2011 que contiene el recurso de apelación interpuesto por PAN AMERICAN SILVER S.A. MINA QUIRUVILCA (en adelante, PAN AMERICAN SILVER) contra la Resolución Directoral N° 080-2011-OEFA/DFSAI de fecha 23 de setiembre de 2011, y el Informe N° 033-2012-OEFA/TFA/ST de fecha 20 de marzo de 2012; y,

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución Directoral N° 080-2011-OEFA/DFSAI de fecha 23 de setiembre de 2011 (Fojas 167 a 176), notificada con fecha 23 de setiembre de 2011, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos impuso a PAN AMERICAN SILVER una multa de ciento dos (102) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por la comisión de 03 infracciones; conforme se detalla a continuación:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Incumplir la recomendación N° 09 correspondiente a la Supervisión Regular del primer semestre del año 2006: "Ejecutar las obras de remediación para mitigar los impactos existentes y/o medidas de prevención sobre	Tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ¹		02 UIT

¹ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM-VMM. ESCALA DE MULTAS Y PENALIDADES A APLICARSE POR INCUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES DEL TUO DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA Y SUS NORMAS REGLAMENTARIAS.

**ANEXO
3. MEDIO AMBIENTE**

3.1. Infracciones de las disposiciones referidas a medio ambiente contenidas en el TUO, Código del Medio Ambiente o Reglamento de Medio Ambiente, aprobado por D.S. N° 016- 93-EM y su modificatoria aprobado por D.S. N° 059-93-EM; D.S. N° 038-98-EM, Reglamento Ambiental para Exploraciones; D. Ley N° 25763 Ley de Fiscalización por Terceros y su Reglamento aprobado por D.S. N° 012-93-EM, Resoluciones Ministeriales N°s. 011-96-EM/VMM, 315-96-EM/VMM y otras normas modificatorias y complementarias, que sean detectadas como consecuencia de la fiscalización o de los exámenes especiales el monto de la multa será de 10 UIT por cada infracción (...).

El incumplimiento de las recomendaciones formuladas como consecuencia de la fiscalización y de las investigaciones de los casos de daño al medio ambiente y catástrofes ambientales, serán sancionadas adicionalmente con 2 UIT por cada recomendación incumplida, las que se adicionarán a la multa que se imponga por infracciones detectadas en los diferentes procesos de fiscalización. Para el caso de PPM la multa adicional será de 0.5 UIT por cada recomendación incumplida.

los impactos latentes del suelo y agua en la zona de acumulación de las pozas de sedimentación"			
En el punto de control EF-04, correspondiente al efluente proveniente de la Relavera N° 5, se reportó un valor de 1.551 mg/L para el parámetro Cianuro total, superando el Límite Máximo Permissible establecido en la columna "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ²	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ³	50 UIT
En el punto de control EF-04, correspondiente al efluente proveniente de la Relavera N° 5, se reportó un valor de 1.428 mg/L para el parámetro Cobre, superando el Límite Máximo Permissible establecido en la columna "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	50 UIT
MULTA TOTAL			102 UIT

² **RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 011-96-EM/VMM. APRUEBA LOS NIVELES MAXIMOS PERMISIBLES PARA AFLUENTES LÍQUIDOS PARA LAS ACTIVIDADES MINERO – METALURGICAS.**

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

ANEXO 1		
NIVELES MAXIMOS PERMISIBLES DE EMISION PARA LAS UNIDADES MINERO-METALURGICAS		
PARAMETRO	VALOR EN CUALQUIER MOMENTO	VALOR PROMEDIO ANUAL
ph	Mayor que 6 y Menor que 9	Mayor que 6 y Menor que 9
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
Hierro (mg/l)	2.0	1.0
Arsénico (mg/l)	1.0	0.5
Cianuro total (mg/l) *	1.0	1.0

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

³ **RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM-VMM. ESCALA DE MULTAS Y PENALIDADES A APLICARSE POR INCUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES DEL TUO DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA Y SUS NORMAS REGLAMENTARIAS.**

ANEXO

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 (...).

2. Con escrito de registro N° 012379 presentado con fecha 14 de octubre de 2011, PAN AMERICAN SILVER interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 080-2011-OEFA/DFSAI de fecha 23 de setiembre de 2011 (Fojas 177 a 208), de acuerdo a los siguientes fundamentos:

a) No se han meritado correctamente las fotografías presentadas por la recurrente en su escrito de descargo, ni el manejo de los envases durante el muestreo realizado por la empresa supervisora D&E DESARROLLO Y ECOLOGÍA S.A.C., pues la fotografía N° 1 acredita que la jarra utilizada para tomar muestras no ha sido preservada apropiadamente, y además ha sido utilizada para todas las tomas de muestras; la fotografía N° 2, evidencia que la jarra se encontraba abierta (no fue preservada correctamente); y la fotografía N° 3, que ésta se encontraba descubierta y en el suelo sin ningún control de calidad.

Por tal motivo, se concluye que la toma de muestras adoleció de vicios insubsanables al momento de su realización, incumpliendo con los estándares y procedimientos aprobados por el Protocolo de Monitoreo de Calidad de Aguas del Ministerio de Energía y Minas, lo que resta validez a los resultados obtenidos a partir de dichas muestras.

b) Se ha vulnerado el Principio de Tipicidad por cuanto los numerales 3.1 y 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM no califican expresamente las conductas sancionables sino que genéricamente señalan como infracción cualquier transgresión a lo contenido en diversas normas legales, constituyéndose en normas sancionadoras en blanco.

En efecto, el numeral 3.1 de la citada resolución no tipifica como infracción la acción de no contar con un sistema de colección de derrames y sistemas de almacenamiento en caso de contingencias; y, de igual modo, su numeral 3.2 no califica como ilícito administrativo el exceso de los Límites Máximos Permisibles – LMP aplicables a los efluentes minero-metalúrgicos; razón por la cual corresponde declarar la nulidad de la resolución recurrida.

c) Es ilógica y errada la argumentación jurídica del órgano de primera instancia que lleva a suponer, que exceder un LMP causa por sí mismo un daño ambiental y como consecuencia de ello se sancione a la recurrente en base al numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM; pues de acuerdo a lo prescrito en el referido numeral, para que una infracción sea considerada como grave debe constatarse en los hechos un daño ambiental y que éste haya sido ocasionado por el ilícito administrativo cometido; no obstante de la resolución recurrida no aparece que la fiscalizadora haya verificado la generación de daño alguno.

d) No es posible demostrar la existencia de daño ambiental, cierto o potencial, pues el cuerpo receptor no ha evidenciado efecto negativo alguno. Ello es así, ya que para el caso específico de la calidad del agua, el daño ambiental se determina en el cuerpo receptor.

- e) Se han vulnerado los Principios de Causalidad, Presunción de Licitud y del Debido Procedimiento por cuanto considerando que la resolución recurrida contiene una atribución de responsabilidad por un menoscabo material en el ambiente, correspondía al OEFA probar la existencia del daño ambiental y la relación de causalidad entre el hecho y el daño; sin embargo, ni en la supervisión especial, ni en el Informe derivado de ésta se formuló afirmación alguna o sustento técnico concerniente a la existencia de un menoscabo material en el ambiente. Por ende, la resolución recurrida, deviene en nula.
3. Asimismo, cabe agregar que en el Segundo Otrosí del citado recurso de apelación, PAN AMERICAN SILVER solicitó el uso de la palabra ante el Tribunal de Fiscalización Ambiental, el cual fue concedido mediante Decreto N° 004-2012-OEFA/TFA de fecha 09 de marzo de 2012 y se llevó a cabo el 20 de marzo de 2012 en la Sesión N° 012-2012-OEFA/TFA del Tribunal de Fiscalización Ambiental, conforme se aprecia de la Constancia de Asistencia en la Audiencia de Informe Oral (Foja 223).

Competencia

4. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013⁴, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA).
5. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental⁵, el OEFA es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental.
6. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la citada Ley N° 29325, dispone que mediante Decreto Supremo refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación,

⁴ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1013. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE.**

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.

⁵ **LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.**

Artículo 6°.- Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)

El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, que constituye un pliego presupuestal. Se encuentra adscrito al MINAM y se encarga de la fiscalización, supervisión, evaluación, control y sanción en materia ambiental, así como de la aplicación de los incentivos, y ejerce las funciones previstas en el Decreto Legislativo N° 1013 y la presente Ley. El OEFA es el ente rector del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

Artículo 11°.- Funciones generales

Son funciones generales del OEFA: (...)

d) **Función Fiscalizadora y Sancionadora:** comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA.

supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA⁶.

7. Con Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, publicado el 21 de enero de 2010, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN) al OEFA; y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, publicada el 20 de julio de 2010, se estableció el 22 de julio de 2010 como fecha efectiva de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería del OSINERGMIN al OEFA.
8. De otro lado, es preciso mencionar que el artículo 10° de la citada Ley N° 29325⁷, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM⁸, y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD⁹, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

⁶ **LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.**
Primera Disposición Complementaria Final

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.

⁷ **LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.**
Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

10.1 El OEFA contará con un Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) que ejerce funciones como última instancia administrativa. Lo resuelto por el Tribunal es de obligatorio cumplimiento y constituye precedente vinculante en materia ambiental, siempre que esto se señale en la misma Resolución, en cuyo caso deberán ser publicadas de acuerdo a Ley. El TFA estará conformado por cinco (5) vocales designados mediante Resolución Suprema, por un período de cuatro años; el Presidente será designado a propuesta del MINAM y tendrá voto dirimente, los cuatro (4) restantes serán designados previo concurso público efectuado conforme a lo que establezca el Reglamento de Organización y Funciones de la entidad.

⁸ **DECRETO SUPREMO N° 022-2009-MINAM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL OEFA.**
Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

El Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) es el órgano encargado de ejercer funciones como últimas instancias administrativa del OEFA. Las resoluciones del Tribunal son de obligatorio cumplimiento y constituye precedente vinculante en materia ambiental, siempre que se señale en la misma Resolución, en cuyo caso deberán ser publicadas de acuerdo a Ley.

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

- a) Resolver en segunda y última instancia administrativa, los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos.
- b) Proponer al Presidente del Consejo Directivo del OEFA mejoras a la normativa ambiental, dentro del ámbito de su competencia
- c) Ejercer las demás atribuciones que correspondan de acuerdo a Ley.

⁹ **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 005 -2011-OEFA/CD. REGLAMENTO INTERNO DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.**

Artículo 4°.- Competencia del Tribunal

El Tribunal es competente para conocer y resolver en última instancia administrativa, los recursos de apelación contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por órganos del OEFA en materia de supervisión y fiscalización ambiental; así como resolver los recursos impugnativos interpuestos ante aquellas entidades cuyas funciones en materia ambiental hayan sido transferidas al OEFA. Asimismo, es competente para resolver las quejas administrativas de conformidad con lo establecido en el artículo 158° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

Norma Procedimental Aplicable

9. Antes de realizar el análisis de los argumentos esgrimidos por PAN AMERICAN SILVER, este Órgano Colegiado considera pertinente, en aplicación del Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establecer la norma procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes¹⁰.
10. En tal sentido, siendo que 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, corresponderá observar el contenido normativo de dicho cuerpo legal.

Objeto del pronunciamiento

11. Como cuestión previa, cabe señalar que de la revisión de los argumentos expuestos por la recurrente en el numeral 2 de la presente resolución se verifica que ésta ha impugnado la resolución recurrida en el extremo referido a las infracciones por incumplimiento del artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, razón por la cual en aplicación del numeral 4 del artículo 3° de la Ley N° 27444, el cual obliga a una motivación congruente, sólo será objeto de pronunciamiento dicho extremo del presente procedimiento administrativo sancionador¹¹.

De otro lado, toda vez que la recurrente no ha formulado argumento alguno respecto a la infracción por incumplimiento de la recomendación N° 9, correspondiente a la Supervisión Regular del primer semestre del año 2006: y que consistía en "Ejecutar las obras de remediación para mitigar los impactos existentes y/o medidas de prevención sobre los impactos latentes del suelo y agua en la zona de acumulación de las pozas de sedimentación"; en aplicación del artículo 212° de la Ley N° 27444, corresponde precisar que la Resolución Directoral N° 080-2011-OEFA/DFSAI de fecha 23 de setiembre de 2011, queda firme en este extremo¹².

¹⁰ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

¹¹ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

¹² LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 212.- Acto firme

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto.

Análisis

Protección constitucional al ambiente

12. Al respecto, este Cuerpo Colegiado considera necesario establecer el marco constitucional en el cual se desarrolla el bien jurídico protegido al interior de los procedimientos administrativos sancionadores por incumplimiento de las normas de protección y conservación del ambiente, toda vez que éste debe informar y ordenar los alcances de las obligaciones exigibles a los titulares mineros.

Sobre el particular, cabe indicar que de acuerdo al numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993, constituye derecho fundamental de la persona “el gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”¹³.

Ahora bien, a efectos de establecer el contenido del indicado derecho constitucional, conviene explicar aquello que se entiende por “ambiente”, por tratarse de un concepto consustancial al mismo. Al respecto, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 0048-2004-AI, en su Fundamento N° 27, señaló lo siguiente¹⁴:

“(…) La parte de la naturaleza que rodea o circunda los hábitat de la pluralidad de especies vivas se denomina ambiente o medio ambiente.

El medio ambiente es el mundo exterior que rodea a todos los seres vivientes y que determina y condiciona su existencia. Es el ámbito en que se desarrolla la vida y en cuya creación no ha intervenido la acción humana. En puridad, medio ambiente alude al compendio de elementos naturales —vivientes e inanimados— sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivientes (plantas, animales y microorganismos).

El medio ambiente se define como “(…) el conjunto de elementos sociales, culturales, bióticos y abióticos que interactúa en un espacio y tiempo determinado; lo cual podría graficarse como la sumatoria de la naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo concretos”.

El término biótico se refiere a todos los seres vivos de una misma región, que coexisten y se influyen entre sí; en cambio lo abiótico alude a lo no viviente, como el agua, el aire, el subsuelo, etc.

El medio ambiente se compone de los denominados elementos naturales, los cuales pueden generar, según sea el caso, algún tipo de utilidad,

¹³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.

Artículo 2°. Toda persona tiene derecho:

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

¹⁴ La sentencia recaída en el Expediente 0048-2004-AI, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/urisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>

beneficio o aprovechamiento para la existencia o coexistencia humana (...)
(El resaltado en negrita es nuestro)

En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros¹⁵.

Ahora bien, habiéndose precisado el concepto de ambiente, cabe señalar que de acuerdo a lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, el derecho fundamental previsto en el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política se encuentra integrado por¹⁶:

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

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 tendientes 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.

Lo expuesto se condice además con el concepto de Responsabilidad Social de las empresas, que ha sido desarrollado por el propio Tribunal Constitucional en la referida sentencia, 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

¹⁵ 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.

A mayor abundamiento, resulta oportuno citar la siguiente definición de FRAUME RESTREPO:

“Ambiente.- Conjunto de elementos abióticos (energía solar, suelo, agua y aire) y bióticos (organismo vivos) que integran la delgada capa de la tierra llamada biósfera, sustento y hogar de los seres vivos. (...)”

FRAUME RESTREPO, Néstor Julio. Diccionario Ambiental. ECOE ediciones, 2° edición. Bogotá, 2007.

¹⁶ La sentencia recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>

ordena la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no soportarán.”
(El resaltado en negrita es nuestro)

Habiéndose delimitado el marco constitucional en el que debe entenderse la protección al bien jurídico medio ambiente respecto de las actividades productivas, comprendida en ellas la minera, corresponde establecer que las normas sectoriales de protección y conservación del ambiente deberán interpretarse y aplicarse dentro del citado contexto constitucional.

En cuanto a la toma de muestras y fotografías presentadas por el titular minero

13. Con relación al argumento señalado en el literal a) del numeral 2, cabe indicar que en el marco del artículo 197° del Código Procesal Civil, aplicable de manera supletoria en atención a la Primera Disposición Final de dicho cuerpo legal y el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, la valoración de los medios probatorios es realizada en forma conjunta y bajo mediante una apreciación razonada, lo que implica apelar, entre otros, a criterios de suficiencia, consistencia y congruencia de los mismos¹⁷.

A su vez, de acuerdo al Principio de Verdad Material previsto en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, en concordancia con el numeral 6.1 del artículo 6° del mismo cuerpo legal, los pronunciamientos que emiten las entidades al interior de los procedimientos administrativos sólo podrán sustentarse en aquellos hechos que se encuentren debidamente probados¹⁸.

En este contexto normativo, cabe precisar que la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos en el numeral 3.2.2 de la resolución recurrida, analizó los medios de prueba presentados por la recurrente, que tenían por objeto acreditar que la empresa supervisora tomó las muestras sin cumplir con los estándares y procedimientos aprobados por el Protocolo de Monitoreo de Calidad de Aguas del Ministerio de Energía y Minas, concluyendo que de las fotografías presentadas no se puede determinar con certeza los siguientes hechos:

¹⁷ RESOLUCION MINISTERIAL N° 010-93-JUS. TEXTO UNICO ORDENADO DEL CODIGO PROCESAL CIVIL.

Artículo 197°.- Valoración de la prueba.-

Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.

¹⁸ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo (...)

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado. (...)

- i. Que la jarra de plástico se usó para la toma de muestra de agua en todos los puntos (Fotografía N° 2), pues el numeral 4.2.1 del Protocolo de Monitoreo de Calidad de Aguas del Ministerio de Energía y Minas señala que los recipientes de muestras de aguas pueden volverse a usar si se lavan adecuadamente.
- ii. Que el matraz se encontraba sucio (Fotografía N° 3).
- iii. Que los guantes usados por los técnicos del laboratorio se encuentran contaminados (Fotografía N° 4 y N° 5)

Estando a lo expuesto, cabe advertir que no es cierto que no se ha meritudo correctamente los hechos relacionados a las fotografías N° 1 y N° 3, presentadas por el recurrente mediante escrito con registro N° 08803 de fecha 22 de julio de 2011 (Fojas 84 a 86) y con las cuales pretende demostrar que la jarra que se observa en las citadas fotografías no se encuentra preservada y en el suelo; en efecto, tales hechos no son determinantes para cuestionar el procedimiento seguido en la toma de muestras, pues las citadas fotografías no evidencian de manera fehaciente que la indicada jarra se haya utilizado para la toma de muestra, materia de análisis; y en el supuesto que sea la jarra utilizada, tampoco evidencia que el responsable de la toma de muestra no haya adoptado las medidas necesarias de preservación antes de la toma de muestra.

Asimismo, es de precisar que en el numeral 3.2.2 de la resolución recurrida se señala que los procedimientos utilizados en la toma de muestras se encuentran respaldados por la "Garantía de Calidad (QA)" y el "Control de Calidad (QC)" conforme se desprende de los reportes de cadena de custodia para las muestras de agua que obran en el expediente de supervisión N° 2007-307 (Fojas 258 a 266), tal como se establece en el punto 4.4 del Protocolo de Monitoreo de Calidad de Aguas del Ministerio de Energía y Minas.

De esa forma, se advierte que el órgano sancionador de primera instancia valoró correctamente los medios probatorios de forma conjunta y mediante una apreciación razonada, de conformidad con lo establecido en el artículo 197° del Código Procesal Civil, aplicable de manera supletoria en atención a la Primera Disposición Final de dicha cuerpo de normas; por lo que se concluye que las fotografías presentadas por PAN AMERICAN SILVER fueron debidamente meritudas por el órgano resolutor y no desvirtúan los resultados analíticos que reporta el Informe de Ensayo N° AGO 1076.R07 elaborado por el laboratorio CIMM PERÚ S.A. (Foja 37) respecto de la muestra tomada en el punto de monitoreo EF-04, correspondiente al efluente minero-metalúrgico¹⁹ proveniente de la Relavera N° 5, que descarga finalmente al Rio San José (Foja 122 del Expediente N° 2007-307).

Por consiguiente, corresponde desestimar los argumentos expuestos por la apelante en este extremo.

¹⁹ **RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 011-96-EM/MM. APRUEBAN LOS NIVELES MÁXIMOS PERMISIBLES PARA EFLUENTES LÍQUIDOS MINERO-METALÚRGICOS.**

Artículo 13°.- Definiciones

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:

b) De depósitos de relaves u otras instalaciones de tratamiento que produzcan aguas residuales.

Respecto a la vulneración del Principio de Tipicidad

14. En relación al argumento contenido en el literal b) del numeral 2, corresponde señalar que el Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, comporta el cumplimiento de tres (03) aspectos específicos: a) la reserva legal en la tipificación de los ilícitos administrativos, b) la exhaustividad suficiente en la descripción de la conducta prohibida y; c) la interdicción de la analogía y la interpretación extensiva.

Sobre el particular, toda vez que la recurrente cuestiona el aspecto a que se refiere el literal b) del párrafo precedente, corresponde determinar si los numerales 3.1 y 3.2 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM satisfacen dicho aspecto específico del Principio de Tipicidad, al ser las normas tipificadoras aplicables al presente caso.

Así, el numeral 3.1 del punto 3 del anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, señala lo siguiente:

"3.1 Infracciones de las disposiciones referidas a medio ambiente contenidas en el TUO, Código del Medio Ambiente o Reglamento de Medio Ambiente, aprobado por D.S. N° 016-93-EM y su modificatoria aprobado por D.S. N° 059-93-EM; D.S. N° 038-98-EM, Reglamento Ambiental para Exploraciones; D. Ley N° 25763, Ley de Fiscalización por Terceros y su Reglamento aprobado por D.S. N° 012-93-EM, Resoluciones Ministeriales N°s. 011-96-EM/VMM, 315-96-EM/VMM y otras normas modificatorias y complementarias, que sean detectadas como consecuencia de la fiscalización o de los exámenes especiales el monto de la multa será de 10 UIT por cada infracción, hasta un máximo de 600 UIT. En los casos de pequeño productor minero la multa será de 2 UIT por infracción.
(...)

El incumplimiento de las recomendaciones formuladas como consecuencia de la fiscalización y de las investigaciones de los casos de daño al medio ambiente y catástrofes ambientales, serán sancionadas adicionalmente con 2 UIT (...)." (El resaltado en negrita es nuestro)

Adicionalmente, se establece en el numeral 3.2 del punto 3 de la referida norma, los supuestos específicos que ameritan el incremento de la sanción, como se observa a continuación:

"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, (...)."

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado, a través de la sentencia recaída en el expediente N° 0010-2002-AI/TC, que en la determinación de las conductas infractoras está permitido el empleo de los llamados "conceptos jurídicos indeterminados", siempre que su concreción sea razonablemente

factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia²⁰. A su vez, cabe agregar que las empresas del sector minero cuentan con capacidad técnica, administrativa y financiera para identificar las obligaciones a las que están sujetas.

En este contexto, deviene válido concluir que el incumplimiento de las recomendaciones formuladas como consecuencia de la fiscalización y de la obligación ambiental fiscalizable contenida en el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM constituyen infracciones sancionables conforme a los tipos contenidos en los numerales 3.1 y 3.2 del punto 3 Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, respectivamente²¹.

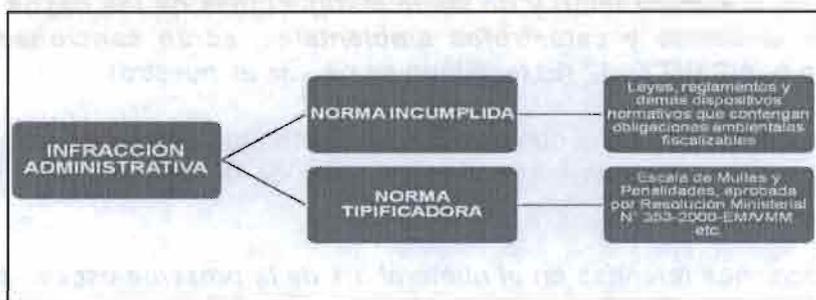
En atención a lo expuesto, este Cuerpo Colegiado considera que los numerales 3.1 y 3.2 del punto 3 del Anexo de Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, no contravienen el contenido del Principio de Tipicidad, en ningún extremo²².

Por consiguiente, carece de sustento lo alegado por la apelante sobre el particular.

²⁰ La sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC, es una de naturaleza normativa; encontrándose disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

²¹ En este sentido, se aprecia que las conductas ilícitas tipificadas en los numerales 3.1 y 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución N° 353-2000-EM/VMM son infracciones precisas e inequívocas, respecto del incumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables que se imponen al titular minero. Y, asimismo, se verifica que existe una predeterminación normativa de las conductas y sanciones correspondientes, no dando lugar a posibles interpretaciones extensivas o analógicas al momento de aplicar las normas que contienen la infracción tipificada.

²² A mayor abundamiento, este Tribunal Administrativo considera pertinente explicar que la estructura de las infracciones imputadas se componen de dos elementos a saber: a) Norma sustantiva, que prevé la obligación ambiental fiscalizable cuyo incumplimiento se imputa; y b) Norma tipificadora, que califica dicho incumplimiento como infracción, atribuyéndole la respectiva consecuencia jurídica. Lo explicado se gráfica del siguiente modo:



En tal sentido, cabe indicar que las infracciones materia de sanción al interior del presente procedimiento administrativo sancionador se configuraron de la siguiente manera:

<p>Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Norma Incumplida: Tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Escala de Multas y Penalidades. • Obligación ambiental fiscalizable: Cumplir con las recomendaciones en la forma, modo y/o plazo previstos por el supervisor, para su cumplimiento.
<p>Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Norma incumplida: Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM. • Obligación ambiental fiscalizable: los efluentes líquidos mineros-metalúrgicos, deben cumplir, en todo momento, con los LMP aplicables a los parámetros previstos en el Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

Sobre el exceso del Límite Máximo Permisible y el daño ambiental

15. En cuanto a los argumentos recogidos en los literales c), d) y e) del numeral 2, cabe indicar que por disposición de los artículos 74° y 75° numeral 75.1 de la Ley N° 28611, el titular minero es responsable por las emisiones, vertimientos y demás impactos negativos sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, generados por efecto de las actividades desarrolladas en el área de su concesión; siendo que, dicha responsabilidad incluye las siguientes categorías: a) riesgos, y b) daños ambientales.

En tal sentido, corresponde al titular de la actividad la adopción de medidas de prevención y control del riesgo y daño ambiental, que se generen por acción u omisión, en cada una de las etapas de las operaciones mineras.

Ahora bien, considerando que en el presente caso se cuestiona el daño ambiental de la infracción tipificada en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo 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.

Al respecto, el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, define el daño ambiental como todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, tenga origen o no en la contravención a normas de protección y conservación del ambiente, cuyos efectos negativos pueden ser actuales o potenciales .

De este modo, en atención a que el numeral 32.1 del artículo 32° de la Ley N° 28611, prevé que el exceso del LMP causa o puede causar daños a la salud, bienestar humano y al ambiente, se colige que el incumplimiento de los LMP regulados en el Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, configura el supuesto de daño ambiental cuyos efectos negativos no requieren ser inmediatos o actuales, bastando la potencialidad de los mismos.

Por lo expuesto, el exceso de los LMP aplicable a los parámetros Cianuro y Cobre reportados en el punto de monitoreo EF-04 configura la situación de daño ambiental definida en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, excesos de los LMP que se encuentran acreditados con el resultado contenido en el Informe de Ensayo N° AGO 1076.R07 (Foja 37) elaborado por el laboratorio acreditado CIMM PERU S.A., cuyo resultado se expresa en el cuadro detalle del numeral 1 de la presente resolución. Asimismo, el artículo 3.2 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM señala que las infracciones que causan daño al medio ambiente serán consideradas como infracciones graves.

En consecuencia, habiéndose acreditado el exceso del LMP aplicable a los parámetros Cianuro total y Cobre, y por tanto, configurado la situación de daño ambiental, se ha producido el supuesto recogido en la infracción tipificada en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, la que es de naturaleza grave, razón por la cual correspondía aplicar la sanción prevista en dicho tipo legal.

A su vez, conviene señalar que no deben confundirse las normas que regulan los LMP como nivel de protección ambiental cuya medición se realiza en la fuente

de contaminación con el propósito de controlar, en este caso, los efluentes provenientes de la actividad minera; con las normas de calidad referidas a los cuerpos receptores. Es por ello que no resulta relevante en el presente caso si, como señala la recurrente, no se han incorporado –al interior del presente procedimiento sancionador– análisis de la calidad del río San José que demuestre la ocurrencia de un daño ambiental, toda vez que la configuración del mismo se deriva del incumplimiento de los LMP y no como consecuencia de posibles mediciones en el cuerpo receptor, careciendo de sustento lo alegado por PAN AMERICAN SILVER al respecto.

De otro lado, cabe precisar que habiéndose acreditado al interior del presente procedimiento administrativo sancionador el incumplimiento de los LMP establecidos en la columna "Valor en cualquier Momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM para los parámetros Cianuro total y Cobre en el punto de monitoreo EF-04, que configura la situación de daño ambiental definida en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611; no resulta aplicable el Principio de Presunción de Licitud, previsto en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444, a favor de la apelante, toda vez que dicho principio resulta aplicable únicamente si no se cuenta con evidencia de un incumplimiento del administrado.

En esta misma línea, con relación al Principio de Causalidad, cabe precisar que el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444 señala que la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

Sobre el particular, cabe precisar que la relación de causalidad se encuentra debidamente acreditada toda vez que el efluente minero-metalúrgico correspondiente al punto de control EF-04 proviene de la Relavera N° 5 del Unidad Minera Huarón – Concesión de Beneficio Concentradora Francois, de titularidad de PAN AMERICAN SILVER, razón por la cual resultaba válida la imposición de la sanción dispuesta en este extremo.

Finalmente, en cuanto a la vulneración del Principio del Debido Procedimiento, conviene indicar que en el procedimiento administrativo sancionador seguido contra PAN AMERICAN SILVER se garantizó el derecho de defensa, pues se le brindó al administrado la oportunidad de presentar descargos y medios de prueba contra el inicio del procedimiento administrativo sancionador; asimismo, se advierte de los numerales anteriores de la presente resolución, que se observó la debida aplicación de las normas procedimentales y las normas ambientales relacionadas al sector de minería, lo que se tradujo en la emisión de una decisión motivada y fundada en derecho.

Por consiguiente, siendo que el presente procedimiento sancionador observó las garantías derivadas del Principio del Debido Procedimiento se desestima los argumentos de PAN AMERICAN SILVER en este extremo.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 29325, Ley del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental; Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, Resolución del

Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA; y con la participación de los señores vocales Lenin William Postigo De la Motta, José Augusto Chirinos Cubas y Francisco José Olano Martínez;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por PAN AMERICAN SILVER S.A. MINA QUIRUVILCA contra la Resolución Directoral N° 080-2011-OEFA/DFSAI de fecha 23 de setiembre de 2011, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución; quedando agotada la vía administrativa.

Artículo Segundo.- NOTIFICAR la presente resolución a PAN AMERICAN SILVER S.A. MINA QUIRUVILCA y **REMITIR** el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA para los fines correspondientes.

Regístrese y comuníquese.


.....
LENIN WILLIAM POSTIGO DE LA MOTTA
Presidente
Tribunal de Fiscalización Ambiental


.....
JOSÉ AUGUSTO CHIRINOS CUBAS
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental


.....
FRANCISCO JOSÉ OLANO MARTINEZ
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental

