

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 218-2012-OEFA /TFA

Lima, 23 OCT. 2012

VISTO:

El Expediente N° 2007-244, que contiene el recurso de apelación interpuesto por SOUTHERN PERU COPPER CORPORATION, Sucursal del Perú (en adelante SOUTHERN PERU) contra la Resolución Directoral N° 053-2011-OEFA/DFSAI de fecha 26 de agosto de 2011, y el Informe N° 234-2012-OEFA-TFA/ST de fecha 19 de octubre de 2012;

CONSIDERANDO:

1. Por Resolución Directoral N° 053-2011-OEFA/DFSAI de fecha 26 de agosto de 2011 (Fojas 441 a 449), notificada con fecha 26 de agosto de 2011, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos impuso a SOUTHERN PERU una multa de sesenta y dos (62) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por la comisión de tres (03) infracciones; conforme se detalla a continuación:

HECHO IMPUTADO	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
No haber retirado el remanente de concentrado de cobre del Patio Puerto, el cual es arrastrado por el viento ¹	Artículo 5° del Reglamento probado por Decreto Supremo 016-93-EM	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ²	10 UIT

¹ Cabe señalar que en la Resolución Directoral N° 053-2011-OEFA/DFSAI de fecha 26 de agosto de 2011 se archivó la presente imputación en el extremo de la infracción establecida en el artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM.

<p>En el punto de control correspondiente a la Chimenea del horno Isasmelt se reportó un valor de 610.62 mg/m³ para el parámetro Emisión de Partículas que supera el Límite Máximo Permisible establecido en la Resolución Ministerial N° 315-96-EM/VMM³</p>	<p>Artículo 3° de la Resolución Ministerial N° 315-96-EM/VMM</p>	<p>Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM</p>	<p>50 UIT</p>
<p>Incumplir la recomendación N° 9 de la supervisión dejada en el Tercera Fiscalización Programada del 2006 referida a preparar una memoria descriptiva del desarrollo del depósito de escorias incluyendo la estabilidad física del mismo, en lo relativo a la falta de berma y poza para contención de depósito de aceites nuevos existentes en la Planta Coquina⁴</p>	<p>Tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM</p>		<p>2 UIT</p>

² **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, hasta un máximo de 600 UIT. (...)

3.2. Si las infracciones referidas en el numeral 3.1 de la presente escala, son determinadas en la investigación correspondiente, como causa de un daño al medio ambiente, se considerarán como infracciones graves y el monto de la multa será de 50 UIT por cada infracción hasta un monto máximo de 600 UIT, independientemente de las obras de restauración que está obligada a ejecutar la empresa. (...)

³ Cabe indicar que en el sub-numeral 3.3.2 del punto 3.3 del numeral 3 del Rubro III de la parte considerativa de la Resolución N° 53-2011-OEFA/DFSAI (Foja 445) se presenta el detalle de los resultados obtenidos en el punto de control Chimenea del horno Isasmelt para el parámetro emisiones de partículas:

PARÁMETRO	CONCENTRACIÓN, MG/M3N CHIMENEA DEL HORNO ISA		NIVEL MÁXIMO PERMISIBLE RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 315- 96-EM/VMM
	1era corrida	2da corrida	
Fecha de muestreo	17.07.07	17.07.07	100
Hora de muestreo	14:30-16:00	16:30-18:00	
Partículas (mg/m3N)	610.62	394.36	

⁴ Debe señalarse que en la Resolución Directoral N° 053-2011-OEFA/DFSAI de fecha 26 de agosto de 2011 se archivó la presente imputación en los extremos del incumplimiento de dos recomendaciones consistentes en:

MULTA TOTAL	62 UIT
-------------	--------

2. Mediante escrito de registro N° 11184 presentado con fecha 19 de setiembre de 2011, SOUTHERN PERU interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 053-2011-OEFA/DFSAI de fecha 26 de agosto de 2011, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

- a) Al momento de aprobarse el PAMA, el concentrado de cobre no representaba un impacto negativo al ambiente; por tanto al encontrarse las actividades que se desarrollan en el Patio Puerto contempladas en dicho instrumento ambiental, no resulta exigible el cumplimiento del artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM.
- b) No existe norma aplicable a los LMP por las emisiones derivadas de la erosión de concentrados de cobre, por lo que no le resulta exigible el cumplimiento del artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM.
- c) Su empresa ha venido adoptando medidas de protección y control al momento de efectuar las actividades de embarque y desembarque de concentrados tales como la utilización de barreras móviles, el regado de las rumas de concentrado con aerospray y la limpieza de áreas utilizadas para el embarque.
- d) El PAMA tiene como finalidad adecuarse a la normativa ambiental vigente, por ello es aplicable únicamente a las actividades económicas que existan con anterioridad a la dación del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM; en ese sentido, al contar con un PAMA aprobado, no resulta aplicable la regulación de los LMP.
- e) A fin de cumplir con el compromiso asumido en el PAMA consistente en reducir las emisiones gaseosas de la Fundición Cobre (captura del 92% del azufre que entraba al proceso de fusión), SOUTHERN PERU introdujo en su proceso productivo una tecnología denominada "ISASMELT"; sin embargo, en la Chimenea de Higiene del Edificio Horno Isasmelt se produjeron emisiones de material particular que no fueron tomadas en cuenta por la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros al aprobar el PAMA, generando un imprevisto no imputable a SOUTHERN PERU.
- f) SOUTHERN PERU no tenía conocimiento que existían emisiones que excedían los LMP sino hasta noviembre del 2007, fecha en la cual se le comunicó el inicio de un procedimiento administrativo sancionador correspondiente a la Auditoría del PAMA efectuada en mayo de dicho año,

- Recomendación N° 8 de la Supervisión Regular del año 2006 consistente en que "Iniciar a la brevedad posible la actualización de la identificación de los puntos de monitoreo de los efluentes minero-metalúrgicos, así como en su ubicación física, ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas.
- Recomendación N° 4 de la Auditoría Ambiental del PAMA consistente en que se debía implementar áreas adecuadas para el almacenamiento temporal de sustancias químicas y colocar en lugares visibles las respectiva hojas MSDS de estas sustancias.

por lo que no hubiera sido posible adecuarse a los LMP para la presente supervisión regular efectuada en julio de 2007, es decir a dos meses de tomado conocimiento del exceso.

- g) SOUTHERN PERU añade que la autoridad ambiental debe considerar el Principio de Gradualidad, establecido en el numeral 4 del artículo 33° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, según el cual los ajustes a los nuevos LMP deben efectuarse de manera progresiva.
- h) Se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad, establecido en numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, en tanto, la sanción no ha sido proporcional al incumplimiento calificado como infracción.
- i) Se ha vulnerado el Principio del Debido Procedimiento, establecido en numeral 1.2. del punto 1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, en tanto, no ha podido ejercer su derecho de defensa puesto que, sólo tuvo acceso a ciertos extremos del Informe de Supervisión.
- j) No existe documento que detalle la cadena de custodia o las personas que hayan tenido a su cargo y han manipulado las muestras de las emisiones obtenidas en la chimenea del Edificio del Horno Isasmelt.
- k) No se han tenido a la vista los certificados de calibración ni las garantías correspondientes a aquellos equipos que debieran ser utilizados para realizar los análisis químicos de las emisiones provenientes de la chimenea del edificio del horno Isasmelt.
- l) Sobre el incumplimiento parcial de la recomendación N° 9, SOUTHERN PERÚ señala que la ha implementado, pero no pudo hacerlo en el plazo dispuesto originalmente debido a circunstancias externas, lo cual fue comprobado durante la fiscalización efectuada en el mes de febrero del 2008.
- m) Asimismo, respecto al citado incumplimiento indica que debe tomarse en cuenta el Principio de Razonabilidad establecido en numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

Competencia

- 3. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013⁵, 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 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.

4. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental⁶, 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.
5. 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, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA⁷.
6. 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.
7. De otro lado, es preciso mencionar que el artículo 10° de la citada Ley N° 29325⁸, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM⁹, y el artículo

⁶ **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.

⁷ **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.

⁸ **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.

⁹ **DECRETO SUPREMO N° 022-2009-MINAM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL OEFA.**

Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD¹⁰, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

Norma Procedimental Aplicable

8. Antes de realizar el análisis de los argumentos esgrimidos por SOUTHERN PERU, 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 intervinientes¹¹.
9. 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 233-2009-OS/CD, corresponderá observar el contenido normativo de dicho cuerpo legal.

Análisis

Protección constitucional al ambiente

10. Al respecto, este Cuerpo Colegiado considera necesario establecer el marco constitucional en el cual se desarrolla el bien jurídico protegido al interior de los

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 interpuesto 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 normatividad ambiental, dentro del ámbito de su competencia.
- c) Ejercer las demás atribuciones que correspondan de acuerdo a Ley.

- ¹⁰ **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.

- ¹¹ **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.

procedimientos administrativos sancionadores por incumplimiento de las normas de protección y conservación del medio 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”¹².

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 siguiente¹³:

“(…) 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 —vivos 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, 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

¹² 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.

¹³ La sentencia recaída en el Expediente 0048-2004-AI, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>

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 otros¹⁴.

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 por¹⁵:

- 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 ese sentido, la primera manifestación implica que toda intervención del ser humano en el medio ambiente no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación existente entre los elementos que lo integran, de modo tal que éste conserve características adecuadas para el desarrollo de la persona y su dignidad. De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.

Por su parte, en la segunda acepción el derecho a la preservación del ambiente entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute; obligaciones que alcanzan también a los particulares, sobre todo a aquellos cuya actividad económica incide, directa o indirectamente, en el ambiente.

En este contexto, resulta oportuno poner énfasis en esta última configuración toda vez 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

¹⁴ 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 RETREPO:

"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.

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

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 previsora del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar. La Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. 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.

Sobre la vulneración al artículo 5° del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica aprobado por Decreto Supremo 016-93-EM

11. En cuanto a los argumentos contenidos en los literales a), b) y c) del numeral 2, corresponde señalar que según el artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo 016-93-EM, el titular minero es responsable por las emisiones, vertimientos y disposición de desechos al medio ambiente que se produzcan como resultado de las actividades efectuadas en el área de su concesión. .

En este sentido, recae sobre el titular de la actividad una obligación de cuidado y preservación del medio ambiente que se traduce en evitar e impedir que dichas emisiones, vertimientos o desechos causen o puedan causar efectos adversos, en razón de su grado de concentración o tiempo de permanencia en el ambiente; o sobrepasen los niveles máximos permisibles que resulten aplicables.

Por lo tanto, las obligaciones ambientales fiscalizables que subyacen del citado artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM se traducen en las siguientes exigencias:

- a) Adopción de las medidas necesarias para impedir o evitar, entre otros, que los elementos y/o sustancias generados como consecuencia de la actividad minera causen o puedan causar efectos adversos al ambiente; y
- b) No exceder los niveles máximos permisibles.

Lo expuesto, precedentemente se condice con lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, en el sentido que las normas ambientales son de orden público y se interpretan siguiendo los principios y normas contenidas en dicha Ley, la misma que recoge las obligaciones ambientales fiscalizables descritas en los literales precedentes.

En efecto, la obligación descrita en el literal a) citado se encuentra prevista, a su vez, en el artículo 74° y en el numeral 1 del artículo 75° de la Ley N° 28611, que establecen el régimen de responsabilidad general para los titulares mineros respecto de todos los efectos negativos derivados del desarrollo de sus actividades y que obliga a la adopción de las medidas de prevención y control del riesgo y daño ambiental; mientras que el numeral 32.1 del artículo 32° del mismo cuerpo legal, recoge la obligación de no exceder los LMP, a que se refiere el literal b), precedente.

En atención a lo expuesto cabe señalar que el presente procedimiento administrativo sancionador se encuentra referido al hecho de no haber retirado los remanentes de concentrados de cobre ubicados en el Patio Puerto los cuales estaban siendo arrastrados por el viento, por lo cual no se han estado adoptando medidas de previsión y control para evitar la erosión eólica, incurriendo en el literal a) detallado precedentemente.

Ahora bien, en cuanto a lo señalado por la apelante sobre la inexigibilidad del artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM al no existir norma aplicable que establezca los LMP para las emisiones derivadas de la erosión de concentrados de cobre, debemos manifestar que, dado que la presente infracción no se encuentra referida al incumplimiento de los Límites Máximos Permisibles, lo aducido por la recurrente no desvirtúa la imputación efectuada.

Asimismo, sobre lo aducido por la recurrente respecto a que no se encuentra obligada al cumplimiento del artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, toda vez que al momento de aprobarse el PAMA el concentrado de cobre no representaba un impacto negativo al ambiente; y, las actividades desarrolladas en el Patio Puerto se encuentran contempladas en dicho instrumento ambiental.

Sobre el particular, corresponde señalar que la obligación contenida en el artículo 9° del Reglamento precitado, que establece que los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental - PAMA tienen como objetivo que los titulares de actividad minera logren reducir sus niveles de contaminación ambiental hasta alcanzar los niveles máximos permisibles, no resulta contraria a la exigencia del cumplimiento de la normativa ambiental general.

En ese sentido, debe indicarse que en el presente procedimiento administrativo, se ha sancionado a la recurrente por no haber adoptado las medidas de previsión y control para evitar la erosión eólica, incumplimiento que sí se encuentra enmarcado en lo establecido en el citado artículo 5° conforme se ha analizado previamente.

Finalmente, cabe señalar que si bien el administrado indicó en su escrito de apelación que ha adoptado las medidas de protección y control al momento de efectuar las actividades de embarque y desembarque, resulta necesario precisar

que en el Informe de Supervisión N° 11-MA-TEC-2007, fundamento del presente procedimiento administrativo sancionador, se planteó la Observación N° 10 (Foja 37), la misma que señaló lo siguiente:

“En el área de Almacenamiento de concentrados de Patio Puerto, se observó que en el suelo existe concentrado remanente que no tiene la protección (Aerospray) para evitar su erosión por el viento, constituyendo una fuente de generación de polvo”

Asimismo, en el citado Informe de Supervisión se ha anexado la Fotografía N° 24, en la cual se observa remanente de concentrado seco sobre el piso, el mismo que según lo señalado por el supervisor constituyó una fuente de generación de polvo.

Al respecto, se debe tener presente que en atención al numeral 22.5 del artículo 22° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 233-2009-OS-CD, el informe de supervisión dentro del procedimiento administrativo sancionador se presume cierto y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario, la cual no ha sido aportada en el presente caso, por lo que la infracción imputada ha quedado debidamente acreditada.

Por consiguiente, corresponde desestimar lo argumentado por la recurrente en este extremo.

Sobre el exceso de LMP en el parámetro Materia Particulada PM 10 en la Chimenea del edificio Horno Isasmelt

12. Respecto al argumento señalado en los literales d) al g) del numeral 2, debe indicarse que mediante Resolución Directoral 042-1997-EM/DGM de fecha 31 de enero de 1997 se aprobó el Programa de Adecuación y Manejo Ambiental – PAMA de SOUTHERN PERU, estableciéndose que la adecuación a los LMP se efectuaría en un período de 10 años.

Asimismo, respecto a lo argumentado por la recurrente en relación a que en el PAMA no se estableció la exigencia de cumplir los LMP en el punto de control donde se excedió el parámetro PM 10, y que por no tener conocimiento sobre la existencia de estas emisiones que excedían los LMP sino hasta noviembre del año 2007, con motivo del inicio de un procedimiento administrativo sancionador correspondiente a la Auditoría del PAMA efectuada en mayo de dicho año, no le habría sido posible adecuarse a los LMP para la supervisión regular efectuada en julio de 2007 que motiva este procedimiento sancionador; corresponde señalar que no obstante que los Programas de Adecuación y Manejo Ambiental - PAMA tienen como objetivo que los titulares de actividad minera logren reducir sus niveles de contaminación ambiental hasta alcanzar los niveles máximos permisibles, conforme a lo establecido por el artículo 9° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, el plazo establecido sólo se otorga para adecuarse a aquellos LMP explícitamente incluidos en el PAMA. De esta forma, el resto de la normativa ambiental, incluyendo el LMP para el parámetro PM 10 regulado en el artículo 3° del Reglamento aprobado por Resolución N° 315-96-EM, resulta legalmente exigible a SOUTHERN PERÚ y el desconocimiento por parte del administrado

del exceso de los LMP que estaba produciendo, no es razón justificante para evitar los efectos de la sanción.

En ese sentido, se debe considerar también que el artículo 74° de la Ley N° 28611 establece 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.

Por lo tanto, el administrado no puede alegar desconocimiento del mandato legal, conforme a lo establecido en el artículo 109° de la Constitución Política de 1993.

Sobre la supuesta vulneración a los Principios de Razonabilidad y Debido Procedimiento

13. Respecto a los argumentos contenidos en los literales h) e i) del numeral 2°, corresponde señalar que el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, que regula el Principio de Razonabilidad, establece que las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo para estos efectos observar los criterios de graduación. En el presente caso, el esquema de la infracción administrativa se ha desarrollado de la siguiente forma:

- a) **Norma sustantiva**, el artículo 3° de la Resolución Ministerial N° 315-96-EM/VMM establece que el Nivel Máximo Permissible de Emisión de Partículas al cual se sujetarán las Unidades Minero - Metalúrgicas será de 100 mg/m³ medido en cualquier momento en el punto o puntos de control.
- b) **Norma tipificadora**, el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM establece que el monto de la multa será de 50 UIT por cada infracción, sin considerar un rango de valores.

Sobre el particular, habiéndose acreditado objetivamente al interior del presente procedimiento que la recurrente incumplió el artículo 3° de la Resolución Ministerial N° 315-96-EM/VMM toda vez que sobrepasaron los LMP en el punto de control correspondiente a la Chimenea del horno Isasmelt, correspondía aplicar la sanción prevista en el numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, la que asciende a 50 UIT.

Conforme a lo expuesto, se constata que la multa total impuesta se determinó de acuerdo al rango establecido en la Escala de Multas y Penalidades, aprobado por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, correspondiendo declarar infundado el recurso de apelación en este extremo.

Asimismo, respecto a la supuesta vulneración del Principio del Debido Procedimiento, regulado en el numeral 2° del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, toda vez que no se habría notificado la

totalidad del informe de supervisión, corresponde señalar que mediante el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, notificado a la recurrente mediante Oficio N° 2149-2009-OS-GFM con fecha 06 de enero de 2010 (Foja 421), se adjuntó copia del Informe de Supervisión Regular 2007 realizado en la Fundición y Refinería de Cobre Ilo, a fin que efectúe los descargos correspondientes, garantizándose así que la recurrente cuente con todos los medios probatorios suficientes para ejercer su derecho de defensa, no resultando cierto lo alegado.

Sobre la cadena de custodia y los certificados de calibración

14. Respecto a los literales j) y k) del numeral 2, corresponde señalar que en el Anexo N° 7 del Informe de Supervisión (foja 335), obra la cadena de custodia del Laboratorio Inspectorate Services Perú S.A.C. donde se detalla los datos del cliente, del objeto de ensayo y del muestreo respecto del parámetro Materia Particulada (PM-10), el mismo que, conforme se ha señalado anteriormente fue remitido a la recurrente con el Oficio 2149-2009-OS-GFM el 06 de enero de 2010.

Asimismo, respecto a lo argumentado por la recurrente de que no tuvo a la vista el certificado de calibración ni las garantías correspondientes a los equipos que fueron utilizados para realizar los análisis de las emisiones provenientes de la chimenea del edificio del horno Isasmelt; cabe señalar que obra adjunto al Informe de Supervisión el Certificado de Calibración correspondiente al muestreo Isocinético (foja 359), el mismo que, conforme se ha señalado anteriormente, fue remitido a la recurrente con el Oficio 2149-2009-OS-GFM el 06 de enero de 2010.

En consecuencia, lo señalado por la recurrente no resulta correcto y menos desvirtúa la imputación efectuada.

Sobre el incumplimiento parcial de la recomendación N° 9

15. Respecto al argumento señalado en los literales l) y m) del numeral 2, corresponde indicar que en atención la Tercera Supervisión del año 2006, llevada a cabo del 06 al 12 de diciembre de dicho año, se efectuó la Recomendación N° 9 por la cual se estableció que la recurrente debía preparar en un plazo de 60 días una memoria descriptiva del desarrollo del depósito de escorias incluyendo la estabilidad física del mismo (Foja 127 del Expediente N° 1665004).

Sobre el particular, en la supervisión regular efectuada los días 18 al 26 de julio del año 2007, en su Informe el supervisor determinó el incumplimiento parcial de dicha recomendación, indicando que existe un grado de cumplimiento del 50%, porque el titular ha presentado el Programa ejecutado del movimiento de escorias de las playas hacia los depósitos, pero no ha presentado el documento de la estabilidad física.

Asimismo, corresponde precisar que según lo señalado en el escrito de la apelación N° 11184 de fecha 19 de setiembre de 2011, el administrado acepta haber incumplido la recomendación de forma parcial y que culminó con la implementación de la recomendación para el año 2008 (foja 459 al 460):

*En ese sentido, si bien es cierto que la implementación de la Recomendación N° 9 no se llevó a cabo en el plazo dispuesto originalmente, la autoridad no debe perder de vista que **SPCC sí tenía intención de implementar la referida recomendación dentro del plazo otorgado (...)***

Por tanto, dado que la labor de determinación sobre el cumplimiento o no de las recomendaciones formuladas por los Supervisores Externos debe efectuarse en la forma, modo y/o plazo especificados para su ejecución; y, al haberse determinado el incumplimiento de la recomendación en el plazo establecido, corresponde desestimar los argumentos esgrimidos por la impugnante en este extremo.

Sin perjuicio de lo señalado debe indicarse que conforme con lo establecido en el numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/MM, 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, por lo que la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos ha cumplido con imponer la multa correspondiente conforme a ley.

Estando a los considerandos expuestos, y 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 Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental y Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por SOUTHERN PERU COPPER CORPORATION, Sucursal del Perú contra la Resolución Directoral N° 53-2011-OEFA/DFSAL de fecha 26 de agosto de 2011, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución; quedando agotada la vía administrativa.

Artículo Segundo.- DISPONER que el monto de la multa sea depositado en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicar al momento de la cancelación al banco el número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

Artículo Tercero.- NOTIFICAR la presente resolución a SOUTHERN PERU COPPER CORPORATION, Sucursal del Perú 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



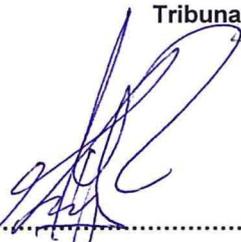
.....
JOSÉ AUGUSTO CHÍRINOS CUBAS
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental



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



.....
VERÓNICA VIOLETA ROJAS MONTES
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental



.....
HÉCTOR ADRIÁN CHÁVARRY ROJAS
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental

