

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 068-2013-OEFA/TFA

Lima, 19 MAR. 2013

VISTO:

El Expediente N° 2007-053¹ que contiene el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA ATACOCHA S.A.A.² (en adelante, ATACOCHA) contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 000898 del 22 de setiembre de 2008 y el Informe N° 68-2013-OEFA/TFA/ST del 08 de marzo de 2013;

CONSIDERANDO:

1. Por Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 000898 del 22 de setiembre de 2008 (Fojas 844 a 853), notificada el 26 de setiembre de 2008, la Gerencia General del OSINERGMIN impuso a ATACOCHA una multa de doscientas sesenta y seis (266) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de diecisiete (17) infracciones; conforme se detalla a continuación³:

N°	HECHO IMPUTADO	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Incumplir el compromiso asumido en el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Nuevo Depósito de Relaves	Artículo 6° del Reglamento aprobado por	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución	10 UIT

¹ Corresponde precisar que el presente procedimiento administrativo sancionador se inició como consecuencia de los resultados de la supervisión regular llevada a cabo del 17 al 21 de julio de 2007, en las instalaciones de la Unidad Minera ATACOCHA y Concesión de Beneficio CHICRIN N° 2, ubicada en el distrito de Yanacancha, provincia y departamento de Pasco, de titularidad de COMPAÑÍA MINERA ATACOCHA S.A.A., obrantes en el Informe de Supervisión N° 06-MA-2007-ACOMISA (Foja 83 a 669).

² COMPAÑÍA MINERA ATACOCHA S.A.A. identificada con RUC N° 20100123500

³ De acuerdo al artículo 3° de la parte resolutive de la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 000898 de fecha 22 de setiembre de 2008, se dispuso el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador en el extremo referido a una (01) infracción al artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, por el incumplimiento del compromiso asumido en el Estudio de Impacto Ambiental, al mantener el borde libre de 2 metros en el Vaso 2.

	Vaso Cajamarquilla - Etapa 1, aprobado por Resolución Ministerial N° 234-2005-MEM/DGAAM, por no construir los canales de coronación para los depósitos de relaves Vasos 1 y 2	Decreto Supremo N° 016-93-EM ⁴	Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ⁵	
2	Incumplir el compromiso asumido en el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Nuevo Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla - Etapa 1, aprobado por Resolución Ministerial N° 234-2005-MEM/DGAAM, por no construir la cuneta de coronación en la margen derecha de la carretera central	Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	10 UIT
3	Incumplir el compromiso asumido en el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Nuevo Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla - Etapa 1, aprobado por Resolución Ministerial N° 234-2005-MEM/DGAAM, por no construir las cajas de captación de drenajes	Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	10 UIT
4	Incumplir el compromiso asumido en el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Nuevo Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla - Etapa 1, aprobado	Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-	10 UIT

4 DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO PARA LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA ACTIVIDAD MINERO – METALÚRGICA.

Artículo 6°.- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 225° de la Ley, es obligación del titular poner en marcha y mantener programas de previsión y control contenidos en el Estudio de Impacto Ambiental y/o Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, basados en sistemas adecuados de muestreo, análisis químicos, físicos y mecánicos, que permitan evaluar y controlar en forma representativa los efluentes o residuos líquidos y sólidos, las emisiones gaseosas, los ruidos y otros que puedan generar su actividad, por cualquiera de sus procesos cuando éstos pudieran tener un efecto negativo sobre el medio ambiente.

Dichos programas de control deberán mantenerse actualizados, consignándose en ellos la información referida al tipo y volumen de los efluentes o residuos y las concentraciones de las sustancias contenidas en éstos.

El tipo, número y ubicación de los puntos de control estarán de acuerdo a las características geográficas de cada región donde se encuentra ubicado el centro productivo. Estos registros estarán a disposición de la autoridad competente cuando lo solicite, bajo responsabilidad.

5 RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM. APRUEBAN ESCALA DE MULTAS Y PENALIDADES A APLICARSE POR INCUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES DEL T.U.O. DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA Y SUS NORMAS REGLAMENTARIAS.

3. MEDIO AMBIENTE

3.1. Infracciones de las disposiciones referidas a medio ambiente contenidas en el T.U.O., 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 estas infracciones, se comprende también a aquellos titulares que hayan iniciado operaciones sin tener aprobado el correspondiente Estudio de Impacto Ambiental o que teniéndolo aprobado incumplan los compromisos asumidos en dicho estudio.

	por Resolución Ministerial N° 234-2005-MEM/DGAAM, por no utilizar el procedimiento de prevención y control de derrames de hidrocarburos	N° 016-93-EM	2000-EM/VMM	
5	Incumplir el compromiso asumido en el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Nuevo Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla - Etapa 1, aprobado por Resolución Ministerial N° 234-2005-MEM/DGAAM, por no mantener el borde libre de 2 metros en el Vaso	Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	10 UIT
6	Incumplir el compromiso asumido en el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Nuevo Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla - Etapa 1, aprobado por Resolución Ministerial N° 234-2005-MEM/DGAAM, por no monitorear los suelos	Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	10 UIT
7	Incumplir el compromiso asumido en el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Nuevo Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla - Etapa 1, aprobado por Resolución Ministerial N° 234-2005-MEM/DGAAM, por no monitorear los ruidos	Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	10 UIT
8	En el punto de control E-09, correspondiente al efluente de la plata concentradora que se une a las aguas de mina del nivel 3570, que desemboca en el río Huallaga se reportó un valor de	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ⁶ y Artículo 5° del	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ⁸	50 UIT

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

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		
NIVELES MÁXIMOS PERMISIBLES DE EMISIÓN PARA LAS UNIDADES MINERO-METALÚRGICAS		
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
Piomo (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.

	4.35 mg/L para el parámetro Zinc, que supera el Límite Máximo Permisible establecido en la columna "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM ⁷		
9	En el punto de control E-12, correspondiente al drenaje de la relavera Tlacacayan (aguas clarificadas de rebose), que desemboca en el río Tlacacayan se reportó un valor de 9.27 para el parámetro pH, que incumple el rango Límite Máximo Permisible 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 y Artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	50 UIT
10	Desarrollar actividades mineras en el Depósito de Relaves Cajamarquilla II Etapa (Vaso 3), sin contar con un Estudio de Impacto Ambiental	Artículos 7° y 23° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM ⁹ y	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	10 UIT

⁸ **RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM. APRUEBAN ESCALA DE MULTAS Y PENALIDADES A APLICARSE POR INCUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES DEL TUO DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA Y SUS NORMAS REGLAMENTARIAS.**

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. Para el caso de PPM, la multa será de 10 UIT por cada infracción. (...)

⁷ **DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO PARA LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA ACTIVIDAD MINERO – METALÚRGICA.**

Artículo 5°.- El titular de la actividad minero-metalúrgica, es responsable por las emisiones, vertimientos y disposición de desechos al medio ambiente que se produzcan como resultado de los procesos efectuados en sus instalaciones. A este efecto es su obligación evitar e impedir que aquellos elementos y/o sustancias que por sus concentraciones y/o prolongada permanencia puedan tener efectos adversos en el medio ambiente, sobrepasen los niveles máximos permisibles establecidos.

⁹ **DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO PARA LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA ACTIVIDAD MINERO – METALÚRGICA.**

Artículo 7°.- Los titulares de la actividad minera deberán presentar:

(...)

3. Los titulares de concesiones que se encuentren en la etapa de producción u operación y que requieren ampliar sus operaciones, deberán presentar al Ministerio de Energía y Minas un Estudio de Impacto Ambiental del correspondiente proyecto.

		Artículo 25° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 046-2001-EM ¹⁰		
11	Desarrollar actividades mineras en la cantera de material de préstamo, ubicado en el sector Chicrín 3B sin contar con un Estudio de Impacto Ambiental aprobado	Artículos 7° y 23° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM y Artículo 25° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 046-2001-EM	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	10 UIT
12	Disponer desmontes en el Depósito de Relaves Malauchaca, sin contar con un Estudio de Impacto Ambiental aprobado	Artículos 7° y 23° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM y Artículo 25° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 046-2001-EM	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	10 UIT

Artículo 23°.- El EIA deberá presentarse al Ministerio de Energía y Minas en dos ejemplares. El Ministerio de Energía y Minas, luego de recibido el EIA y/o la ampliación solicitada, procederá a su revisión, la que deberá efectuarse dentro un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días. Transcurrido dicho plazo, sin haberse emitido comunicación alguna, el EIA quedará aprobado automáticamente.

Cabe aclarar que en atención a lo dispuesto por la primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo, se establece que excepcionalmente se aplica el silencio administrativo negativo para aquellos casos en los que se afecte significativamente el interés público, incidiendo en la salud, el medio ambiente, los recursos naturales; en tal sentido, ya no se aplica la aprobación automática.

¹⁰ **DECRETO SUPREMO N° 046-2001-EM. REGLAMENTO DE SEGURIDAD E HIGIENE MINERA.**

Artículo 25°.- Las actividades mineras no podrán iniciar, reiniciar o cesar sus operaciones sin notificar previamente a la autoridad minera, adjuntando lo siguiente:

- a) Evaluación ambiental o estudio de impacto ambiental, plan de minado y plan de cierre debidamente aprobados.
(...).

13	Disponer relaves en el Vaso 3 del Depósito de Relaves de Cajamarquilla-Etapa II, sin contar con la autorización otorgada por el Ministerio de Energía y Minas	Artículo 38° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N°018-92-EM ¹¹ y Artículo 42° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 03-94-EM ¹²	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	10 UIT
14	Verter al río Huallaga el efluente minero metalúrgico proveniente de la poza que capta las filtraciones de los Depósitos de Relaves Cajamarquilla (vasos 1, 2 y 3) sin adoptar medida de previsión y control alguna, ni contar con la autorización correspondiente.	Artículos 5° y 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, Artículo 74° de la Ley N° 28611 ¹³ y Artículo 104° de la Ley N° 26842 ¹⁴	Numeral 3.4 ¹⁵ del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	50 UIT

11 DECRETO SUPREMO N°018-92-EM. APRUEBAN EL REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTOS MINEROS.

Artículo 38°.- Concluidas la construcción e instalación de la planta, el interesado dará aviso a la Dirección General de Minería para que proceda a ordenar una inspección a fin de comprobar que las mismas se han efectuado de conformidad con el proyecto original, en lo que se refiere a seguridad e higiene minera e impacto ambiental. Asimismo, acompañará la autorización de vertimientos de residuos industriales correspondiente. La diligencia de inspección deberá realizarse dentro de los sesenta (60) días naturales siguientes a la fecha en que fue solicitada.

Si la inspección fuere favorable, la Dirección General de Minería otorgará el título de la concesión. Dicha resolución autorizará el funcionamiento de la planta, así como el uso de las aguas solicitadas y el sistema de vertimientos de los líquidos industriales y domésticos.

La resolución deberá transcribirse al Registro Público de Minería para su inscripción en la partida correspondiente a la concesión.

La concesión de beneficio otorga a su titular un derecho real.

12 DECRETO SUPREMO N° 03-94-EM. APRUEBAN EL REGLAMENTO DE DIVERSOS TÍTULOS DEL TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA.

Artículo 42°.- Instalaciones adicionales. Autorización

Los titulares de la actividad minera requerirán la autorización de la Dirección General de Minería para el funcionamiento de las instalaciones adicionales y/o complementarias a las plantas de beneficio que tengan por objeto utilizar cualquier elemento resultante de su proceso minero-metalúrgico

13 Ley N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 74°.- De la responsabilidad general

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.

14 LEY N° 26842. LEY GENERAL DE SALUD.

Artículo 104°.-Toda persona natural o jurídica, está impedida de efectuar descargas de desechos o sustancias contaminantes en el agua, el aire o el suelo, sin haber adoptado las precauciones de depuración en la forma que señalan las normas sanitarias y de protección del ambiente.

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

3. MEDIO AMBIENTE

(...) 3.4. La descarga de relaves y desechos, así como la emisión de gases o polvos al ambiente en general, sin contar con la autorización correspondiente será sancionada de acuerdo a la tabla siguiente:

15	Incumplir la Recomendación N° 03 correspondiente a la Segunda Fiscalización sobre Normas de Protección y Conservación del Ambiente del 2006: "Malauchaca": Terminar con la construcción del canal de coronación en la zona sur del Depósito de Relaves Malauchaca y evacuar el material de desmonte depositado en la zona norte para terminar la revegetación"	Tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM ¹⁶	2 UIT
16	Incumplir la Recomendación N° 05 formulada en la Segunda Fiscalización sobre Normas de Protección y Conservación del Ambiente del 2006: "Conjunto de relaveras de Chicrin.- En el conjunto de relaveras de Chicrin y Cajamarquilla: instalar un piezómetro en el lado sur aguas arriba y otro en el lado norte aguas abajo para monitorear la calidad del agua subterránea de esa zona"	Tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM	2 UIT
17	Incumplir la Recomendación N° 06 formulada en la Segunda Fiscalización sobre Normas de Protección y Conservación del Ambiente del 2006: "Relavera 3A y Chicrin y Ticlacayan: El titular minero debe realizar el monitoreo interno de la calidad de aguas subterráneas en las relaveras 3A y	Tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM	2 UIT

SANCIÓN POR OCURRENCIA

	1ª Vez	2ª Vez	3ª Vez
Productores Mineros en General	Multa de 50UIT	Multa de 600 UIT	Paralización de actividades

¹⁶ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM. APRUEBAN ESCALA DE MULTAS Y PENALIDADES A APLICARSE POR INCUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES DEL TUO DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA Y SUS NORMAS REGLAMENTARIAS.

3. MEDIO AMBIENTE

(...)

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. (...)

	Ticlayan, utilizando piezómetros operativos para napas freáticas, ubicados en cada una de estas relaveras"	
	MULTA TOTAL	266 UIT

2. Adicionalmente, en el artículo 2° de la parte resolutive de la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 000898 del 22 de setiembre de 2008, se impuso a ATACCOCHA las siguientes medidas correctivas:

- Construir en el plazo de 120 días calendario los canales de coronación, cuneta de coronación y cajas de captación de drenajes a que se refieren las infracciones descritas en lo puntos 3.1, 3.2 y 3.3 de la resolución.
- Cumplir en el plazo de 120 días calendario las recomendaciones pendientes formuladas en la segunda fiscalización ambiental del año 2006.
- Presentar en el plazo de 120 días calendario, un estudio de estabilidad física del depósito de relaves Cajamarquilla y construir las obras consideradas en el EIA, destinadas a evitar el ingreso de aguas de escorrentías al depósito de relaves Cajamarquilla.
- Paralizar el efluente minero metalúrgico proveniente de la poza que capta las filtraciones de los depósitos de relaves Cajamarquilla (Vasos 1, 2 y 3), a que se refiere el punto 3.15 de la presente resolución.

3. Mediante escrito con registro N° 1076210 presentado el 17 de octubre de 2008 (Fojas 856 a 955) complementado por escrito con registro N° 2011-E01-011214 de fecha 20 de setiembre de 2011 (Fojas 972 a 987), ATACCOCHA interpuso recurso de apelación parcial contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 000898 de fecha 22 de setiembre de 2008 sólo en cuanto a las infracciones contenidas en los numerales 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 2.7, 2.9, 2.10, 2.13 y 2.15 de la citada resolución, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

- a) La construcción del canal de coronación de la margen izquierda del Depósito de Relaves Cajamarquilla – Vasos 1 y 2, únicamente fue mencionada de manera referencial en el Plan de Contingencia del Estudio de Impacto Ambiental; toda vez que la aprobación de dicha construcción se efectúa a través del procedimiento de aprobación de concesión de beneficio, lo cual no ha sido tomado en cuenta por la autoridad administrativa.

En efecto, la construcción del citado canal de coronación fue aprobada durante el procedimiento de solicitud de ampliación de la concesión de beneficio CHICRÍN N° 2, comprometiéndose a efectuar dicha construcción a la finalización de la operación del Vaso 3 del Depósito de Relaves Cajamarquilla; por lo que, al

encontrarse supeditado a este procedimiento de aprobación, no era necesario solicitar la modificación del Estudio de Impacto Ambiental, toda vez que la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental no implica una autorización de construcción inmediata.

- b) Se vieron imposibilitados de construir el canal de coronación de la margen derecha del Depósito de Relaves Cajamarquilla conforme estaba especificado en el Estudio de Impacto Ambiental, por lo que en su reemplazo utilizaron la cuneta de la carretera de la vía hacia Huánuco.

Dicha circunstancia se puso en conocimiento de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas durante el procedimiento de solicitud de ampliación de la concesión de beneficio CHICRÍN N° 2, por lo que no era necesario solicitar la modificación del Estudio de Impacto Ambiental al no ser éste el procedimiento idóneo para que se emita pronunciamiento respecto de la autorización de construcción del citado canal de coronación.

- c) De la Resolución N° 1174-2007-MEM-DGM/V, que aprueba el Informe N° 080-2007-MEM-DGM-DTM/PB, relacionado a la Inspección de Verificación al Vaso 3, se concluye que existen dos estructuras ubicadas debajo de la presa N° 04, una de ellas es la poza colectora de aguas de escorrentías y la otra es la poza colectora de subdrenajes, acreditándose así la existencia de la caja de captación de aguas de escorrentías, situación contraria a lo señalado por OSINERGMIN.

Así, se debe tener en cuenta que la resolución que aprobó la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla ha determinado que la ubicación de las cajas colectoras de las aguas de escorrentía sería aguas abajo de la Presa N° 04; en tal sentido, ATACCOCHA sólo se encontraba obligada a cumplir este instrumento de gestión ambiental.

- d) Se asumió en el Estudio de Impacto Ambiental el compromiso general de monitorear, controlar y prevenir derrames de hidrocarburos; sin embargo, la observación de una muestra de derrame sin evidencia objetiva de daño alguno, no puede considerarse como causal para imputar el incumplimiento del citado compromiso ambiental.

- e) En el Estudio de Impacto Ambiental no existe el compromiso expreso de mantener el borde libre de dos (2) metros en el Vaso 1 del Depósito de Relaves Cajamarquilla.

Sin perjuicio de ello, existe una inconsistencia en la valoración de las pruebas toda vez que el único sustento que se ha tenido para imputar dicha infracción es una fotografía que, dada la distancia en la que fue tomada, puede inducir a error.

- f) En el Estudio de Impacto Ambiental no se estableció la frecuencia del monitoreo de suelos. En efecto, recién a partir de la emisión la Resolución Directoral N° 242-2007-MEM/AAM de fecha 19 de julio de 2007 que aprobó la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla, se

ha establecido que la frecuencia de monitoreo se iniciaría a la culminación de la operación del Vaso 3.

- g) La resolución recurrida no ha sido motivada adecuadamente, vulnerándose lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 3° y artículo 6° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, toda vez que el análisis de las infracciones señaladas en los numerales 2.1 (no construir los canales de coronación para los Depósitos de Relaves Cajamarquilla Vaso 1 y 2), 2.2 (no construir la cuneta de coronación en la margen derecha de la Carretera Central), 2.3 (no construir las cajas de captación de drenajes), 2.4 (no utilizar el procedimiento de prevención y control de derrames de hidrocarburos) y 2.5 (no mantener el borde libre de 2 metros en el Vaso 1) de la resolución apelada, carece de sustento.
- h) Se ha vulnerado el Principio de Tipicidad establecido en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, toda vez que las conductas infractoras relacionadas al incumplimiento de los compromisos ambientales asumidos en el Estudio de Impacto Ambiental no se encuentran contenidas en el artículo 6° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 016-93-EM.
- i) La imputación de la infracción por exceso de los LMP para el parámetro Zinc, está basada en una muestra que se ha obtenido sin seguir los protocolos previstos para dicho fin, dado que al recolectarse la toma para evaluar metales disueltos la misma no fue filtrada ni preservada, conforme se aprecia de la cadena de custodia N°9379, por lo que los resultados obtenidos a partir de aquella muestra son distorsionados.
- j) El equipo de medición utilizado para el monitoreo de calidad de agua del parámetro pH, tiene un certificado de calibración con más de un año de antigüedad y no identifica el número de serie del equipo, no existiendo evidencia además que acredite que el equipo haya sido calibrado en campo.
- k) ~~Se vulnera el Principio de Verdad Material contenido en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, así como el Principio de Tipicidad, Principio de Causalidad y Principio de Presunción de Licitud, previstos en los numerales 4, 8 y 9 del artículo 230° de la referida Ley N° 27444, por cuanto no se ha analizado la calidad del cuerpo receptor, ni está acreditado que sus efluentes han contaminado el ambiente causando daño ambiental.~~
- l) Con el dictado de la Resolución Directoral N° 242-2007-MEM/AAM de fecha 19 de julio del 2007, por la que se aprobó la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla, el Depósito de Relaves de Malauchaca dejó de funcionar como tal para convertirse en depósito de desmontes. En tal sentido, durante la supervisión sólo les era exigible el nuevo instrumento de gestión ambiental.
- m) No se han realizado descargas al río Huallaga sin autorización, toda vez que en la fecha que se realizó la supervisión se encontraba instalada la infraestructura

correspondiente a la solicitud de vertimiento del punto de control E-23, la misma que se encontraba a prueba en tanto se aprobara su solicitud de autorización para vertimiento que fuera presentada el 03 de julio del 2007.

- n) Se ha vulnerado el Principio de Tipicidad contenido en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444 toda vez que la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, no regula ninguno de los supuestos de hecho de las normas supuestamente infringidas (artículos 5° y 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, artículo 74° de la Ley General del Ambiente y 104° de la Ley General de Salud) dado que tales normas no tipifican como conducta regulada la obligación de contar con autorización para realizar descargas al ambiente.
- o) Se ha transgredido el Principio del Debido Procedimiento Administrativo contenido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 y, de igual modo, el Principio de Legalidad y Razonabilidad, regulados en los numerales 1 y 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444; toda vez que las infracciones están basadas en normas genéricas no aplicables al caso en concreto, del mismo modo, no se ha valorado íntegramente los descargos presentados.

Objeto de Pronunciamento

4. Cabe señalar que ATACOCHA ha impugnado la resolución recurrida en el extremo referido a las seis (06) infracciones al artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM (ítems del 1 al 6 del cuadro detalle del considerando 1 de la presente resolución), una (01) infracción a los artículos 7° y 23° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM y al artículo 25° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 046-2001-EM (ítem 12 del cuadro detalle del considerando 1 de la presente resolución), y dos (02) infracciones graves al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM y al artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM (ítems 8 y 9 del cuadro detalle del considerando 1 de la presente resolución).

En tal sentido, en aplicación del numeral 4 del artículo 3° de la Ley N° 27444, el cual obliga a una motivación congruente, sólo serán objeto de pronunciamiento dichos extremos del presente procedimiento administrativo sancionador.

En cuanto a los otros extremos de la citada resolución, como la infracción al artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM (ítem 7 del cuadro detalle del considerando 1 de la presente resolución), dos (02) infracciones a los artículos 7° y 23° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM y artículo 25° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 046-2001-EM (ítems 10 y 11 del cuadro detalle del considerando 1 de la presente resolución), una (01) infracción al Artículo 38° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM y artículo 42° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 03-94-EM (ítem 13 del cuadro detalle del considerando 1 de la presente resolución) y tres (03) infracciones respecto al incumplimiento de las recomendaciones (ítems 15 al 17 del

cuadro detalle del considerando 1 de la presente resolución); no habiendo ATACOCHA impugnado las sanciones impuestas, en aplicación del artículo 212° de la Ley N° 27444 la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 000898 del 22 de setiembre de 2008 ha quedado firme.

Competencia

5. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013¹⁷, 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).
6. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental¹⁸, 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 ambiental.
7. 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 ambiental serán asumidas por el OEFA¹⁹.

¹⁷DECRETO 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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. 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 como fecha efectiva de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería del OSINERGMIN al OEFA, el 22 de julio de 2010.
9. En adición, el artículo 10° de la citada Ley N° 29325²⁰, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM²¹, y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD²², modificado por Resolución N° 014-2012-OEFA/CD, 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

10. Antes de realizar el análisis de los argumentos formulados por ATACOCHA, 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 en la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes²³.

²⁰ 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.

²¹ 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 interpuesto contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos.

²² RESOLUCIÓN 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.

²³ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

11. A la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD; siendo aplicable posteriormente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución N° 012-2012-OEFA/CD, con vigencia desde el 14 de diciembre de 2012²⁴.

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, constituye derecho fundamental de la persona “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”²⁵.

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 siguiente²⁶:

“(…) 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

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.

²⁴RESOLUCIÓN N° 012-2012-OEFA/CD. APRUEBAN NUEVO REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL – OEFA.

Artículo 3°.- Disponer que las disposiciones de carácter procesal del presente Reglamento se aplicarán a los procedimientos administrativos sancionador en trámite, en la etapa en que se encuentren.

²⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

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.

²⁶ Sentencia recaída en el Expediente 0048-2004-AI. Disponible en:
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>

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, 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 otros²⁷.

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 por²⁸:

a) El derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado; y

²⁷ 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.

²⁸ Sentencia recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>

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 mencionada 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 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 relación al incumplimiento del Estudio de Impacto Ambiental

13. Con relación a lo alegado en los literales del a) al f) del numeral 3, se debe tener presente, en primer lugar, que de acuerdo al numeral 2 del artículo 7° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, en concordancia con el artículo 2° de su Título Preliminar, para el desarrollo de actividades de explotación el titular minero debe contar con un Estudio de Impacto Ambiental (en adelante, EIA), el que deberá ser presentado para su aprobación ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas, y abarcar, entre otros, los aspectos físico-naturales, biológicos, socio-económicos y culturales en el área de influencia del proyecto así como las medidas de prevención, mitigación o corrección a aplicar para lograr un desarrollo armónico entre las operaciones de la industria minera y el medio ambiente²⁹.

²⁹ DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO PARA LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA ACTIVIDAD MINERO-METALÚRGICA.

En ese mismo sentido, los artículos 16°, 17° y 18° de la Ley N° 28611 prevén que los estudios ambientales en su calidad de instrumentos de gestión incorporan aquellos programas y compromisos que, con carácter obligatorio, tienen como propósito evitar o reducir a niveles tolerables, el impacto al medio ambiente generado por las actividades productivas³⁰.

Por su parte, de acuerdo al artículo 6° de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, dentro del procedimiento de certificación ambiental se deben seguir diversas etapas, entre las cuales se tiene la revisión del EIA, en la que el estudio original presentado por el titular minero es sometido a examen por la autoridad competente³¹.

En efecto, en el marco de los artículos 5° y 6° del Decreto Supremo N° 053-99-EM, que establecen las disposiciones para uniformizar los procedimientos administrativos ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas, y el artículo 12° de la Ley N° 27446, dicha autoridad se encuentra autorizada

Artículo 2°.- Definiciones. Para los efectos de este Reglamento se define lo siguiente: (...)

Estudio de Impacto Ambiental (EIA).- Estudios que deben efectuarse en proyectos para la realización de actividades en concesiones mineras, de beneficio, de labor general y de transporte minero, que deben evaluar y describir los aspectos físico-naturales, biológicos, socio-económicos y culturales en el área de influencia del proyecto, con la finalidad de determinar las condiciones existentes y capacidades del medio, analizar la naturaleza, magnitud y prever los efectos y consecuencias de la realización del proyecto, indicando medidas de previsión y control a aplicar para lograr un desarrollo armónico entre las operaciones de la industria minera y el medio ambiente.

³⁰ **LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.**

Artículo 16°.- De los instrumentos

16.1 Los instrumentos de gestión ambiental son mecanismos orientados a la ejecución de la política ambiental, sobre la base de los principios establecidos en la presente Ley, y en lo señalado en sus normas complementarias y reglamentarias.

16.2 Constituyen medios operativos que son diseñados, normados y aplicados con carácter funcional o complementario, para efectivizar el cumplimiento de la Política Nacional Ambiental y las normas ambientales que rigen en el país.

Artículo 17°.- De los tipos de instrumentos

17.1 Los instrumentos de gestión ambiental podrán ser de planificación, promoción, prevención, control, corrección, información, financiamiento, participación, fiscalización, entre otros, rigiéndose por sus normas legales respectivas y los principios contenidos en la presente Ley.

17.2 Se entiende que constituyen instrumentos de gestión ambiental, los sistemas de gestión ambiental, nacional, sectoriales, regionales o locales; el ordenamiento territorial ambiental; la evaluación del impacto ambiental; los Planes de Cierre; los Planes de Contingencias; los estándares nacionales de calidad ambiental; la certificación ambiental, las garantías ambientales; los sistemas de información ambiental; los instrumentos económicos, la contabilidad ambiental, estrategias, planes y programas de prevención, adecuación, control y remediación; (...)

17.3 El Estado debe asegurar la coherencia y la complementariedad en el diseño y aplicación de los instrumentos de gestión ambiental.

Artículo 18°.- Del cumplimiento de los instrumentos. En el diseño y aplicación de los instrumentos de gestión ambiental se incorporan los mecanismos para asegurar su cumplimiento incluyendo, entre otros, los plazos y el cronograma de inversiones ambientales, así como los demás programas y compromisos.

³¹ **LEY N° 27446. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL.**

Artículo 6°.- Procedimiento para la certificación ambiental

El procedimiento para la certificación ambiental constará de las etapas siguientes:

1. Presentación de la solicitud;
2. Clasificación de la acción;
3. Revisión del estudio de impacto ambiental;
4. Resolución; y,
5. Seguimiento y control

a formular observaciones al estudio original, las mismas que una vez absueltas por el titular formarán parte, ambas, del instrumento de gestión ambiental que se apruebe³².

Lo expuesto en el párrafo precedente se explica en el sentido que, tanto la formulación como el levantamiento de observaciones al EIA propuesto por el titular minero, se realizan mediante la expedición de informes por parte de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros al interior del procedimiento de aprobación; siendo que en el caso de informes de levantamiento de observaciones, estos recogen los compromisos asumidos por el titular en respuesta a dichas observaciones, razón por la cual los referidos informes integran el EIA finalmente aprobado por la resolución directoral emitida al efecto, la que constituye la Certificación Ambiental.

Así las cosas, resulta oportuno señalar que una vez obtenida la Certificación Ambiental, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 55° del Reglamento de la Ley N° 27446, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-EM publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 19 de marzo de 2009, será responsabilidad del titular de la actividad cumplir con todas las obligaciones para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, compensar y manejar los impactos ambientales señalados en el Estudio de Impacto Ambiental³³.

En este contexto normativo, conviene indicar que la exigibilidad de todos los compromisos ambientales asumidos en los EIA por parte del titular minero se deriva de lo dispuesto en el artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N°

³² LEY N° 27446. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL.

Artículo 12°.- Resolución de certificación ambiental

12.1 Culminada la revisión del estudio de impacto ambiental, la autoridad competente emitirá la resolución que aprueba o desaprueba dicho estudio indicando las consideraciones técnicas y legales que apoyan la decisión, así como las condiciones adicionales surgidas de la revisión del estudio de impacto ambiental si las hubiera.

12.2 La resolución que aprueba el estudio de impacto ambiental constituirá la certificación ambiental, quedando así autorizada la ejecución de la acción o proyecto propuesto.

DECRETO SUPREMO N° 053-99-EM. ESTABLECEN DISPOSICIONES DESTINADAS A UNIFORMIZAR PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ANTE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS AMBIENTALES.

Artículo 5°.- De existir observaciones en el EIA, EIAP, EA, PEMA, Plan de Cierre o Abandono, así como en su ampliación o modificación, y en la modificación del PAMA, la Dirección General de Asuntos Ambientales notificará por escrito al titular de la actividad para que en un plazo máximo de noventa (90) días pueda levantar las observaciones planteadas, después de los cuales la autoridad podrá declarar en abandono la solicitud de aprobación.

Artículo 6°.- Si, en un plazo máximo de treinta (30) días calendario, contados a partir de la recepción del levantamiento de las observaciones, la DGAA no se pronuncia sobre dicho levantamiento, los estudios y documentos a que se refiere el artículo anterior, se darán por aprobados.

³³ REGLAMENTO DE LA LEY N° 27446, LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. DECRETO SUPREMO N° 019-2009-EM.

Artículo 55°.- Resolución aprobatoria

La Resolución que aprueba el EIA constituye la Certificación Ambiental, por lo que faculta al titular para obtener las demás autorizaciones, licencias, permisos u otros requerimientos que resulten necesarios para la ejecución del proyecto de inversión.

La Certificación Ambiental obliga al titular a cumplir con todas las obligaciones para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, compensar y manejar los impactos ambientales señaladas en el Estudio de Impacto Ambiental. Su cumplimiento está sujeto a sanciones administrativas e incluso puede ser causal de cancelación de la Certificación Ambiental.

El otorgamiento de la Certificación Ambiental no exime al titular de las responsabilidades administrativas, civiles o penales que pudieran derivarse de la ejecución de su proyecto, conforme a ley. (El subrayado es nuestro)

016-93-EM, el cual traslada a los titulares mineros la obligación de poner en marcha y mantener la totalidad de los programas de previsión y control contenidos en sus instrumentos de gestión ambiental, llámese Estudio de Impacto Ambiental y/o Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, debidamente aprobados.

Por lo tanto, a efectos de sancionar el incumplimiento de cualquier compromiso ambiental derivado de los instrumentos de gestión ambiental antes mencionados, corresponde identificar el compromiso específico y su ejecución según el cronograma y demás especificaciones contenidas en el estudio ambiental de que se trate.

En el marco de lo antes mencionado, cabe señalar que mediante Resolución Ministerial N° 234-2005-MEM/DGAAM del 08 de junio de 2005 se aprobó el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Nuevo Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla - Etapa 1, cuyos compromisos vinculados en el presente procedimiento administrativo sancionador, así como su correspondiente análisis, se detallan a continuación.

No construir los canales de coronación para el depósito de relaves Vaso 1 y 2:

14. En el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Nuevo Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla - Etapa 1, ATACUCHA se comprometió a construir canales de coronación para los Vasos 1 y 2 conforme se desprende de los siguientes puntos (Foja 302 del Estudio de Impacto Ambiental):

“3.6.6 Sistema de Drenaje

3.6.6.1 Aguas de Infiltración a través de las Presas

El sistema de drenaje propuesto tiene por finalidad captar y evacuar las aguas de infiltración en los relaves almacenados en los vasos 1 y 2 del depósito de relaves Cajamarquilla.

(...)

3.6.6.2.2 Nuevo Sistema de Drenaje

Como consecuencia de las obras proyectadas, descritas en los acápite precedentes, el curso normal de las aguas de escorrentía será afectado, así como las alcantarillas existentes serán anuladas. Por lo que se han diseñado las siguientes obras que mejorarán la eficiencia del drenaje para evitar que la carretera pueda deteriorarse, sobre todo en época de lluvia.

a. Cuneta de coronación en la margen derecha

En la margen derecha de la carretera a un nivel de aproximadamente 3,485 msnm, se ha diseñado una cuneta de coronación paralela a dicha carretera, de sección trapezoidal (...), la que será revestida de concreto simple (...).

Esta cuneta de coronación descargará a una caja pase, la cual entrega sus aguas a la caja de captación N° 1 que también recibe las aguas de la cuneta existente, donde el flujo es conducido (...) hacia la caja de captación N° 2 que recibe las aguas de la cuneta proyectada para su entrega final al río Huallaga.

b. Cuneta existente del lado derecho de la Carretera

La cuneta existente conducirá las aguas de escorrentía, las que tendrán un menor caudal debido a que la cuneta de coronación descrita anteriormente (a), captará casi el total de las aguas de escorrentías.(...)

c. Cuneta del lado izquierdo

Se ha proyectado también una nueva cuneta triangular al lado izquierdo de la vía, entre el muro de sostenimiento y la carretera. Sus dimensiones son 1.00m de ancho y 0.80m de altura, que tendrá la misma pendiente que la vía. Bajo la cuneta se ha considerado un subdren conformado por arena gravosa envuelta en geotextil, la que captará las aguas que se infiltren debajo de la carpeta asfáltica. Este dren está dotado de una tubería de concreto de 4" de diámetro y con perforaciones de ¼ cada 10 cm. Esta cuneta conducirá las aguas debajo de la zona del proyecto".

Sobre el particular, en el ítem 5 del literal b) del numeral 3.1 relacionado a los Compromisos Ambientales del Informe de Supervisión N° 06-MA-2007-ACOMISA, elaborado por ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A., en atención a la supervisión efectuada en la Unidad Minera ATACOCHA y Concesión de Beneficio CHICRIN N° 2 durante los días 17 al 21 de julio de 2007 (Foja 127), se señaló lo siguiente:

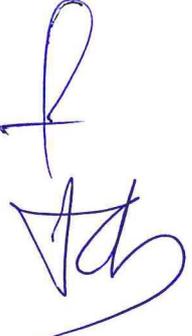
"5. Estabilidad hidrológica.-

(...)

***Situación actual.-** En los vasos 1 y 2 de la relavera Cajamarquilla no se ha construido el canal de coronación de acuerdo al diseño planteado, por lo que no se tiene implementado un sistema de manejo de aguas superficiales, incumpliendo con el compromiso del EIA"*


De lo expuesto en las líneas precedentes se desprende que el OSINERGMIN, a través del Supervisor Externo ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A., luego de supervisar el cumplimiento de los compromisos ambientales del EIA respecto de la construcción de los canales de coronación para el depósito de relaves Vaso 1 y 2, determinó que ésta recomendación no fue cumplida.


A mayor prueba, en el Anexo 6 del Informe de Supervisión N° 06-MA-2007-ACOMISA, elaborado por ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A., figura el Informe N° 290-2006-MEM-DGM/PDM del 06 de abril de 2006, que sustenta la Resolución N° 491-2006-MEM-DGM/V de fecha 12 de abril de 2006, por la cual se aprueba el Informe de Inspección de la culminación de la construcción del Proyecto del Depósito de Relaves Cajamarquilla – Primera Etapa (Vaso 2) (Foja 264).


Del mencionado informe se aprecia que los inspectores en representación de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas, corroboraron que no se había construido los canales de coronación, conforme se verifica del numeral 2.1.6 del informe: "Canales de coronación marguen izquierda y derecha: El proyecto contempla la construcción del canales de coronación en el marguen izquierdo y derecho, en la inspección no se encontró ningún avance, manifestaron que lo

realizarán al final de la construcción del Vaso III" (Foja 264) (El subrayado es nuestro).

En consecuencia, está probado que ATACOCHA no cumplió con construir los canales de coronación para el depósito de relaves Vaso 1 y 2.

Sin perjuicio de lo señalado, ATACOCHA alega que la construcción del canal de coronación fue aprobada como parte del procedimiento de modificación de la concesión de beneficio CHICRÍN N° 2, comprometiéndose a efectuar dicha construcción a la finalización de la operación del Vaso 3 del Depósito de Relaves Cajamarquilla.

Al respecto, cabe señalar que el procedimiento en el cual se solicitó la modificación de la concesión de beneficio CHICRIN N° 2 por ampliación de área, tenía por objeto conceder la autorización para la construcción y operación del Vaso 3 del Depósito de Relaves Cajamarquilla, conforme lo señala la Resolución Directoral N° 496-2007-MEM/DGM de fecha 01 de octubre de 2007 (Foja 902).

Para sustentar su solicitud de modificación de concesión de beneficio en el referido procedimiento administrativo, la apelante presentó la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto de Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla, aprobado por Resolución Directoral N° 242-2007-MEM/AAM de fecha 19 de julio de 2007, la misma que se refiere a la construcción del Vaso 3.

En tal sentido, lo alegado por la apelante no guarda relación con lo que es objeto de imputación.

En efecto, en el presente procedimiento se está sancionando a ATACOCHA por no cumplir con el compromiso ambiental de construir los canales de coronación para los Vasos 1 y 2 del Depósito de Relaves de Cajamarquilla, pero no respecto del Vaso 3.

Además, ATACOCHA se comprometió a la construcción del proyecto en el plazo de ocho (08) meses. Así, en el Capítulo 3 del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Nuevo Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla - Etapa 1 (Foja 303 del Estudio de Impacto Ambiental), se estableció de acuerdo al diseño de ingeniería que la construcción de la primera parte del nuevo depósito de relaves tomaría 8 meses, por lo que al momento de efectuada la supervisión de la construcción de los canales de coronación para el Depósito de Relaves Vaso 1 y 2, dicha obra ya debería haberse realizado.

En consecuencia, si existía alguna imposibilidad de construir los canales de coronación conforme fue establecido en el diseño original, debió modificarse el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Nuevo Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla - Etapa 1, por cuanto lo que se buscaba al elaborar este tipo de instrumento de gestión ambiental era identificar, en función del proyecto, los posibles impactos al ambiente a efecto de tomar las medidas de previsión y control adecuadas.

Asimismo, cabe indicar que de acuerdo al artículo 18° de la Ley N° 29325, en concordancia con el artículo 9° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, norma aplicable al presente caso, los administrados son responsables objetivamente por el incumplimiento de las obligaciones fiscalizables derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, normas ambientales así como mandatos o disposiciones emitidas por este Organismo Técnico Especializado³⁴.

En tal sentido, las razones expuestas por ATACUCHA para justificar el incumplimiento de las medidas dispuestas en el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Nuevo Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla - Etapa 1, aprobado por Resolución Ministerial N° 234-2005-MEM/DGAAM del 08 de junio de 2005, no la exoneran de responsabilidad por las infracciones sancionadas, correspondiendo desestimar lo alegado por la apelante en este extremo.

No construir la cuneta de coronación en la margen derecha de la carretera central

15. En el capítulo 3 del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Nuevo Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla - Etapa 1 (Foja 302 del Estudio de Impacto Ambiental), en lo referente a la descripción del proyecto se estableció:

“3.6.6.2.2 Nuevo Sistema de Drenaje

a) Cuneta de coronación en la margen derecha

En la margen derecha de la carretera a un nivel de aproximadamente 3,485 msnm, se ha diseñado una cuneta de coronación paralela a dicha carretera de sección trapezoidal de 1.0 ancho superior y 0.40m en la base y 0.60m de alto, la que será revestida de concreto simple de 0.10 m de espesor (...)

Esta cuneta de coronación descargará a una caja pase, la cual entrega sus aguas a la caja de captación N° 01 que también recibe las aguas de la cuneta existente, donde el flujo es conducido a través de una alcantarilla TCM de 36” de diámetro hacia la caja de captación N° 02 que recibe aguas de la cuneta proyectada para su entrega final al río Huallaga”.

Al respecto, en ítem 8 del literal b) del numeral 3.1 relacionado a los Compromisos Ambientales del Informe de Supervisión N° 06-MA-2007-ACOMISA, elaborado por ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A. de setiembre del 2007, en atención a

³⁴ LEY N° 29325, LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

Artículo 18°.- Responsabilidad objetiva

Los administrados son responsables objetivamente 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.

RESOLUCIÓN N° 640-2007-OS-CD. REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL OSINERGMIN.

Artículo 9°.- Determinación de responsabilidad

La responsabilidad administrativa por el incumplimiento de las leyes, reglamentos, resoluciones, contratos de concesión y demás obligaciones establecidas en normas, procedimientos y/o disposiciones bajo el ámbito de competencia de OSINERGMIN es objetiva. Cuando el incumplimiento corresponda a varias personas conjuntamente, responderán en forma solidaria por las infracciones que se cometan.

la supervisión efectuada en la Unidad Minera ATACOCHA y Concesión de Beneficio CHICRIN N° 2 durante los días 17 al 21 de julio de 2007 (Foja 129), se describió respecto de la cuneta de coronación lo siguiente:

“(...)

Situación Actual

No se tiene implementada de manera integral la cuneta de coronación en la margen derecha (Ver Fotografía N° 12) en la que se aprecia que en el sector opuesto al muro de contención (margen derecha) no se cuenta con cuneta de coronación”

A fin de sustentar lo señalado, la supervisora externa adjuntó la fotografía N° 69 del mencionado Informe (Foja 130), donde se verifica que no se contaba con cuneta de coronación.

De lo expuesto en las líneas precedentes se desprende que el OSINERGMIN, a través del Supervisor Externo ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A., luego de supervisar el cumplimiento de los compromisos ambientales del Estudio de Impacto Ambiental respecto de la construcción del canal de coronación en la margen derecha de la carretera central, determinó que ésta no fue cumplida.

Ahora bien, la recurrente no niega la conducta imputada toda vez que en su recurso de apelación ha señalado que no fue posible construir la cuneta del canal de coronación de la margen derecha del Depósito de Relaves Cajamarquilla conforme estaba especificado en el Estudio de Impacto Ambiental, por lo que en su reemplazo utilizaron la cuneta de la carretera de la vía hacia Huánuco, pero alega que no solicitó la Modificación de su Estudio de Impacto Ambiental toda vez que este procedimiento no era el idóneo para que se emita pronunciamiento respecto de la construcción de la cuneta de coronación.

Sobre el particular, corresponde señalar que los compromisos ambientales asumidos a través de los estudios ambientales aprobados por la autoridad sectorial competente deben ejecutarse de acuerdo al modo, forma y/o plazo de ejecución o cualquiera otra especificación prevista en los mismos, razón por la cual el titular de la actividad no puede apartarse deliberadamente de su contenido e implementar medidas distintas a las aprobadas. Ello es así, ya que la determinación sobre la viabilidad ambiental de las medidas, labores o acciones a ejecutar durante el desarrollo del proyecto de inversión corresponde exclusivamente a la autoridad que otorga la certificación ambiental, sin que quepa la posibilidad que el titular de la actividad sustituya una medida por otra, por lo que los argumentos expuestos por la apelante no resultan admisibles.

En consecuencia, lo alegado por la apelante no tiene sustento, toda vez que si existía alguna modificación de algún componente del proyecto del Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla - Etapa 1 debió elaborarse un nuevo instrumento de gestión ambiental que lo contemplara a efecto de poder determinar los posibles impactos al ambiente, situación que no sucedió en el presente caso, con lo que se ha determinado el

incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 18° de la Ley N° 29325, en concordancia con el artículo 9° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD.

En base a las consideraciones antes expuestas corresponde desestimar lo alegado por la apelante.

No construir la caja de captación de drenajes

16. En el Capítulo 3 del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Nuevo Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla - Etapa 1, referente a la descripción del Proyecto (Fojas 301 - 302 del Estudio de Impacto Ambiental), se estableció lo siguiente:

“ 3.6.6.2.2 Nuevo sistema de drenaje

d) Cajas de captación

Para captar las aguas conducidas, tanto por la cuneta de coronación como por las cunetas y sus subdrenes, se han proyectado dos cajas de captación.

- *Caja de captación N° 01, que capta las aguas provenientes de la cuneta de coronación y la cuneta existente*
- *Caja N° 02, que captará las aguas de la nueva cuneta proyectada al lado izquierdo de la vía”*

Al respecto, en el ítem 8 del literal b) del numeral 3.1 relacionado a los Compromisos Ambientales del Informe de Supervisión N° 06-MA-2007-ACOMISA, elaborado por ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A. de setiembre del 2007 (Foja 130), en atención a la supervisión efectuada en la Unidad Minera ATACOCHA y Concesión de Beneficio CHICRIN N° 2 durante los días 17 al 21 de julio de 2007, se describió:

*“Situación actual
(...)”*

La cuneta del lado izquierdo no reúne las características del compromiso asumido en el EIA, además estas escorrentías no cuentan con el sistema completo de captación asumido en el EIA correspondiente ya que las cajas de captación que captarían las aguas provenientes de la cuneta de coronación no fueron construidas(...)

El titular no ha cumplido con el compromiso ambiental referido al Sistema de drenaje de las Aguas de Infiltración en la carretera Central”. (El subrayado es nuestro).

De lo expuesto se desprende que el OSINERGMIN, a través del Supervisor Externo ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A., luego de supervisar el cumplimiento de los compromisos ambientales del EIA respecto de la construcción de la caja de captación de drenajes, determinó que ésta no fue cumplida.

Sin perjuicio de lo señalado, ATACOCHA alega que en la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla se había determinado que la ubicación de las cajas colectoras de las aguas de escorrentía sería aguas abajo de la Presa N° 04 por lo que sólo se encontraban obligados a cumplir este instrumento de gestión ambiental.

Al respecto, cabe señalar que en la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del proyecto Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla, aprobado Resolución Directoral N° 42-2007-MEM/AAM de fecha 19 de julio de 2007 (Fojas 346 y 347 de la modificación del Estudio de Impacto Ambiental), únicamente se indica en el capítulo 3 referente a la descripción del proyecto lo siguiente:

"3.6.1.3 Sistema de drenaje de las aguas de infiltración del vaso N° 03 y la presa 4

Finalmente, se ha dispuesto sobre el pie de la presa 4 un dren de talón que captará las aguas de infiltración de los drenes faja y del blanket filtrante a través de una tubería HDPE de 6" de diámetro perforada y envuelta en geotextil no tejido. Esta tubería descarga las aguas de infiltración colectadas a una caja de concreto que a su vez está conectada con la poza colectora de aguas de infiltración existente"

En consecuencia, en la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla, sólo se menciona el sistema de drenaje para el Vaso 3 y la Presa N° 4 en lo referente a las aguas de infiltración, por lo que debe desestimarse lo alegado por la apelante.

Asimismo, en el referido instrumento de gestión ambiental nada se menciona en cuanto a la caja de captación de drenaje, por lo que se concluye que el compromiso asumido en el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Nuevo Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla - Etapa 1, aprobado por Resolución Ministerial N° 234-2005-MEM/DGAAM del 08 de junio de 2005, se mantenía vigente.

Tal conclusión se sustenta en el hecho que en el Plano N° 12 contenido en la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla (Foja 356 de la modificación del EIA), se aprecia que tanto el Vaso 3 y la Presa N° 4 constituyen la continuación del proyecto inicial, toda vez que en el referido plano figuran los Vasos 1, 2 y 3 y la Presa N° 4.

Finalmente, en cuanto al Informe N° 080-2007-MEM-DGM-DTM/PB que sustenta la Resolución N° 1174-2007-MEM-DGM/V de fecha 04 de diciembre de 2007, por la cual se aprueba el informe de inspección de verificación al Vaso 3 del Depósito de relaves Cajamarquilla y otras instalaciones, cabe indicar que en el citado Informe (Foja 907) se señala lo siguiente respecto de la Operación del Vaso 3 del Depósito de Relaves Cajamarquilla:

(...) en cumplimiento de la recomendación del Informe N° 032-2007-MEM-DGM-DTM/PB de canalizar para la captación de las aguas de escorrentía que resulta de la cuneta de la carretera a Huánuco, a fin de que sea

conducida hasta la poza colectora y así garantizar la estabilidad física de la Presa Cajamarquilla N° 4, la empresa minera viene construyendo un cajón de concreto para captar las aguas de escorrentía en ese cajón, a fin de que los sedimentos sean captados y luego las aguas resultantes sean conducidas a través de una tubería hasta la poza colectora de subdrenajes, además la tubería de drenaje instalada en el espaldón aguas debajo de la Presa Cajamarquilla N° 4 será dirigida al cajón de concreto para cumplir con el objetivo de captar las aguas de las lluvias y luego sean almacenadas en la poza colectora”

Al respecto debe señalarse que del citado informe se infiere que el cajón de concreto, sólo estaba diseñado para captar las aguas de escorrentías mas no incluía a las aguas de infiltración. Por otro lado, tampoco se ha considerado a los Vasos 1 y 2 que forman parte del proyecto del Depósito de Relaves de Cajamarquilla, dado que no se especifica la derivación de las aguas de escorrentías que se generó en esos vasos; en tal sentido, lo expuesto en el citado informe sólo aplica para el sistema de drenaje del Vaso 3.

En base a las consideraciones antes expuestas corresponde desestimar lo alegado por la apelante.

Por no utilizar el procedimiento de prevención y control de derrames de hidrocarburos

17. En el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Nuevo Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla - Etapa 1, se estableció en el capítulo 6, en el Plan de Manejo Ambiental del proyecto que “se utilizará el procedimiento de prevención y control de derrames de hidrocarburos” (Foja 325 del Estudio de Impacto Ambiental EIA).

De igual modo, en el documento denominado Información Adicional al Informe N° 057-2005-MEM-AAM/HSG/FV/HA – Observaciones al Estudio de Impacto Ambiental Nuevo Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla Etapa 1, con registro N° 1534803 del 25 de mayo del 2005, presentado ante el Ministerio de Energía y Minas, por el cual ATACUCHA absuelve las observaciones formuladas, se señala en la observación N° 35:

“Detallar los procedimientos de prevención y control de derrames de hidrocarburos. Indicar el sistema para la disposición y tratamiento final de suelos contaminados por hidrocarburos, así como la ubicación (en coordenadas UTM) de las canchas de tratamiento de suelo contaminado.

PROCEDIMIENTO AMBIENTAL
Prevención y control de Derrames

(...)

b. Objetivo y Política:

El objetivo de este procedimiento es minimizar el riesgo de contaminación de suelos y agua por derrames de sustancias tóxicas.

c. Áreas relacionadas:

Este procedimiento es aplicable a las Superintendencias de Mina, Mantenimiento, Planta, así como al área de Almacén, Medio Ambiente, seguridad y contratistas en general” (Foja 2672 del EIA).

Al respecto, en el Informe de Supervisión N° 06-MA-2007-ACOMISA, elaborado por ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A., en atención a la supervisión efectuada en la Unidad Minera ATACOCHA y Concesión de Beneficio CHICRIN N° 2 durante los días 17 al 21 de julio de 2007, se dice respecto de la prevención y control de los derrames de hidrocarburos lo siguiente:

“El titular minero debe mantener un buen manejo de hidrocarburos para evitar derrame o dispersión hacia los suelos. El titular cuenta con un sistema de acopio de aceites, filtros usados y se ha realizado la implementación de trampas de grasas y aceites.

Situación Actual.- El titular viene dando manteniendo a los sistemas de acopio de aceites y grasas, en el área de despacho del Grifo N° 5-Atacocha y el Almacén Central; sin embargo se observa derrame de hidrocarburos, por lo que debe complementarse o mejorar el sistema de captación de derrames de grasas y aceites(...). Por lo cual el titular minero no venía cumpliendo con el compromiso asumido en el EIA” (Foja126). (Lo subrayado es nuestro).

Tales afirmaciones se corroboran con las fotografías N° 2, 4 y 5, contenidas en el mencionado Informe de Supervisión N° 06-MA-2007-ACOMISA (Fojas 184 a 186), en las cuales se observa derrame de grasas y aceites en las cercanías al sistema de trampas del Grifo N° 5, derrames de aceites contaminando los suelos en el sector de equipos dados de baja y, presencia de grasas y aceites en el suelo en el taller de Trackless AESA MINING.

De lo señalado precedentemente se desprende que el OSINERGMIN, a través del Supervisor Externo ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A., luego de supervisar el cumplimiento de los compromisos ambientales del EIA respecto de la prevención y control de derrames de hidrocarburos, determinó que este compromiso no fue cumplido.

Sin perjuicio de ello, la apelante señala que la sola muestra de derrame sin evidencia objetiva de daño alguno no puede considerarse como causal para imputarle el incumplimiento de su compromiso ambiental; sobre el particular, corresponde señalar que era obligación de la apelante implementar la totalidad de los programas de previsión y control contenidos en su EIA, así como verificar que estos funcionen adecuadamente, por ello al verificarse la conducta imputada a la apelante se corrobora que no se implementó adecuadamente el compromiso asumido en su EIA.

En base a las consideraciones antes expuestas corresponde desestimar lo alegado por la apelante.

Por no mantener el borde libre de dos (2) metros en el Vaso 1

18. En el capítulo 4 del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Nuevo Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla - Etapa 1, referente a la identificación de impactos y efectos previsibles del proyecto (Fojas 179 y 180 del Estudio de Impacto Ambiental), se estableció lo siguiente:

“4.2 IDENTIFICACIÓN DE IMPACTOS AMBIENTALES

4.2.1.2 Etapa Operativa:

4.2.1.2.2 Riesgo de dispersión de partículas de relave y contaminación a poblaciones vecinas

Se ha evaluado el riesgo de dispersión de partículas a partir de los relaves que pueden depositarse en la etapa de operación de los vasos 1 y 2 del depósito proyectado. En primer lugar es importante considerar las características de los depósitos, que están constituidos por dos diques de tierra, un muro de concreto lateral, al lado de la carretera a la margen este y ladera hacia el oeste (...).

Entre cada dique de tierra media una distancia de 200 metros, considerando el diseño además un borde libre de 2 metros (...) (Lo subrayado es nuestro).

Asimismo, en el Informe de Supervisión N° 06-MA-2007-ACOMISA, elaborado por ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A., en atención a la supervisión efectuada en la Unidad Minera ATACOCHA y Concesión de Beneficio CHICRIN N° 2 durante los días 17 al 21 de julio de 2007, se señaló que “(...) Las características técnicas del depósito de relaves de Cajamarquilla- Vaso 1, de acuerdo a la información proporcionada por el titular (...), se ha verificado el ancho de corona de 4,0 m; no cuentan con canales de coronación y el borde libre de la presa es menor a 01 m” (Foja 134).

De lo señalado precedentemente se desprende que el OSINERGMIN, a través del Supervisor Externo ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A., luego de supervisar el cumplimiento de los compromisos ambientales del EIA respecto de mantener el borde libre de dos (2) metros en el Vaso 1, determinó que éste no fue cumplido.

Sin perjuicio de lo expuesto, en cuanto a las fotografías remitidas conjuntamente con el recurso materia de análisis (Fojas 625 a 927), de las mismas se aprecia a dos personas haciendo unas mediciones en un muro, hechos que no guardan relación con aquello que es materia de prueba al interior del presente procedimiento sancionador, toda vez que el objeto era determinar si se cumplió con mantener el borde libre de 2 metros. Por tanto, corresponde desestimar la valoración de los hechos referidos por impertinentes, en aplicación del numeral 163.1 del artículo 163° de la Ley N° 27444³⁵.

³⁵ Sobre el particular, resulta oportuno precisar que a efectos de determinar la pertinencia de los medios probatorios propuestos por los administrados, este Tribunal procede a comprobar la relación existente entre la prueba propuesta y aquello que es objeto de prueba en el procedimiento, de modo tal que aquella será admisible, y en el tal sentido objeto de

En adición a lo expuesto, se debe tener presente que constituye prueba suficiente en atención a lo dispuesto por el numeral 21.4 del artículo 21 de la Resolución N° 640-2007-OS-CD, la información contenida en el Informe de supervisión, toda vez que la misma se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirma, salvo prueba en contrario y conforme se ha expuesto líneas arriba los medios probatorios ofrecidos por la apelante no desvirtuó la imputación.

En base a las consideraciones antes expuestas corresponde declarar infundado este extremo de la apelación.

Por no monitorear los suelos

19. En el Capítulo 6 del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Nuevo Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla - Etapa 1, referente al Manejo Ambiental del proyecto (Foja 326 del Estudio de Impacto Ambiental), se estableció lo siguiente:

*“6.2.4 Monitoreo Geoquímico de Relaves, Suelos y Vegetación
(...)Se realizarán muestreos geoquímicos de suelos y vegetación asociados a los depósitos de relaves con el fin de identificar si existen vías de traslado de metales contaminantes a partir de los relaves hacia los ecosistemas en forma más sistemática (...)
Respecto a los suelos y la vegetación, se harán pruebas ICP para determinar la presencia de metales pesados en traza”.*

Al respecto, en el ítem 1 del literal b) del numeral 3.1 relacionado a los Compromisos Ambientales del Informe de Supervisión N° 06-MA-2007-ACOMISA, elaborado por ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A. de setiembre del 2007, en atención a la supervisión efectuada en la Unidad Minera ATACOCHA y Concesión de Beneficio CHICRIN N° 2 durante los días 17 al 21 de julio de 2007, se señaló:

*“3. Monitoreo Geoquímico de relaves y suelos.-
El titular minero debe contar con los reportes de monitoreo de suelos en lo referente al Potencial Neto de Neutralización que presenta.
El titular minero ha realizado los ensayos correspondiente a la caracterización del relave respecto al Potencial de generación de drenaje ácido, mas no ha realizado el monitoreo de suelos respecto a potencial neto de neutralización.*

valoración, cuando se pretende acreditar un hecho que tiene que ver con el *thema probandum* del procedimiento administrativo sancionador iniciado; caso contrario, la ausencia de esta relación torna la prueba impertinente.

LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 163°.- Actuación probatoria

163.1 Cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija, la entidad dispone la actuación de prueba, siguiendo el criterio de concentración procesal, fijando un período que para el efecto no será menor de tres días ni mayor de quince, contados a partir de su planteamiento. Sólo podrá rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios. (El subrayado es nuestro)

Situación Actual.-

(...) El titular realiza actualmente el monitoreo geoquímico de las muestras de relaves antiguos que han sido removidos al depósito de relaves Tlacayán, sin embargo no realiza el monitoreo de suelos, por lo que venía incumpliendo el compromiso asumido en el EIA (Foja 127). (Lo subrayado es nuestro).

En tal sentido, lo alegado por ATACUCHA respecto a que en su Estudio de Impacto Ambiental no se estableció la frecuencia de monitoreo de suelos, sino recién a partir del dictado de la Resolución Directoral N° 242-2007-MEM/AAM, de fecha 19 de julio de 2007, que aprobó la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla, se dispuso que la frecuencia de monitoreo se iniciaría a la culminación de la operación del Vaso 3. Pues bien, tal afirmación resulta improcedente toda vez que revisando la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla, en ésta no se hace referencia alguna al monitoreo de suelos.

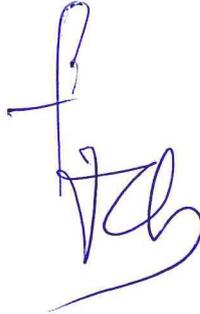
Asimismo, en el Informe N° 704-2007-MEM-AAM/PRR/WAL/AD/GPV de fecha 18 de julio de 2007 (Foja 286 a 287), por el cual se recomienda aprobar la mencionada modificación del EIA, respecto de la observación N° 08, la misma que se refiere al monitoreo de calidad de suelo, no se hace referencia a la periodicidad que alega la apelante.

Cabe aclarar que la obligación ambiental que debía cumplir la apelante era monitorear el suelo, toda vez que la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental no abordó el tema de monitoreo de suelos, por lo que el compromiso asumido inicialmente se mantenía vigente.

En base a las consideraciones antes expuestas corresponde declarar infundado este extremo de la apelación.

Sobre la supuesta falta de motivación de la resolución apelada

- 
20. Con relación a lo alegado en el literal g) del numeral 3, cabe señalar que las infracciones imputadas a ATACUCHA tales como no construir los canales de coronación para los Depósitos de Relaves Cajamarquilla Vaso 1 y 2, no construir la cuneta de coronación en la margen derecha de la Carretera Central, no construir las cajas de captación de drenajes, no utilizar el procedimiento de prevención y control de derrames de hidrocarburos y no mantener el borde libre de 2 metros en el Vaso 1, se encuentran debidamente justificadas conforme se ha desarrollado en cada uno de los considerandos anteriores.



Asimismo, en la resolución de primera instancia se aprecia que cada imputación se ha fundamentado en virtud de la prueba aportada, por lo que las imputaciones efectuadas se encuentran debidamente motivadas.

En consecuencia, la resolución apelada no carece de motivación como alega ATACUCHA, en tanto existe una relación concreta y directa de los hechos probados y

la exposición de las razones jurídicas que justifican la decisión adoptada conforme lo dispone el numeral 6.1 del artículo 6° de la Ley N° 27444³⁶; en tal sentido, corresponde desestimar lo alegado por la apelante.

Respecto a la vulneración del Principio de Tipicidad

21. Con relación a lo alegado en el literal h) del numeral 3, al respecto corresponde explicar que la estructura de las infracciones imputadas se compone 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.

Siguiendo esa misma línea, cabe indicar que las infracciones materia de sanción al interior del presente procedimiento administrativo sancionador se configuraron de la siguiente manera:

- a. Norma incumplida: Artículo 6° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 016-93-EM, cuya obligación ambiental fiscalizable era poner en marcha y mantener programas de previsión y control contenidos en el Estudio de Impacto Ambiental.
- b. Norma tipificadora: Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM

Sobre el particular conviene remarcar, conforme ya se ha señalado en el considerando N° 13 de la presente Resolución, que la exigibilidad de todos los compromisos ambientales asumidos en los EIA por parte del titular minero, se deriva de lo dispuesto en el artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, por las siguientes razones:

- De acuerdo al artículo 2° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, forman parte del EIA las medidas de previsión y control aplicables en las diferentes etapas que comprenden las operaciones mineras, y que tienen como propósito que su desarrollo se realice en forma armónica con el medio ambiente.
- En tal sentido, las medidas de previsión y control comprenderán aquellas actividades y programas que serán implementados antes y durante el proyecto para garantizar el cumplimiento con los estándares y prácticas ambientales

³⁶ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

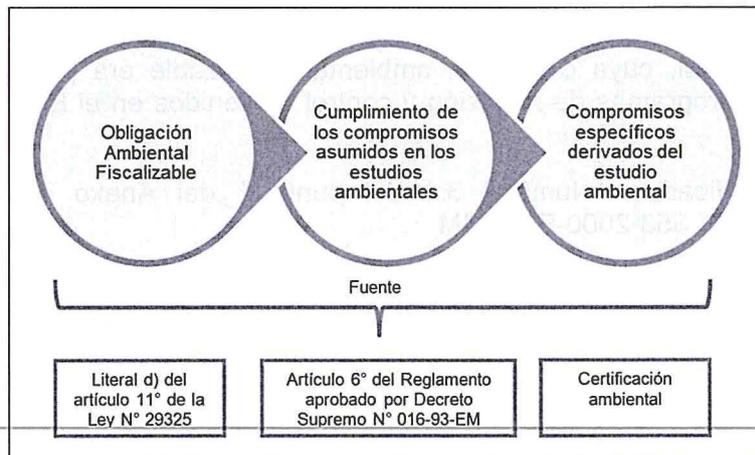
Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo

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.

existentes, abarcando la totalidad de los efectos generados por la actividad minera.

- Considerando que las emisiones, vertimientos, residuos y ruidos generados por la actividad que nos ocupa, no constituyen los únicos efectos capaces de impactar negativamente el medio ambiente, no puede entenderse que los programas de previsión y control se restringen únicamente a los programas de monitoreo contenidos en el EIA, ya que ello implicaría tornar inexigible otros compromisos ambientales determinados en el procedimiento de aprobación de dicho estudio ambiental, que no estén relacionados a los programas señalados, restando protección al bien jurídico medio ambiente.

De esta manera, contrariamente a lo señalado por ATACOCHA, el mencionado artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM sí contiene la obligación de ejecutar la totalidad de los compromisos ambientales asumidos a través de sus instrumentos de gestión ambiental, llámese Estudio de Impacto Ambiental y/o Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, debidamente aprobados; lo que se grafica del siguiente modo³⁷:



En atención a lo expuesto, habiéndose demostrado que sí existe relación entre el contenido de la norma sustantiva incumplida y los hechos imputados a título de infracción, carece de sustento lo alegado por la recurrente en el sentido que los compromisos asumidos por ATACOCHA en su Estudio de Impacto Ambiental no se encuentran contenidos en el artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM.

³⁷ A mayor abundamiento, cabe indicar que dicha obligación se encuentra prevista –a su vez– en el segundo párrafo del numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, que expresamente comprende a aquellos titulares que teniendo aprobado el Estudio de Impacto Ambiental, incumplan los compromisos asumidos en dicho estudio. Ello no es contrario a las reglas aplicables al presente procedimiento administrativo sancionador en la medida que el literal d) del artículo 11° de la Ley N° 29325, prevé que constituyen obligaciones sancionables todas aquellas derivadas de las normas ambientales, lo que incluye a la citada Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.

Sin perjuicio de lo expuesto en las líneas precedentes, corresponde determinar si el numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM satisface el aspecto específico del Principio de Tipicidad, al ser la norma tipificadora aplicable al presente caso.

Al respecto, 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 resaltado en negrita es nuestro)

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 experiencia³⁸. 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 la obligación ambiental fiscalizable contenida en el artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM constituye infracción sancionable conforme al tipo contenido en el numeral 3.1 del punto 3 Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM³⁹.

Por consiguiente, carece de sustento lo alegado por la apelante en este extremo.

³⁸ Sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

³⁹ En este sentido, se aprecia que la conducta ilícita tipificada en el numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución N° 353-2000-EM/VMM es una infracción precisa e inequívoca, respecto del incumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables que se imponen al titular minero. Y, asimismo, se verifica que existe una predeterminación normativa de la conducta y sanción correspondiente, no dando lugar a posibles interpretaciones extensivas o analógicas al momento de aplicar las normas que contienen la infracción tipificada.

Sobre el exceso del Límite Máximo Permisible para el parámetro Zinc

22. Respecto a lo alegado en el literal i) del numeral 3, cabe indicar que el Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua del Sub - Sector Minería, señala lo siguiente:

"(...) El volumen de muestra requerido para análisis de diferentes parámetros puede variar según los laboratorios. En general, para el análisis de aguas superficiales que provienen de una estación de muestreo son suficientes tres recipientes:

- *"Un recipiente de 1 L de muestra no filtrada, no preservada, para el análisis de parámetros físicos y la mayoría de iones principales;*
- *Un recipiente de 500mL de muestra no filtrada, no preservada, para el análisis de metales totales y sólidos totales disueltos; y*
- *Un recipiente de 500 mL de muestra filtrada, preservada, para el análisis de metales disueltos."*

Al respecto, en la Cadena de Custodia N° 9379 contenida en el Informe de Supervisión N° 06-MA-2007-ACOMISA, elaborado por ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A., en atención a la supervisión efectuada en la Unidad Minera ATACOCHA y Concesión de Beneficio CHICRIN N° 2 durante los días 17 al 21 de julio de 2007 (Foja 567), el laboratorio INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C. observa lo siguiente:

"Observaciones Las muestras de 1 litro de Met. Disueltos Filtrar y Preservar/Las de ½ Litro están Filtradas y Preservadas".

En ese sentido, los días en que se llevó a cabo la supervisión se tomaron dos muestras para metales disueltos, conforme se aprecia de las observaciones de la mencionada cadena de custodia. La primera de ellas fue de 1 litro, no encontrándose ni filtrada ni preservada; y, la segunda fue de medio litro que estaba filtrada y preservada.

Sin perjuicio de ello, cabe precisar que el artículo 10° del Decreto Supremo N° 018-2003-EM⁴⁰ establece que los análisis de muestras y ensayos que se requieran para las acciones de fiscalización deberán realizarse en los laboratorios acreditados por el INDECOPI, los que emiten documentos con valor oficial, de conformidad con el artículo 15° del Reglamento Nacional de Acreditaciones, aprobado por Resolución N° 112-2003-INDECOPI-CRT⁴¹.

⁴⁰ DECRETO SUPREMO N° 018-2003-EM. APRUEBA EL REGLAMENTO DE FISCALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES MINERAS.

Artículo 10°.- Los análisis de muestras y ensayos, que se requieran para las acciones de fiscalización deberán realizarse en los laboratorios acreditados en el INDECOPI.

⁴¹ RESOLUCIÓN N° 112-2003-INDECOPI/CRT. REGLAMENTO NACIONAL DE ACREDITACIÓN.

Artículo 15°.- Naturaleza de los Certificados e Informes emitidos por Organismos Acreditados.- La acreditación de Organismos que realizan actividades de evaluación de la conformidad reconoce la competencia técnica de éstos para prestar dichos servicios. Los Informes y Certificados emitidos por organismos acreditados (primera, segunda o tercera parte) son válidos para acreditar el cumplimiento de cualquier requisito técnico previsto en normas jurídicas, salvo que los

Al respecto, en este caso se ha demostrado el valor oficial del denominado Informe de Ensayo con Valor Oficial N° 76676L/07-MA-MB, (Foja 556), documento elaborado por el Laboratorio acreditado INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C. Sobre el particular, del referido Informe de Ensayo se verifica que *“Las muestras ingresaron al Laboratorio en cooler con refrigerantes, preservadas y filtradas para el análisis de metales disueltos”* (Foja 557) (El subrayado es nuestro).

Entonces resulta evidente que la muestra utilizada para evaluar el parámetro Zinc fue la de medio litro, la misma que estaba filtrada y preservada conforme lo establece el Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua del Sub - Sector Minería.

En consecuencia, el resultado obtenido de 4,356 mg/L para el parámetro Zinc reportado en el punto de control E-09, correspondiente al efluente de la planta concentradora que se une a las aguas de mina del nivel 3570 e ingresan a su tratamiento, contenido en el Informe de Ensayo con Valor Oficial N° 76676L/07-MA-MB, que obra en el Informe de Supervisión N° 06-MA-2007-ACOMISA, elaborado por ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A., acredita el exceso de los Límites Máximos Permisibles.

Atendiendo a lo expuesto corresponde desestimar los argumentos de la apelante en este extremo.

Sobre el incumplimiento del Límite Máximo Permissible para el parámetro pH

23. Respecto a lo alegado en el literal j) del numeral 3, cabe indicar que según el Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua, aprobado por Resolución Directoral N° 00494-EM/DGGA, respecto al muestreo de campo en el ítem 4 se señala que *“en la preparación de un viaje de muestreo, deberá limpiarse y calibrarse todo el equipo; los reactivos y soluciones buffer deberán estar frescos y completos, los recipientes de muestreo ordenados (limpios de acuerdo a los procedimientos estándar). De igual modo se señala que resultará prudente verificar que cada instrumento cumpla con los estándares de calibración antes de ir a campo”*.

Del Certificado de Calibración N° CFQ-017-2006 contenido en el Informe de Supervisión N° 06-MA-2007-ACOMISA, elaborado por ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A., en atención a la supervisión efectuada en la Unidad Minera ATACOCHA y Concesión de Beneficio CHICRIN N° 2, durante los días 17 al 21 de julio de 2007 (Foja 608), se verifica que la calibración se realizó en mayo del 2006. De igual modo, en el citado certificado se señala en el rubro referente a las

Organismos Públicos a cargo de la supervisión o control de dichas normas requiera que la evaluación sea realizada por organismos de tercera parte para garantizar un mayor grado de independencia.

Los Certificados e Informes emitidos por Organismos acreditados de tercera parte poseen valor oficial equiparable a las evaluaciones efectuadas por Organismos Públicos dada la independencia que guardan con respecto a las partes involucradas en el producto o servicio evaluado.

observaciones que “La periodicidad de la calibración está en función del uso, conservación y mantenimiento del instrumento de medición.”

Ahora bien, conforme lo señala el sub-numeral 5.5.2 del numeral 5.5 de Rubro 5 de la Norma Técnica Peruana NTP-ISO/IEC 17025, Requisitos Generales para la Competencia de Laboratorios de Ensayo y Calibración, aplicable de conformidad con el literal a) del artículo 17° del Reglamento aprobado por Resolución N° 0112-2003-CRT-INDECOPI, al referirse a los equipos utilizados para el ensayo, indica que los equipos de medición deben ser calibrados o verificados antes de su puesta en servicio y uso. (El subrayado es nuestro).

En consecuencia, no existe norma técnica que establezca la periodicidad en que deben ser calibrados los equipos, señalándose únicamente que los mismos deben ser calibrados antes de ser utilizados.

Siguiendo esa misma línea, se aprecia del mencionado Informe de Supervisión N° 06-MA-2007-ACOMISA, elaborado por ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A., que “durante la supervisión los muestreos se han realizado de acuerdo al protocolo de monitoreo y en cumplimiento a lo establecido en la R.M N° 011-96-EM/VMM” (Foja 157).

Por otro lado, alega ATACCOCHA que el equipo de medición no cuenta con número de serie que lo identifique. En relación a dicha afirmación, resulta de aplicación lo dispuesto por el numeral 21.4 del artículo 21° de la Resolución 640-2007-OS/CD y el numeral 162.2 del artículo 162° de la Ley N° 27444, en concordancia con el artículo 190° del Código Procesal Civil⁴², toda vez que la apelante no ha ofrecido medio probatorio idóneo que acredite lo que afirma, por lo que resulta improcedente lo alegado en este extremo.

⁴² LEY N° 27444.- LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 162°.- Carga de la prueba (...)

162.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

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

Artículo 190°.- Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez.

Son también improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer:

1. Hechos no controvertidos, imposibles, o que sean notorios o de pública evidencia;
2. Hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de la demanda, de la reconvenición o en la audiencia de fijación de puntos controvertidos.
Sin embargo, el Juez puede ordenar la actuación de medios probatorios cuando se trate de derechos indisponibles o presuma dolo o fraude procesales;
3. Los hechos que la ley presume sin admitir prueba en contrario; y
4. El derecho nacional, que debe ser aplicado de oficio por los Jueces. En el caso del derecho extranjero, la parte que lo invoque debe realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido.

La declaración de improcedencia la hará el Juez en la audiencia de fijación de puntos controvertidos. Esta decisión es apelable sin efecto suspensivo. El medio de prueba será actuado por el Juez si el superior revoca su resolución antes que se expida sentencia. En caso contrario, el superior la actuará antes de sentenciar.

Finalmente, en cuanto al manual de instrucciones del equipo HI 991300, medio probatorio ofrecido en el recurso de apelación (Fojas 929 a 932), el mismo no desvirtúa la imputación objeto de sanción dado que éste sólo se refiere a las pautas que se deben seguir para calibrar un phmetro, pero no acredita que el equipo de medición que se utilizó durante la supervisión que se llevó a cabo en la Unidad Minera ATACOCHA y Concesión de Beneficio CHICRIN N° 2 durante los días 17 al 21 de julio de 2007, no fue calibrado en campo; por lo que corresponde desestimar dicho extremo.

En consecuencia, el resultado de 9,27 para el parámetro pH reportado en el punto de control E-12, correspondiente al drenaje de la Relavera Tlacayán y aguas clarificadas del rebose, que se encuentra consignado en la Tabla N° III-11, Parámetros de Campo de los Efluentes, el mismo que obra en el Informe de Supervisión N° 06-MA-2007-ACOMISA, elaborado por ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A. en setiembre de 2007 (Foja 165), acredita suficientemente el exceso de los LMP.

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

Sobre la vulneración a los Principios de Verdad Material y Causalidad, Presunción de Licitud, Tipicidad y su relación con el Daño Ambiental por exceso del Límite Máximo Permisible

24. En cuanto a lo alegado en el literal k) del numeral 3, cabe señalar que no deben confundirse las normas de emisión, que comprenden a los LMP como nivel de protección ambiental cuya medición se realiza en la fuente, con las emisiones o vertimientos que tienen el propósito de controlar, en este caso, los efluentes provenientes de la actividad minera; y las normas de calidad referidas a los cuerpos receptores.

En razón de lo señalado no resulta relevante en el presente caso analizar la calidad del cuerpo receptor, dado que la infracción es por exceso de los LMP; en tal sentido, corresponde 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 acuerdo a lo indicado, la definición de daño ambiental de la Ley N° 28611 recoge dos elementos de importancia:

- a) El primer elemento está referido a que el daño ambiental debe importar un menoscabo material al ambiente y/o a alguno de sus componentes.

b) El segundo elemento está referido a que dicho menoscabo material genere efectos negativos, que pueden ser actuales o potenciales.

Ahora bien, con relación al primer elemento sobre el menoscabo material, ello refiere a toda afectación material de la calidad ambiental que se produce al emitir sustancias contaminantes al ambiente o a alguno de los elementos que lo conforman, y que perjudican su calidad física o química, alterando su estado natural en mayor o menor medida.

A su vez, en cuanto al segundo elemento, éste se refiere a que en la configuración del daño ambiental no es indispensable que los efectos negativos del menoscabo material producido por las emisiones contaminantes al ambiente sean actuales, sino que resulta suficiente que dichos efectos negativos sean potenciales. Precisamente, los LMP se han establecido explícitamente señalándose que su exceso causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano o al ambiente (numeral 32.1 del artículo 32° de la Ley N° 28611).

En tal sentido, los efectos potenciales del daño ambiental se configuran cuando el menoscabo material de los elementos que constituyen el medio ambiente o el entorno ecológico, excede los niveles, estándares o parámetros de calidad establecidos por la autoridad pública, como en el caso de un LMP. En tal sentido, tratándose del daño ambiental, es necesaria únicamente la probabilidad futura en grado de verosimilitud para determinar su existencia y tomar las medidas necesarias con el fin de impedir sus efectos nocivos.

En consecuencia, 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, al 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 -debe repetirse- no requieren ser inmediatos o actuales, bastando la potencialidad de los mismos. De esta manera, la alusión al daño ambiental incluye la potencialidad del efecto negativo, aspecto que sin duda se presenta ante el exceso de los LMP.

Por lo expuesto, el exceso del LMP aplicable al parámetro Zinc, reportado en el punto de control E-09 configura la situación de daño ambiental definida en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, exceso del LMP que se encuentra acreditado con el resultado contenido en el Informe de Ensayo con Valor Oficial N° 76676L/07-MA-MB emitido por el Laboratorio INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C., contenido en el Informe de Supervisión N° 06-MA-2007-ACOMISA, elaborado por ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A. en setiembre de 2007 (Foja 556).

De igual modo, se tiene el exceso del LMP aplicable al parámetro pH, reportado en el punto de control E-12, que se encuentra consignado en la Tabla N° III-11 Parámetros de Campo de los Efluentes contenido en el Informe de Supervisión N° 06-MA-2007-

ACOMISA, elaborado por ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A. en setiembre del 2007 (Foja 165).

Asimismo, el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo 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 Zinc y pH y, por tanto se ha 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, por lo que correspondía aplicar la sanción prevista en dicho tipo legal.

En adición a lo señalado, cabe destacar que la pretensión de la recurrente de no ser sancionada por la infracción materia de análisis, implicaría la inutilidad de establecer los mencionados LMP. En efecto, no debe olvidarse que el establecimiento de los LMP tiene precisamente por finalidad evitar que se cause o se pueda causar daños a la salud y al ambiente, por lo cual el excederlos se considera una infracción grave. Más aún, si se pretendiera que el Estado demostrara la existencia actual de efectos negativos en el ambiente o alguno de sus componentes, y no solamente efectos potencialmente negativos, en cada infracción cometida por los titulares de las actividades económicas, se estaría imponiendo costos excesivos a la sociedad para demostrar la ocurrencia de una infracción demostrada suficientemente con el exceso de los LMP.

De otro lado, corresponde precisar que como regla derivada del Principio de Causalidad previsto en el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444, la sanción debe recaer sobre el administrado que realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de la infracción administrativa.

En tal sentido, no debe entenderse que dicho Principio establezca la obligación de la administración de acreditar la relación causa-efecto entre la actuación de la recurrente y la configuración del daño al ambiente, sino más bien el deber de imponer la sanción correspondiente a quien ha ejecutado los hechos materia de imputación, que en este extremo consiste en descargar al ambiente un efluente líquido que incumple el LMP aplicable a los parámetros Zinc y pH previsto en el Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

Al respecto, corresponde precisar que la relación de causalidad se encuentra debidamente acreditada toda vez que en el punto 3.13.4, literal b) (Efluentes) del Informe de Supervisión N° 06-MA-2007-ACOMISA, elaborado por ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A. (Foja163), se señala que tanto el efluente de la planta concentradora que se une a las aguas de mina del nivel 3570 e ingresa para el tratamiento que corresponde al punto de control E-09; así como el drenaje de la Relavera Ticlacayán y aguas clarificadas del rebose que corresponden al punto de control E-12, en los cuales se ha verificado el exceso del LMP aplicable para los

parámetros Zinc y pH, son efluentes producidos dentro de las instalaciones de la apelante, siendo finalmente vertidos al río Huallaga y Tíclacayán, respectivamente, razón por la cual devino válida la imposición de la sanción dispuesta en este extremo.

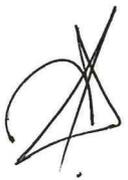
Ahora bien, conforme a lo establecido en el Principio de Verdad Material previsto en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444⁴³, los pronunciamientos que emiten las entidades al interior de los procedimientos administrativos sólo podrán sustentarse en aquellos hechos que se encuentren debidamente probados.

En tal sentido, conforme se ha analizado en el numeral precedente, los efluentes correspondientes a los puntos de control E-09 y E-12, han incumplido los Límites Máximos Permisibles aplicables para las Actividades Minero-Metalúrgicas en los parámetros Zinc y pH, conforme a lo indicado en la columna "Valor en Cualquier Momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, por lo que se ha verificado plenamente el hecho materia de sanción, no vulnerándose en modo alguno el Principio de Verdad Material.

Por su parte, el Principio de Presunción de Licitud previsto en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444, prevé que las autoridades deberán presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario, lo que implica que éstos no podrán ser sancionados sino en virtud de pruebas que generen convicción sobre su responsabilidad por el ilícito imputado; caso contrario, la insuficiencia probatoria o duda razonable conllevará a la absolución de los administrados⁴⁴.

Es por esta razón que, existiendo medios de prueba para acreditar que ATACOCHA ha sido debidamente sancionada y no habiendo la apelante aportado los medios de prueba que permitan dejar sin efecto la convicción formada por el órgano sancionador, esto último en el marco del numeral 162.2 del artículo 162° de la Ley N° 27444, en concordancia con el artículo 190° del Código Procesal Civil⁴⁵, se han





⁴³ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho 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.

⁴⁴ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

⁴⁵ RESOLUCION MINISTERIAL N° 010-93-JUS. TEXTO UNICO ORDENADO DEL CODIGO PROCESAL CIVIL.

Artículo 190°.- Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez.

desvirtuado los efectos del Principio de Presunción de Licitud, contenido en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

Finalmente, en cuanto a la vulneración del Principio de Tipicidad conforme ya se puntualizó en el numeral 21 de la presente resolución, existe un distingo entre norma sustantiva y norma tipificadora. En ese sentido, el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM constituye la norma sustantiva incumplida, mientras que el numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, configura la norma tipificadora.

De esta manera, no existe vulneración al Principio de Tipicidad toda vez que conforme se ha señalado precedentemente, 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, en atención a lo dispuesto por el numeral 32.1 del artículo 32° de la Ley N° 28611, por lo que habiéndose demostrado la conducta infractora de la apelante respecto al exceso de los LMP, le correspondía como sanción aplicable una multa de cincuenta (50) UIT por cada infracción.

Por lo expuesto, corresponde desestimar los argumentos planteados por la apelante en estos extremos.

Desarrollo de actividades sin contar con un Estudio de Impacto Ambiental aprobado

25. En cuanto a lo alegado en el literal l) del numeral 3, cabe indicar que en el Informe de Supervisión N° 06-MA-2007-ACOMISA, elaborado por ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A., en atención a la supervisión efectuada en la Unidad Minera ATACOCHA y Concesión de Beneficio CHICRIN N° 2 durante los días 17 al 21 de julio de 2007 (Foja 141), se señaló lo siguiente:

"3.4 Botaderos de Desmontes

3.4.1 Verificar en base a diseños y estudios técnicos las condiciones de estabilidad física y química de c/u de los botaderos de desmonte, y si se encuentra previstos su utilización dentro de un EIA o PAMA

El titular minero no cuenta con diseños ni estudios técnicos para la disposición de desmontes la que viene realizando sobre el Depósito de Relaves Malauchaca (ver fotografía 62). Se deja la recomendación

Son también improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer:

1. Hechos no controvertidos, imposibles, o que sean notorios o de pública evidencia;
2. Hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de la demanda, de la reconvención o en la audiencia de fijación de puntos controvertidos.
Sin embargo, el Juez puede ordenar la actuación de medios probatorios cuando se trate de derechos indisponibles o presuma dolo o fraude procesales;
3. Los hechos que la ley presume sin admitir prueba en contrario; y
4. El derecho nacional, que debe ser aplicado de oficio por los Jueces. En el caso del derecho extranjero, la parte que lo invoque debe realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido.

La declaración de improcedencia la hará el Juez en la audiencia de fijación de puntos controvertidos. Esta decisión es apelable sin efecto suspensivo. El medio de prueba será actuado por el Juez si el superior revoca su resolución antes que se expida sentencia. En caso contrario, el superior la actuará antes de sentenciar.

correspondiente en vista que el titular para esta disposición de desmonte no cuenta con los diseños y autorizaciones correspondientes, tampoco cuenta con un estudio de impacto ambiental aprobado. Tampoco en el PAMA se consideró esta disposición de desmonte y estaría generando impactos como polución, alteración del curso de las aguas de escorrentías superficiales, riesgo de desestabilización" (El subrayado es nuestro).

Sobre el particular, corresponde señalar que el Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Nuevo Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla - Etapa 1, no contemplaba al Depósito de Relaves de Malauchaca como botadero, por lo que se desprende que el Supervisor Externo ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A. ha verificado que ATACOCHA desarrolló actividad minera sin contar con un instrumento de gestión ambiental aprobado.

Ahora bien, ATACOCHA alega que con la emisión de la Resolución Directoral N° 242-2007-MEM/AAM de fecha 19 de julio de 2007, por la que se aprobó la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla, el Depósito de Relaves de Malauchaca dejó de funcionar como tal para convertirse en depósito de desmontes, por lo que durante la supervisión sólo les era exigible el nuevo instrumento de gestión ambiental.

Sobre el particular, corresponde señalar que la modificación de un Estudio de Impacto Ambiental no implica necesariamente dejar sin efecto el instrumento de gestión ambiental inicial, dado que muchas veces sólo se modifica algún componente del proyecto inicial, por lo que la modificación del EIA es una ampliación del estudio original. En ese sentido, se entiende que se mantienen vigentes todos los compromisos asumidos en el EIA original.

Atendiendo a lo expuesto, debe afirmarse que en el presente caso existen evidencias que ATACOCHA utilizaba el Depósito de Relaves de Malauchaca como botadero no obstante que carecía de un Estudio de Impacto Ambiental aprobado.

Tal afirmación se corrobora en el propio texto de la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto Depósito de Relaves Vaso Cajamarquilla, en cuanto señala:

“3.3.1.4.1 Cantera Malauchaca

Actualmente el depósito de relaves Malauchaca es utilizado para la deposición de los escombros de mina y materiales procedentes de la excavación del vaso 2 y 3 del depósito de relaves Cajamarquilla” (Foja 325 de la modificación del EIA).

(...)

3.3.1.4.4 BOTADERO

Se ha considerado el botadero de Malauchaca para el acopio de excedentes de excavación, la cual se ubica a 5 km. En la carretera Pasco-Huariaca y tiene una capacidad de 81 400 m³” (Foja 329).

En conclusión, resulta claro que ATACOCHA utilizaba el Depósito de Relaves de Malauchaca sin contar con Estudio de Impacto Ambiental aprobado. En tal sentido, el hecho de obtener la aprobación de la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental no lo eximía de su obligación ambiental, toda vez que la conducta imputada se realizó sin contar con previa autorización.

En base a lo antes señalado corresponde desestimar los argumentos expuestos por la apelante en este extremo.

Sobre el vertimiento de efluente minero metalúrgico al río Huallaga sin contar con autorización y la vulneración del Principio de Tipicidad

26. En cuanto a lo alegado en los literales m) y n) del numeral 3, cabe indicar que según el Principio de Tipicidad, regulado en el numeral 4 del artículo 230° de 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 análoga.

A su vez, sobre la aplicación del citado Principio, MORÓN URBINA⁴⁶ ha señalado que el mandato de tipificación derivado del mismo no sólo se impone al legislador cuando redacta el ilícito, sino también a la autoridad administrativa cuando instruye un procedimiento sancionador y debe realizar la subsunción de una conducta en los tipos legales existentes.

En efecto, corresponde a la Administración verificar la correcta adecuación de los hechos a la descripción típica de la infracción imputada, rechazándose toda interpretación extensiva o aplicación analógica de la norma tipificadora, toda vez que ello resultaría contrario a derecho, dado que implicaría sancionar conductas que no se encuentran calificadas como ilícitas.

Sobre el particular, conforme se desprende del Oficio N° 004-2008-OS-GFM (Foja 680), mediante el cual se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador, la Gerencia de Fiscalización Minera del OSINERGMIN imputó a ATACOCHA el siguiente hecho:

“Desarrollo de actividades mineras sin autorización

15. Vertimiento al río Huallaga del efluente minero metalúrgico proveniente de la poza que capta las filtraciones de los depósitos de relaves Cajamarquilla (Vasos 1, 2 y 3), sin adoptar medida alguna de previsión y control, fotografías N°13, 45 y 67. Por este hecho, CMA infringió los artículos 5° y 6° del RPAAMM, el artículo 74° de la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611 y el artículo 104° de la Ley General de salud, Ley N° 26842, encontrándose incurso en el subnumeral 3.4 del numeral 3, Medio Ambiente, de la EMP”.

⁴⁶ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima. 9° edición, 2011.

Ahora bien, en el presente caso se ha sancionado a ATACOCHA con una (01) infracción tipificada en el numeral 3.4 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM por verter al río Huallaga, sin contar con autorización, el efluente minero metalúrgico proveniente de la poza que capta las filtraciones de los Depósitos de Relaves Cajamarquilla (vasos 1, 2 y 3).

Sin embargo, resulta oportuno señalar con relación a la infracción tipificada en el numeral 3.4 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades, que el supuesto de hecho del citado tipo infractor prevé la realización de descargas de relaves y desechos, así como la emisión de gases o polvos al ambiente en general, sin contar con la autorización correspondiente; más no incluye dentro del tipo a los efluentes minero-metalúrgicos, como ocurrió en el presente caso, que es la infracción tipificada en el numeral 3.1 del punto 3 de la citada Escala de Multas y Penalidades.

Por tal motivo, considerar que las descargas de efluentes minero-metalúrgicos al ambiente sin autorización configuran la infracción prevista en el numeral 3.4 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, constituye una interpretación extensiva del tipo que vulnera el Principio de Tipicidad, invocado al inicio del presente numeral.

Siguiendo ese orden de ideas, corresponde precisar que no son acordes al ordenamiento jurídico los actos dictados por la Administración que no respeten los principios contenidos en la Ley N° 27444.

En tal sentido, habiéndose verificado que la resolución apelada vulneró el Principio de Tipicidad, al haberse sancionado como ilícito administrativo un supuesto no previsto en el numeral 3.4 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, conforme a lo expuesto líneas arriba; en aplicación del numeral 202.1 del artículo 202° de la Ley N° 27444, corresponde declarar de oficio la nulidad de dicho acto administrativo en el extremo referido a la infracción materia de revisión, por haber incurrido en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 10° de la citada Ley.

Asimismo, en aplicación del segundo párrafo del numeral 202.2 del artículo 202° de la Ley N° 27444, corresponde disponer la reposición del presente procedimiento administrativo sancionador hasta el momento en que se realice nuevamente la imputación de cargos, consistente en el hecho de no contar con autorización para verter al río Huallaga el efluente minero metalúrgico proveniente de la poza que capta las filtraciones de los Depósitos de Relaves Cajamarquilla (vasos 1, 2 y 3) sin adoptar medida alguna de previsión y control, considerando la correcta aplicación de la legislación minero-ambiental.

En atención a la declaración de nulidad contenida en el numeral anterior, carece de sentido emitir pronunciamiento sobre lo alegado por ATACOCHA en el literal m) del numeral 2 de la presente resolución.

Sobre la vulneración de los Principios del Debido Procedimiento Administrativo, Legalidad y Razonabilidad

27. Respecto a lo alegado en el literal o) del numeral 3, corresponde indicar que el Principio del Debido Procedimiento, recogido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, comporta el derecho de los administrados a obtener pronunciamientos debidamente motivados y fundados en derecho, lo que impone a la Administración Pública el deber de realizar una adecuada aplicación e interpretación del conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico vigente.

Asimismo, el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 regula el Principio de Razonabilidad, según el cual las sanciones a ser aplicadas deberán adaptarse dentro de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar.

Tal dispositivo legal debe concordarse con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 230° del mismo cuerpo legal, por el cual se establece que las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo para estos efectos observar los criterios de graduación.

Siguiendo ese orden de ideas, se tiene que en el presente procedimiento sancionador se ha acreditado objetivamente que la recurrente incurrió en las infracciones a cada una de las normas sustantivas que le fueron imputadas, por lo que correspondía aplicarle la sanción prevista en el numeral 3.1 y 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.

Asimismo, se constata que la multa total impuesta se determinó de acuerdo a lo establecido por la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.

Por lo expuesto, corresponde desestimar los argumentos formulados por la apelante en este extremo.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional 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 y Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, modificada por Resolución N° 014-2012-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA.

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR DE OFICIO LA NULIDAD de la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 000898 del 22 de setiembre de 2008, sólo en el extremo referido a la infracción de los artículos 5° y 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-

93-EM, el artículo 74° Ley N° 28611, el artículo 104° Ley N° 26842, por los fundamentos expuestos en el numeral 26 de la parte considerativa de la presente resolución; y, en consecuencia, **RETROTRAER** el procedimiento administrativo sancionador al momento en que se realice la imputación de cargos en dicho extremo, **DEVOLVIÉNDOSE** los actuados a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos para que actúe conforme a sus atribuciones.

ARTÍCULO SEGUNDO.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación presentado por COMPAÑÍA MINERA ATACOCHA S.A.A contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 000898 del 22 de setiembre de 2008, en los extremos no incluidos en el artículo primero que antecede, por los fundamentos expuestos en los numerales 12 al 25 y 27 de la parte considerativa de la presente resolución, quedando agotada la vía administrativa.

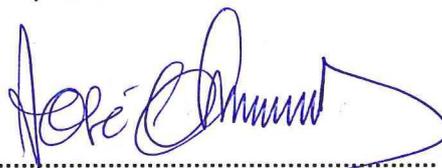
ARTÍCULO TERCERO.- DISPONER que el monto de la multa impuesta, ascendente a doscientos dieciséis (216) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), sea depositado en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicar al momento de la cancelación al banco el número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

ARTÍCULO CUARTO.- NOTIFICAR la presente resolución a COMPAÑÍA MINERA ATACOCHA S.A.A y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

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



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



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