

# Tribunal de Fiscalización Ambiental

## Resolución N° 012 -2011-OEFA /TFA

Lima, 18 NOV. 2011

**VISTOS:**

El Expediente N° 1618508 (Código MEM), que contiene el recurso de apelación interpuesto por Minera Aurífera Retamas S.A. (en adelante, RETAMAS) contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007056 de fecha 19 de abril de 2010, y el Informe N° 012-2011-OEFA/TFA/ST de fecha 11 noviembre de 2011; y,

**CONSIDERANDO:**

- Mediante Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007056 de fecha 19 de abril de 2010 (fojas 1063 - 1065), notificada el 22 de abril de 2010, se impuso a RETAMAS una multa de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por la comisión de la infracción tipificada en el numeral 3.2 del punto 3) "Medio Ambiente" de la Escala de Multas y Penalidades aprobado por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM<sup>1</sup>, por incumplimiento al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM<sup>2</sup>, conforme se detalla a continuación:

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

**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 (...).

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 (...).

<sup>2</sup> RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 011-96-EM/VMM - APRUEBA LOS NIVELES MAXIMOS PERMISIBLES PARA EFLUENTES LIQUIDOS PARA LAS ACTIVIDADES MINERO - METALURGICAS

Artículo 4°.- Resultados analíticos no excederán los niveles contemplados en el Anexo 1 ó 2, según sea el caso. 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 MAXIMOS PERMISIBLES DE EMISION PARA LAS UNIDADES MINERO-METALURGICAS		
PARAMETRO	VALOR EN CUALQUIER MOMENTO	VALOR PROMEDIO ANUAL
ph	Mayor que 6 y Menor que 9	Mayor que 6 y Menor que 9
Sólidos suspendidos (mg/l)	50	25
Plomo (mg/l)	0.4	0.2
Cobre (mg/l)	1.0	0.3
Zinc (mg/l)	3.0	1.0
Hierro (mg/l)	2.0	1.0
Arsénico (mg/l)	1.0	0.5
Cianuro total (mg/l) *	1.0	1.0

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

*[Handwritten signatures and initials on the left margin]*

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
En el punto de monitoreo E-11 se detectó el valor de 121.1 mg/L para el parámetro STS que supera el límite máximo permisible establecido en la columna "valor en cualquier momento".	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	50 UIT
<b>MULTA TOTAL</b>			<b>50 UIT</b>

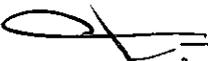
2. Con escrito de registro N° 1349599, presentado con fecha 12 de mayo de 2010 RETAMAS interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007056 (fojas 1068 - 1082), de acuerdo a los siguientes fundamentos:
- a. No existe prueba fehaciente que determine que se haya superado el Límite Máximo Permisible - LMP para el parámetro de Sólidos Totales en Suspensión - STS en el punto de monitoreo E-11, pues el mismo día de la fiscalización se tomó dos muestras, una muestra para la Empresa Fiscalizadora Externa cuyo resultado fue de 121.1 mg/L y otra para RETAMAS cuyo resultado fue de 35 mg/L; por lo que, se presentó un escrito de fecha 25 de julio de 2006 a la Dirección General de Minería, solicitando la toma de la muestra dirimente.
  - b. La propia Empresa Fiscalizadora Externa restó validez a los resultados del Laboratorio J. Ramón del Perú S.A.C. —que sirvieron de base para la imposición de la sanción—, al precisar en su informe que la Planta de tratamiento de aguas residuales de mina Las Chilcas, estaba operando adecuadamente y que el resultado de STS no se ajusta a la realidad, y que ello puede ser atribuible a que la muestra fue tomada en día de lluvia, pues el efluente no mostraba una alta cantidad de STS.
  - c. No se ha generado el daño ambiental previsto en el numeral 3.2 del punto 3) "Medio Ambiente" de la Escala de Multas y Penalidades aprobado por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, siendo incorrecto e ilegal interpretar que exceder el LMP *per se* cause un daño ambiental de acuerdo a la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente; por lo que el incumplimiento del LMP para el parámetro STS en el punto de monitoreo E-11 no podría ser calificado como una infracción grave, si previamente no se ha comprobado la existencia del daño ambiental; toda vez que en materia sancionadora no caben interpretaciones extensivas o contrarias a la norma jurídica de acuerdo con lo establecido en el inciso 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444.
  - d. La actuación de OSINERGMIN en el presente procedimiento sancionador vulnera los siguientes principios que rigen el procedimiento administrativo sancionador:

(Respecto a la aplicación de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, cabe precisar que si bien la misma fue derogada por el Decreto Supremo N° 010-2010-MINAM, de acuerdo a lo expuesto en el artículo 1° de la Resolución Ministerial 141-2011-MINAM "la entrada en vigencia de los nuevos valores de Límites Máximos Permisibles para actividades en curso que deban adecuarse a las nuevas exigencias, deben cumplir como mínimo con los valores anteriormente aprobados, hasta la conclusión del plazo de adecuación establecido en el instrumento de gestión ambiental o la norma respectiva".)

- i. Principio del debido procedimiento administrativo en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, pues existe una inadecuada interpretación de la definición de LMP y daño ambiental, que configura una indebida motivación del acto administrativo y por ende no permite un adecuado ejercicio del derecho de defensa.
- ii. Principio de presunción de licitud, al no haber convicción de que se haya generado un menoscabo material al ambiente y sus componentes para aplicar el daño ambiental contenido en la Resolución Ministerial 353-2000-EM-VMM.
- iii. Principio de razonabilidad, al no haber ponderado los criterios de gradualidad al momento de establecer la sanción, siendo que el rango concreto se encuentra entre 10 y 50 UIT; pues no se provocó un daño grave al interés público o al ambiente y sus componentes, no existe un perjuicio económico causado al Estado ni a terceros por la sola transgresión de los LMPs, existe falta de certeza en la toma de muestra y existe falta de intencionalidad.

### Competencia

3. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013<sup>3</sup>, 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).
4. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental<sup>4</sup>, el OEFA es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental.
5. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la citada Ley N° 29325, dispone que mediante Decreto Supremo refrendado por los sectores involucrados,

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

**1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental**

Créase el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, como organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, constituyéndose en pliego presupuestal, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental que corresponde. (...)

 **4 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.

se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA<sup>5</sup>.

6. Con Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, publicado el 21 de enero de 2010, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN) al OEFA; y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, publicada en 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.
7. De otro lado, es preciso mencionar que el artículo 10° de la citada Ley N° 29325<sup>6</sup>, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM<sup>7</sup>, y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD<sup>8</sup>, 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

<sup>5</sup> **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. (...)

<sup>6</sup> **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.

**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.

<sup>8</sup> **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 005 -2011-OEFA/CD - REGLAMENTO INTERNO DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL**

**Artículo 4°.- Competencia del Tribunal**

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

8. Antes de realizar el análisis de los argumentos esgrimidos por RETAMAS, este Órgano Colegiado considera pertinente, en aplicación del Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2. del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establecer la norma procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes<sup>9</sup>.
9. En tal sentido, siendo que a la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, corresponderá observar el contenido normativo de dicho cuerpo legal.

### **Análisis**

#### *Protección constitucional al ambiente y responsabilidad en la actividad minera*

10. Al respecto, cabe precisar que el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993<sup>10</sup>, señala que toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha manifestado que:

*"El contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos, a saber: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y, 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve.*

*En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, dicho derecho comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1° de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.*

*Pero también el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones*

<sup>9</sup> LEY N° 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

<sup>10</sup> 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.

*adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares y, con mayor razón, a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente (STC 0048-2004-AI/TC)".*

En este contexto, resulta oportuno poner énfasis en esta última configuración, toda vez que el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado impone a los particulares la obligación de adoptar medidas tendientes a prevenir, evitar o reparar los daños que sus actividades productivas causen o puedan causar al medio ambiente. A su vez, dichas medidas provendrán, entre otros, del 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, el que ha sido desarrollado por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, y 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 de 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 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.

De esa manera, es de precisar que el artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM dispone que el titular minero es responsable por las emisiones, vertimientos y disposición de desechos al medio ambiente que se produzcan como resultado de las actividades efectuadas en el área de su concesión. En este sentido, recae sobre el titular de la actividad una obligación de cuidado y preservación del medio ambiente, que se traduce en evitar e impedir que dichas emisiones, vertimientos o desechos causen o puedan causar efectos adversos, en razón de su grado de concentración o tiempo de permanencia en el medio ambiente; o que sobrepasen los niveles máximos permisibles que resulten aplicables.

Por lo tanto, conforme a lo expresado, las obligaciones que subyacen del citado artículo 5° del Reglamento del Decreto Supremo N° 016-93-EM se traducen en las siguientes exigencias:

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

En este contexto, en el caso objeto de análisis se verifica que se excede el LMP en un punto de monitoreo, lo que se condice con la situación descrita en el literal b) del presente considerando.

Respecto a la discrepancia de los resultados del parámetro STS en el Punto de Monitoreo E-11

- 11. Respecto al argumento de RETAMAS señalado en el literal a) del segundo considerando de la presente resolución, cabe indicar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, los parámetros aplicables a los efluentes minero metalúrgicos previstos en su Anexo 1, no deberán ser excedidos en ningún momento.

Sobre el particular, cabe indicar que se desprende de autos que RETAMAS excedió el LMP del parámetro STS en el punto de monitoreo E-11, toda vez que del análisis de la muestra tomada por la Empresa Fiscalizadora Externa, se detectó 121.1 mg/L para el parámetro de STS, conforme se acredita con el Informe de Ensayo N° 10606056 (foja 571) del Laboratorio J. Ramón del Perú S.A.C. debidamente acreditado ante el INDECOPI, y su respectiva Cadena de Custodia (fojas 575); que respaldan los procedimientos establecidos en su sistema de gestión de calidad y sus métodos de ensayo, así como garantiza que la muestra fue preservada adecuadamente dentro del tiempo de almacenaje de la muestra y en volumen suficiente para realizar el análisis de los parámetros.

Asimismo, cabe indicar que el resultado de 35 mg/L de STS en el punto de monitoreo E-11 (foja 1003) de la muestra tomada por RETAMAS<sup>11</sup>, no resta certeza al resultado del Laboratorio J. Ramón del Perú S.A.C., en tanto que las muestras tomadas responden a oportunidades o momentos distintos, aún cuando la muestra tomada por RETAMAS se haya realizado el mismo día al del recojo de la muestra para la Empresa Fiscalizadora Externa, debiendo recordar que la obligatoriedad en el cumplimiento de los LMP es exigible en cualquier momento, de conformidad con lo indicado en el primer párrafo del presente considerando. En ese sentido, el resultado proveniente de una muestra específica sólo podría ser rebatido por un análisis practicado sobre otra porción de la misma muestra, de conformidad con lo establecido en el artículo 4° del Reglamento de Dirimencia, aprobado mediante Resolución N° 0110-2001-INDECOPI-CRT<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Cabe mencionar que el titular minero no ha acreditado que la muestra tomada por él, haya sido obtenida, manejada y transportada al laboratorio cumpliendo con los criterios de aseguramiento de la calidad de la muestra, entre ellos los señalados por el Protocolo de Monitoreo de Agua aprobado por el Ministerio de Energía y Minas.

<sup>12</sup> RESOLUCIÓN N° 0110-2001-INDECOPI-CRT. REGLAMENTO DE DIRIMENCIAS  
Artículo 4.- Definiciones.- (...)  
a) Dirimencia: Procedimiento a través del cual la Comisión corrobora los resultados reportados por una entidad acreditada, que han sido observados por sus clientes o los destinatarios finales de sus servicios, empleando la muestra dirimente

Con relación a la solicitud de una toma de muestra dirimente presentada por RETAMAS ante la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas, cabe señalar que la actuación del titular minero no desestima el resultado del parámetro de STS detectado en el punto de monitoreo E-11, en tanto que la actuación realizada difiere únicamente respecto del procedimiento y específicamente de la entidad ante la cual se pueden impugnar los resultados de una muestra según lo establecido en el Reglamento de Dirimencia. Debe señalarse que el artículo 7°<sup>13</sup> del Reglamento en mención establece que las solicitudes de dirimencias deben ser presentadas ante la Secretaría Técnica de la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales de INDECOPI, dado que es el órgano llamado a designar el Laboratorio que efectuará el nuevo análisis de la muestra dirimente, y no ante el Ministerio de Energía y Minas, como sucedió en el presente caso con RETAMAS.

Estando a lo expuesto, se colige que una muestra tomada en otro momento, aún cuando su análisis y resultado determine el cumplimiento de los LMP aplicables al parámetro de que se trate, no deviene en muestra idónea para contradecir los resultados obtenidos con muestras que responden a un procedimiento que ha sido regulado específicamente en el marco normativo con el objetivo de brindar garantías a los resultados obtenidos. Sin perjuicio de lo indicado, debe anotarse una vez más que la muestra tomada por RETAMAS responde a otro momento, por lo que corresponde desestimar el resultado del parámetro de STS presentado por el titular minero.

Asimismo, debe señalarse que la empresa RETAMAS se encontraba facultada para solicitar una supervisión de la entidad acreditada cuyos resultados han sido observados a fin de verificar la aptitud de los equipos, materiales y demás recursos empleados en la prestación de sus servicios de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Dirimencia. En tal sentido, correspondía a la recurrente hacer ejercicio de dicha facultad de manera oportuna, lo que no ha ocurrido en el presente caso.

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

Respecto al Informe de la Empresa Fiscalizadora Externa y los resultados del Laboratorio J. Ramón del Perú S.A.C.

**<sup>13</sup> RESOLUCIÓN N° 0110-2001-INDECOPI-CRT. REGLAMENTO DE DIRIMENCIAS**

**Artículo 7.- Admisión de la solicitud.-** (...) De declararse inadmisibles las solicitudes de dirimencia al haber sido presentadas fuera del plazo señalado en el Artículo 16, el solicitante podrá requerir la evaluación prevista en el Artículo 12.

**Artículo 12.- Inadmisibilidad de la solicitud de dirimencia.-** Cuando la solicitud resulte inadmisibles por haberse presentado fuera del período fijado en el Artículo 16, la Comisión podrá realizar a petición del solicitante una supervisión a la entidad acreditada cuyos resultados han sido observados a fin de verificar la aptitud de los equipos, materiales y demás recursos empleados en la prestación de sus servicios.

Si como resultado de la supervisión realizada se determina que los materiales o equipos empleados al momento de la prestación del servicio no reúnan las características necesarias para asegurar la confiabilidad de sus resultados, la Comisión podrá ordenar de ser el caso, la realización de un nuevo ensayo sobre la base de nuevas muestras. En dichos casos los costos de la evaluación deben ser asumidos por el Laboratorio de Ensayo u Organismo de Certificación cuyos resultados se observaron, al margen del procedimiento por infracciones a que hubiere lugar.

12. En relación al argumento de RETAMAS señalado en el literal b) del segundo considerando de la presente resolución, respecto a que la propia Empresa Fiscalizadora Externa restó validez a los resultados del Laboratorio J. Ramón del Perú S.A.C., debe señalarse primero que los Informes de Ensayos emitidos por un Laboratorio acreditado, tiene un valor cuantitativo y cualitativo, dado que permiten deducir objetivamente el resultado del parámetro evaluado.

Sobre el particular, se desprende de autos que el exceso del LMP para el parámetro STS en el punto de monitoreo E-11 se encuentra acreditado con el Informe de Ensayo N°10606056 (foja 571) realizado por el Laboratorio J. Ramón del Perú S.A.C.

Asimismo, cabe señalar que de acuerdo al numeral 28.5 del artículo 28° del Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras, aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD, aplicable por encontrarse vigente a la fecha de inicio del presente procedimiento, las Gerencias de Fiscalización del OSINERGMIN se encuentran autorizadas a iniciar procedimientos administrativos sancionadores respecto de aquellos hechos contenidos en los Informes de Supervisión que constituyan ilícitos administrativos sancionables<sup>14</sup>. En consecuencia, la revisión y evaluación del contenido de los Informes de Supervisión corresponde, finalmente, a la autoridad administrativa, quien atribuirá a los hallazgos detectados durante la supervisión la naturaleza que corresponda, indistintamente de la valoración que haya hecho de las mismas el Supervisor Externo.

En tal sentido, el comentario realizado por la Empresa Fiscalizadora Externa sobre *que la Planta de tratamiento de aguas residuales de mina Las Chilcas, donde se encuentra el punto de monitoreo E-11, estaba operando adecuadamente y que el resultado de STS no se ajusta a la realidad, pues puede ser atribuible a que la muestra fue tomada en día de lluvia*, no desvirtúa el resultado obtenido en el punto de monitoreo E-11 (Descarga de la Planta de tratamiento de aguas residuales de mina Las Chilcas), toda vez que la obligatoriedad en el cumplimiento de los LMP es exigible en cualquier momento y ha quedado acreditado que se superó el LMP establecido en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

Por lo tanto, corresponde desestimar lo argumentado por la impugnante sobre el particular.

Respecto al daño ambiental

13. Con relación al argumento de RETAMAS contenido en el literal c) del segundo considerando de la presente resolución, cabe precisar que el daño ambiental es todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera

<sup>14</sup> RESOLUCIÓN N° 324-2007-OS/CD. REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS

Artículo 28°.- Revisión y Evaluación de los Informes de Supervisión.

28.5.- En caso la Gerencia de Fiscalización, la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente establezca que los hechos detectados son reiterativos o constituyen ilícitos administrativos sancionables que ameritan el inicio inmediato de un procedimiento administrativo sancionador no se requerirá cumplir previamente con lo establecido en los numerales 28.3 y 28.4 del presente artículo.

efectos negativos actuales o potenciales, de conformidad con lo establecido en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente.

Conforme se aprecia de la disposición glosada para efectos de determinar la existencia de un daño ambiental, no se requiere la presencia de un efecto negativo actual, dado que éste puede ser potencial, siendo que ello ocurre como consecuencia del ejercicio de una determinada actividad o por la mera contravención a una determinada disposición jurídica que tiene como finalidad establecer la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, como ocurre en el caso del LMP.

De esta manera, el numeral 32.1 del artículo 32° de la Ley N° 28611, según el cual el exceder un LMP causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente, no puede interpretarse por sí solo sino en armonía con el precepto que define el daño ambiental, referido en los párrafos anteriores. Conforme a lo expuesto, no se requiere la acreditación de la producción de daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente, para que se configure el mencionado daño ambiental, bastando que se pruebe el exceso de un LMP establecido, para considerar que se contraviene la obligación establecida en el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

En el presente caso, queda acreditado el exceso del límite máximo permisible para el parámetro STS en el punto de monitoreo E-11, conforme se sustenta en los resultados del Informe de Ensayo (foja 571), y siendo que al interior de un procedimiento administrativo, no se requiere acreditar la ocurrencia de daños actuales a la salud, al bienestar humano y al ambiente, para que se acredite el daño ambiental, puesto que como ya se ha indicado, basta que se pruebe el exceso del LMP, como ha ocurrido en el presente caso; resulta válida la aplicación de la infracción tipificada en el numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.

Debe agregarse que a diferencia de lo que señala RETAMAS, no se está realizando una interpretación extensiva o analógica al considerar que el daño ambiental no requiere ser actual, razón por la cual este Tribunal entiende que no se está vulnerando el principio de tipicidad, recogido en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

Por consiguiente, carece de sustento legal lo argumentado por RETAMAS en este extremo.

Respecto a la vulneración de los principios que rigen el procedimiento administrativo sancionador

14. Con relación al argumento de RETAMAS contenido en el literal d) del segundo considerando de la presente resolución; se precisa que la definición de LMP y daño ambiental en mérito del cual se ha amparado el Órgano Resolutor se encuentra en la Ley N° 28611, conforme se ha desarrollado en los párrafos 6, 7 y 8 del considerando anterior. Al sustentarse en el marco legal indicado, debe afirmarse que no existe una indebida motivación de la resolución recurrida, por ende en el presente procedimiento administrativo sancionador no se ha vulnerado el principio del debido procedimiento establecido en el numeral 2 del artículo 230° de la Ley N°

27444, en tanto que se ha garantizado el derecho de defensa del titular minero, conforme se puede apreciar del escrito de descargo presentado con fecha 29 de enero de 2009 (fojas 948 -1059).

Respecto al principio de presunción de licitud o presunción de inocencia del administrado, cabe acotar que el mismo no ha sido vulnerado en el presente procedimiento administrativo toda vez que durante el mismo se ha acreditado indubitadamente el exceso de LMP a través del resultado del Ensayo del Laboratorio, el cual no fue impugnado de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Dirimencia, ni desvirtuado en su contenido. En relación al principio de razonabilidad, este Tribunal considera oportuno indicar que de acuerdo al numeral 3.2 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, que tipifica el ilícito administrativo imputado a la apelante, éste se encuentra sancionado con una multa de 50 (cincuenta) UIT, recogiendo de esta manera un sistema de multas tasadas o fijas. De esa forma, habiéndose acreditado objetivamente al interior del presente procedimiento que la recurrente incumplió el artículo 4° de la R.M. N° 011-96-EM/VMM, pues excedió el LMP para el parámetro STS en el punto de monitoreo E-11 del rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 dicha Resolución, y siendo que el daño ambiental se ha configurado conforme se ha desarrollado en el considerando anterior, se ha configurado la infracción tipificada en el punto 3.2 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, que se encuentra sancionado con una multa de 50 (cincuenta) UIT, por lo que corresponde desestimar los argumentos del recurrente en este extremo..

15. Finalmente, habiéndose desestimado los argumentos expuestos por la recurrente y considerando que de acuerdo a lo indicado en los numerales 3 al 7 de la parte considerativa de la presente resolución corresponde al OEFA la potestad fiscalizadora y sancionadora en materia ambiental, resulta oportuno disponer que el pago de la multa impuesta deberá realizarse en la cuenta recaudadora del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA.

Estando a los considerandos expuestos, y de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; la Ley No. 29325, Ley del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental; el Decreto Legislativo No. 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; el Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA y la Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA;

**SE RESUELVE:**

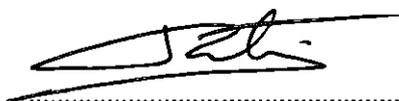
**Artículo Primero.- DECLARAR INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por Minera Aurífera Retamas S.A. contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007056 de fecha 19 de abril de 2010, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución; quedando agotada la vía administrativa.

**Artículo Segundo.- DISPONER** que el monto de la multa a que se refiere la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería -

OSINERGMIN N° 007056 de fecha 19 de abril de 2010, sea depositado en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, importe que deberá cancelar Minera Aurífera Retamas S.A., debiendo indicar al momento de la cancelación al Banco el número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

**Artículo Tercero.- NOTIFICAR** la presente resolución a Minera Aurífera Retamas S.A. y **REMITIR** el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA para los fines correspondientes.

Regístrese y comuníquese.



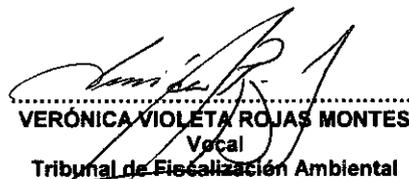
.....  
**LENIN WILLIAM POSTIGO DE LA MOTTA**  
Presidente  
Tribunal de Fiscalización Ambiental



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



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



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