

000372

Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 017 -2011-OEFA /TFA

Lima, 25 NOV. 2011

VISTOS:

El Expediente N° 1664639, que contiene el recurso de apelación interpuesto por Consorcio Minero Horizonte S.A. (en adelante, CONSORCIO HORIZONTE) contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 006628 de fecha 01 de marzo de 2010, y el Informe N° 017-2011-OEFA/TFA/ST de fecha 21 de noviembre de 2011; y,

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 006628 de fecha 01 de marzo de 2010 (Fojas 282 al 285), notificada el 19 de marzo de 2010, se impuso a COMPAÑÍA AURIFERA REAL AVENTURA S.A.C. una multa de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de una 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/VMM¹, al haberse incumplido el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM² que aprueba los Niveles Máximos Permisibles para efluentes líquidos en las actividades Minero – Metalúrgicas, conforme se detalla a continuación:

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

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 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. (...)

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

Artículo 4°.- Los resultados analíticos obtenidos para cada parámetro regulado a partir de la muestra recogida del efluente minero- metalúrgico, no excederán en ninguna oportunidad los niveles establecidos en la columna "Valor en cualquier Momento" del Anexo 1 ó 2 según corresponda.

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
En el punto de monitoreo A-3 del efluente minero metalúrgico, se detectó 119.7 mg/L para el parámetro Sólidos Totales Suspendidos (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
MULTA TOTAL			50 UIT

2. Con escrito de registro N° 1336102 presentado con fecha 13 de abril de 2010, complementado con escrito de registro N° 1388566 presentado el 03 de agosto de 2010, CONSORCIO HORIZONTE interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 006628 (Fojas 289 al 328), señalando los siguientes fundamentos:

- a. OSINERGMIN hace una interpretación extensiva del daño ambiental, al equiparar que el exceso del Límite Máximo Permisible (LMP) se entiende como "contaminación ambiental".
- b. La empresa admite que ha quedado demostrado en el presente procedimiento administrativo sancionador que se ha superado el LMP para el efluente minero – metalúrgico, sin embargo, sostiene que no ha quedado demostrado que dicha conducta haya generado daño ambiental, según como éste es entendido por la Ley General del Ambiente, por tanto argumenta que no existe daño ambiental, el cual debería ser probado y no presumido. Adicionalmente, la recurrente sostiene que debe considerarse lo señalado por el fiscalizador estatal en sus conclusiones de la inspección realizada en el periodo 2006 –II, respecto a que el titular minero no ocasionaría impactos al ambiente por el manejo de los efluentes líquidos domésticos.
- c. La Empresa Fiscalizadora nunca ha presentado a la empresa recurrente el informe de fiscalización conforme lo establece el artículo 49° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 049-2001-EM; por lo que, se habría vulnerado el debido procedimiento y atentado contra el derecho de defensa, por lo cual se debería declarar la nulidad de la resolución recurrida.

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
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 dissociable en ácido.

- d. La facultad sancionadora en que se basa la administración no tiene fuerza de ley, pues el artículo 4° de la Resolución del Consejo Directivo de OSINERGMIN N° 233-2009-OS-CD ha dejado sin efecto la Resolución del Consejo Directivo de OSINERGMIN N° 640-2007-OS-CD; por lo que en aplicación del control difuso que tienen los órganos colegiados, la citada norma no debería aplicarse al presente caso.
- e. En aplicación del numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, y el numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú debería declararse la nulidad de pleno derecho de la sanción impuesta, dado que las presuntas infracciones se basan en normas como el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM-VMM y el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM que no tienen rango de ley, ni establecen tipificación alguna respecto de actos u omisiones y la sanción respectiva. Tampoco existe norma de rango legal que establezca que mediante dicho Decreto Supremo se establecerán tipificaciones en materia minero ambiental.
- f. La Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM no tiene rango de ley o la jerarquía reglamentaria delegada a efecto de poder señalar conductas u omisiones pasibles de sanción; por tanto el acto administrativo por el cual se sanciona a la recurrente sería nulo de pleno derecho por contravenir la Constitución Política del Perú, y el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

Competencia

3. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013³, 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 Ambiental⁴, el OEFA es un

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

organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental.

5. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la citada Ley N° 29325, dispone que mediante Decreto Supremo refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA⁵.
6. Con Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, publicado el 21 de enero de 2010, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN) al OEFA; y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, publicada el 20 de julio de 2010, se estableció 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° 29325⁶, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM⁷, y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por

de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA.

⁵ **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. (...)

⁶ **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.

⁷ **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) R
esolver 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.

(...)

000374

Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD⁸, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

Norma Procedimental Aplicable

8. Antes de realizar el análisis de los argumentos esgrimidos en el recurso de apelación, 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 intervinientes⁹.
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

Sobre la legitimidad del recurrente

10. Conforme se aprecia del segundo considerando de la presente resolución, CONSORCIO HORIZONTE ha interpuesto un recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 006628 que sanciona a COMPAÑÍA AURIFERA REAL AVENTURA S.A.C. con una multa de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

En ese contexto, previo al análisis de los argumentos del recurso de apelación, se determinará si el recurrente se encuentra legitimado para cuestionar la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 006628.

⁸ 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.

(...)

⁹ 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.

Sobre el particular, cabe precisar que CONSORCIO HORIZONTE es el actual titular minero de la Unidad de Producción "Culebrillas" producto de la fusión por absorción de la COMPAÑÍA AURÍFERA REAL AVENTURA S.A.C., que se celebró por Escritura Pública el 21 de enero de 2010, según se desprende de la Partida Registral N° 01113631 del Registro de Personas Jurídicas (Foja 306).

Asimismo, cabe indicar que el artículo 344° de la Ley General de Sociedades - Ley N° 26887¹⁰ establece que la fusión mediante la cual dos o más sociedades se reúnen para formar una sola, implica la extinción de la personalidad jurídica de las sociedades incorporadas o absorbidas; y que la nueva sociedad incorporante o absorbente, según sea el tipo de fusión, asume a título universal y en bloque los patrimonios de las sociedades incorporadas o absorbidas.

Respecto a los derechos y obligaciones de la sociedad que se extingue, el artículo 353° de la Ley N° 26887¹¹ señala que la fusión entra en vigencia en la fecha fijada en los acuerdos de fusión, cesando en dicha fecha las operaciones, los derechos y las obligaciones de las sociedades que se extinguen, las que son asumidas por la sociedad absorbente.

Por su parte, cabe señalar que los artículos 51° y 52° de la Ley N° 27444¹² establecen quiénes se consideran administrados respecto de algún procedimiento administrativo concreto, y quiénes tienen capacidad procesal ante las entidades; por lo que la determinación de legitimidad del administrado para interponer un recurso administrativo se realizará teniendo en cuenta los preceptos legales referidos.

¹⁰ **LEY N° 26887 -LEY GENERAL DE SOCIEDADES**

Artículo 344°.- Concepto y formas de fusión.

Por la fusión dos o más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos por esta ley. Puede adoptar alguna de las siguientes formas:

(...)

2. La absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asumen, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas.

En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen por la fusión reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, en su caso.

¹¹ **LEY N° 26887 -LEY GENERAL DE SOCIEDADES**

Artículo 353°.- Fecha de entrada en vigencia.

La fusión entra en vigencia en la fecha fijada en los acuerdos de fusión. En esa fecha cesan las operaciones y los derechos y obligaciones de las sociedades que se extinguen, los que son asumidos por la sociedad absorbente o incorporante. Sin perjuicio de su inmediata entrada en vigencia, la fusión está supeditada a la inscripción de la escritura pública en el Registro, en la partida correspondiente a las sociedades participantes.

La inscripción de la fusión produce la extinción de las sociedades absorbidas o incorporadas, según sea el caso. Por su solo mérito se inscriben también en los respectivos registros, cuando corresponda, la transferencia de los bienes, derechos y obligaciones individuales que integran los patrimonios transferidos.

¹² **LEY N° 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 51°.- Contenido del concepto administrado

Se consideran administrados respecto de algún procedimiento administrativo concreto:

1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

2. Aquellos que, sin haber iniciado el procedimiento, posean derechos o intereses legítimos que pueden resultar afectados por la decisión a adoptarse.

Artículo 52°.- Capacidad procesal

Tienen capacidad procesal ante las entidades las personas que gozan de capacidad jurídica conforme a las leyes.

000375

Estando a lo expuesto, siendo que CONSORCIO HORIZONTE ha asumido las operaciones y los derechos y obligaciones de la COMPAÑÍA AURÍFERA REAL AVENTURA S.A.C. según lo establecido en la Ley N° 26887, el actual titular minero tiene la calidad de administrado y posee capacidad procesal para cuestionar la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 006628.

Protección constitucional al ambiente y responsabilidad en la actividad minera

11. Al respecto, cabe precisar que el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993¹³, 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 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

¹³ CONSTITUCIÓN POLITICA 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.

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 previsora del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar. La Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no soportarán." (El resaltado 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.

Con relación al exceso de LMP y daño ambiental

12. Respecto a los argumentos de CONSORCIO HORIZONTE señalados en los literales a) y b) del segundo considerando de la presente resolución, debemos indicar que en la fiscalización desarrollada por la Empresa Fiscalizadora Externa se detectó 119.70 mg/L de STS en el punto de monitoreo identificado como A-3, ubicado en el efluente minero metalúrgico que proviene de la bocamina 2421 de la Unidad de Producción "Culebrillas", conforme se acredita con el Informe de Ensayo N° 41631 expedido por el Laboratorio CORPLAB Perú (Foja 196).

De esa forma, queda acreditado que el titular minero incumplió la obligación establecida en el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM que señala que los resultados analíticos obtenidos para cada parámetro regulado a partir de la muestra recogida del efluente minero metalúrgico, no excederán en ninguna oportunidad los niveles establecidos en la columna "Valor en cualquier Momento".

En relación al daño ambiental, se debe precisar que el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley General del Ambiente - Ley N° 28611¹⁴ establece que para

¹⁴ LEY N° 28611 - LEY GENERAL DEL AMBIENTE
Artículo 142°.- De la responsabilidad por daños ambientales

(...)

142.2 Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales.

009370

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, como consecuencia del ejercicio de una determinada actividad o por la mera contravención a una determinada disposición jurídica. Asimismo, cabe indicar que el daño potencial viene recogido en la propia definición de lo que se entiende por Límite Máximo Permisible. Así, el artículo 32° de la Ley N° 28611¹⁵, establece que se denomina LMP a la medida de la concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente.

Por tanto, siendo que en el presente procedimiento se evidencia que se ha excedido el LMP del parámetro STS en el punto de monitoreo A-3, no se requiere acreditar la ocurrencia de daños actuales a la salud, al bienestar humano y al ambiente, para que se configure el daño ambiental que señala el numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/MMM, puesto que como ya se ha indicado, basta que se pruebe el exceso, como ha ocurrido en el presente caso.

Con relación al comentario del fiscalizador en sus conclusiones: "En la inspección realizada en el periodo 2006 -II el titular minero no ocasiona impactos al ambiente por el manejo de los efluentes líquidos domésticos y mineros"; cabe precisar, que el mismo no desvirtúa el hecho detectado, en tanto que el exceso de LMP en el punto de monitoreo A-3 ubicado en la Bocamina 2421 de la Unidad de Producción Culebrillas se encuentra debidamente acreditado con el Informe de Ensayo N° 41631 expedido por el Laboratorio CORPLAB Perú (Foja 196); por consiguiente corresponde desestimar lo alegado por la recurrente sobre el particular.

Respecto a la notificación del Informe de Fiscalización

13. En relación al argumento de CONSORCIO HORIZONTE señalado en el literal c) del segundo considerando de la presente resolución, cabe precisar que la Empresa Fiscalizadora Externa presentó el informe correspondiente al programa de fiscalización ante la entidad fiscalizada, COMPAÑÍA AURIFERA REAL AVENTURA S.A.C., en observancia de lo establecido en el artículo 49° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 049-2001-EM¹⁶, conforme se

¹⁵ LEY N° 28611 - LEY GENERAL DEL AMBIENTE
Artículo 32°.- Del Límite Máximo Permisible

32.1 El Límite Máximo Permisible - LMP, es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente. Su determinación corresponde al Ministerio del Ambiente. Su cumplimiento es exigible legalmente por el Ministerio del Ambiente y los organismos que conforman el Sistema Nacional de Gestión Ambiental. Los criterios para la determinación de la supervisión y sanción serán establecidos por dicho Ministerio.

¹⁶ DECRETO SUPREMO N° 049-2001-EM - REGLAMENTO DE FISCALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES MINERAS

Artículo 49°.- Los informes que corresponden tanto al programa de fiscalización como a los exámenes especiales deberán ser presentados ante la Dirección de Fiscalización Minera y ante la entidad fiscalizada, en los casos que corresponda también deberá presentarse un ejemplar ante la Dirección General de Asuntos Ambientales. La oportunidad de la presentación de los informes será dentro de los quince (15) días calendario de culminada la inspección. No se admitirán informes que no tengan anexada la constancia o el cargo de recepción de la entidad

puede apreciar del cargo de recepción de la Carta N° 017-AWS-06 de fecha 24 de enero de 2007¹⁷ (Foja 003).

Asimismo, cabe precisar que se aprecia de autos el Oficio N° 462-2009-OS-GFM de fecha 23 de marzo de 2009, mediante el cual se comunicó al titular minero el inicio del procedimiento administrativo sancionador y se precisó que no se adjunta el Informe de Fiscalización pues el mismo fue notificado el 27 de enero de 2007 (Foja 257); de esa forma, queda acreditado que el presente procedimiento administrativo sancionador se ha realizado de conformidad con lo establecido en el numeral 21.3 del artículo 21° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD¹⁸, garantizando de esa forma el derecho de defensa del administrado.

Por consiguiente, siendo que no se ha vulnerado el derecho de defensa del titular minero, el presente procedimiento administrativo sancionador no ha incurrido en ninguna causal de nulidad establecido en el artículo 10° de la Ley N° 27444¹⁹, por lo que, corresponde desestimar lo argumentado por la apelante.

Respecto a la facultad sancionadora y la Resolución del Consejo Directivo de OSINERGMIN N° 640-2007-OS-CD

14. En relación al argumento de CONSORCIO HORIZONTE señalado en el literal d) del segundo considerando de la presente resolución, cabe precisar que el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD tiene por objeto establecer el procedimiento aplicable a las actividades sujetas al ámbito de competencia de

fiscalizada. Los informes serán presentados de acuerdo a los formatos establecidos, en forma separada por cada tema.

La entidad fiscalizada, podrá presentar observaciones al informe hasta el quinto día hábil de recibido.

Transcurridos los treinta (30) días hábiles de la fecha de presentación, y de no haber observación alguna por parte de la Dirección de Fiscalización Minera, el informe se entenderá aprobado.

¹⁷ Al respecto, cabe precisar que en autos no obra descargo alguno contra el Informe de Fiscalización por parte de COMPAÑÍA AURIFERA REAL AVENTURA S.A.C., ni observación por parte de la Dirección de Fiscalización Minera.

¹⁸ **RESOLUCIÓN N° 640-2007-OS/CD - REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL OSINERGMIN**

Artículo 21°.- Inicio del Procedimiento

21.3. Para iniciar el procedimiento administrativo sancionador, se correrá traslado al administrado del correspondiente Informe Legal o Técnico, Acta Probatoria, Acta de Supervisión, Carta de Visita de Fiscalización, según sea el caso y se le dará un plazo para que presente los descargos respectivos. Dicho plazo no será menor a 5 días hábiles.

El referido plazo podrá ser ampliado a solicitud del administrado y siempre que así lo considere pertinente OSINERGMIN.

¹⁹ **LEY N° 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 10°.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

000377

OSINERGMIN; el cual es aplicable al presente procedimiento administrativo sancionador de acuerdo con lo establecido en la Unica Disposición Transitoria del Reglamento de Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 233-2009-OS/CD, que señala que los procedimientos que se encuentran actualmente en trámite continuarán rigiéndose por las disposiciones bajo las cuales se iniciaron, salvo las disposiciones del nuevo reglamento que reconozcan derechos o facultades a los administrados frente a la administración.

Sobre la facultad sancionadora del Órgano Resolutor, cabe precisar que a la fecha de emisión de la resolución recurrida, OSINERGMIN tenía la facultad de sancionar los incumplimientos de las normas de protección y conservación del ambiente relacionadas a las actividades mineras en virtud de lo establecido en la Ley N° 28964, Ley que transfiere las competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERGMIN.

De esa forma, la facultad sancionadora del Órgano Resolutor se amparó en la Ley N° 28964 y no en la Resolución del Consejo Directivo de OSINERGMIN N° 640-2007-OS-CD; por lo que se desestima lo argumentado por la recurrente.

En relación al objeto y rango normativo de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, el Decreto Supremo N° 016-93-EM y la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM

15. Respecto a lo señalado por CONSORCIO HORIZONTE en los literales e) y f) del segundo considerando de la presente resolución, resulta pertinente distinguir entre la norma sustantiva y la norma tipificadora, ya que mientras la primera prevé la obligación, la segunda califica el incumplimiento de obligación como infracción, atribuyéndole la respectiva consecuencia jurídica.

Asimismo, cabe señalar el objeto de las normas citadas en el presente enunciado, por su parte la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM tiene por objeto establecer los Niveles Máximos Permisibles de los elementos contenidos en los efluentes líquidos de la industria minero-metalúrgica con la finalidad de controlar los vertimientos producto de sus actividades y contribuir efectivamente a la protección ambiental; el Decreto Supremo N° 016-93-EM tiene por objeto establecer las acciones de previsión y control que deben realizarse para armonizar el desarrollo de las actividades minero-metalúrgicas con la protección del medio ambiente, entre otros²⁰; y la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM tiene por objeto la escala de multas y penalidades que se aplicarán en caso de incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería y sus respectivas normas reglamentarias, de acuerdo al detalle que se indica en la misma Resolución.

²⁰ DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM - REGLAMENTO PARA LA PROTECCION AMBIENTAL EN LA ACTIVIDAD MINERO- METALURGICA

Artículo 3°.- Objeto. El presente reglamento tiene por objeto:

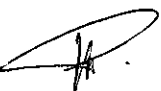
- a) Establecer las acciones de previsión y control que deben realizarse para armonizar el desarrollo de las actividades minero-metalúrgicas con la protección del medio ambiente.
- b) Proteger el medio ambiente de los riesgos resultantes de los agentes nocivos que pudiera generar la actividad minera-metalúrgica, evitando sobrepasen los niveles máximos permisibles.
- c) Fomentar el empleo de nuevas técnicas y procesos relacionados con el mejoramiento del medio ambiente.

De esa forma, se advierte del numeral 3.3 de la resolución recurrida, que en el presente procedimiento administrativo sancionador se acreditó el incumplimiento de las obligación establecida en el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, concordada con el artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, las mismas que constituyen las normas sustantivas incumplidas; mientras que el numeral 3.2 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, configura la norma tipificadora.


En relación al rango normativo de las normas citadas en el presente enunciado, cabe precisar que las normas sustantivas, Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, el Decreto Supremo N° 016-93-EM y la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, fueron emitidas en el marco de la función normativa del Ministerio de Energía y Minas a que se refieren el literal c) del artículo 6° de la Ley Orgánica del Ministerio de Energía y Minas – MEM, Decreto Ley N° 25962²¹, y el literal f) del artículo 8°, literal h) del artículo 41° y la Primera Disposición Complementaria del Reglamento de Organización y Funciones del MEM, aprobado por Decreto Supremo N° 027-93-EM²².

Sin perjuicio de lo señalado, con relación a la norma tipificadora, Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, cabe señalar que:

- a) A través del Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, en concordancia con la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA, y se autorizó a este último organismo a sancionar las infracciones en materia ambiental, empleando para ello el marco normativo y escalas de sanciones que venía aplicando el primero de los organismos mencionados.
- b) A su vez, debe mencionarse que mediante Ley N° 28964, Ley que transfiere las competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERGMIN, se declaró que en tanto no se aprueben por dicho organismo los procedimientos de fiscalización de las actividades mineras a su cargo, seguirán vigentes las disposiciones sobre esta materia contenidas, entre otras, en la Escala de Sanciones y Multas aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, siendo de aplicación todas las normas complementarias de estas disposiciones que se encontraban vigentes a la fecha de la promulgación de esta Ley.



²¹ **DECRETO LEY N° 25962 - LEY ORGÁNICA DEL SECTOR ENERGÍA Y MINAS**
Artículo 6°.- Son funciones del Ministerio de Energía y Minas:
c) Dictar la normatividad general de alcance nacional en las materias de su competencia


²² **DECRETO SUPREMO N° 027-93-EM - APRUEBAN LA ESTRUCTURA ORGÁNICA Y EL REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS**
Artículo 8°.- El Ministro de Energía y Minas tiene las funciones y atribuciones siguientes:
f. Expedir Resoluciones Ministeriales relativas al Sector.
Primera Disposición Complementaria
Por Resolución Ministerial se aprobarán las disposiciones complementarias las modificatorias que puedan corresponder a este Reglamento, así como los documentos de gestión necesarios que faciliten su aplicación.

000378

Sobre la base de lo expuesto, debe afirmarse que la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM y el Decreto Supremo N° 016-93-EM no son las normas tipificadoras; de esa forma, no les resulta exigible la formalidad establecida en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444; y respecto a la Escala de Multas y Sanciones aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, norma tipificadora, cabe precisar que la misma viene dada por la Ley General de Minería y complementada por las indicadas Leyes N° 28964 y N° 29325; en ese sentido, queda acreditado que no se contraviene el principio establecido en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444; por lo que resultó válidamente aplicada por OSINERGMIN.

Por consiguiente, la aplicación de las normas en el presente procedimiento sancionador se encuentra en el marco del debido procedimiento, no habiéndose incurrido en causal de nulidad, por lo que se desestima lo argumentado por CONSORCIO HORIZONTE en este extremo.

16. Estando a lo expuesto, y habiéndose acreditado el exceso del parámetro de STS en el punto de monitoreo A-3 del efluente minero metalúrgico que proviene de la bocamina 2421 de la Unidad de Producción "Culebrillas", se ha incumplido la obligación establecida en el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM; y siendo que los excesos de LMP en los efluentes mineros metalúrgicos causan daño al ambiente, se confirma la sanción impuesta 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.
17. 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 OEFA.

Estando a los considerandos expuestos, y de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; la Ley N° 29325, Ley del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental; el Decreto Legislativo N° 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; la Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA; y con el acuerdo adoptado por la Sala en la Sesión N° 10 de fecha 26 de octubre de 2011, que aprueba la abstención de la Vocal Verónica Violeta Rojas Montes;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por Consorcio Minero Horizonte S.A. contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 006628

de fecha 01 de marzo de 2010, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución; quedando agotada la vía administrativa.

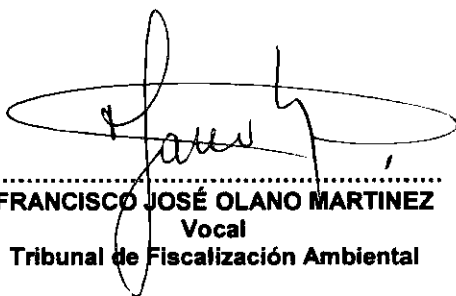
Artículo Segundo.- DISPONER que el monto de la multa a que se refiere la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 006628 de fecha 01 de marzo de 2010, sea depositado en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, importe que deberá cancelar el Consorcio Minero Horizonte 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 Consorcio Minero Horizonte S.A. y **REMITIR** el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA para los fines correspondientes.

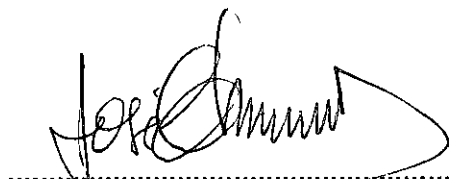
Regístrese y comuníquese.



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



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



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