

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 083-2012-OEFA/TFA

Lima, 04 JUN. 2012

VISTOS:

El Expediente N° 024-2009-MA/R, y el Expediente N° 026-2011-DFSAI/PAS que contiene el recurso de apelación interpuesto por PERUBAR S.A. (en adelante, PERUBAR) contra la Resolución Directoral N° 03-2012-OEFA/DFSAI de fecha 16 de enero de 2012 y el Informe N° 090-2012-OEFA/TFA/ST de fecha 01 de junio de 2012;

CONSIDERANDO:

1. Por Resolución Directoral N° 03-2012-OEFA/DFSAI de fecha 16 de enero de 2012 (Fojas 109 a 114), notificada con fecha 17 de enero de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos impuso a PERUBAR una multa de dos (02) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de una (01) infracción; conforme al siguiente detalle:

HECHO IMPUTADO	NORMA INCUMPLIDA/ TIPIFICACIÓN	SANCION
Incumplir la recomendación N° 6 formulada en la supervisión regular correspondiente al año 2008 referida a: "Cambiar el termómetro del horno de	Tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM ¹	2 UIT

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

ANEXO

3. MEDIO AMBIENTE

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

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.

secado para un mejor control de temperatura para el secado de muestras", habiéndose verificado que no se cumplió con la recomendación. Dicho incumplimiento fue detectado en la supervisión regular del año 2009.		
MULTA TOTAL		2 UIT

2. Mediante escrito de registro N° 003795 presentado con fecha 07 de febrero de 2012 (Fojas 116 al 143), PERUBAR interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 03-2012-OEFA/DFSAI, solicitando su nulidad o revocación, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

- a) La infracción imputada y la sanción impuesta no cumplen con el Principio de Legalidad que rige la potestad sancionadora de las entidades estatales por cuanto el segundo párrafo del numeral 3.1. del punto 3 del Anexo de la Escala de Multas y Penalidades, aprobado por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/MM no puede servir de sustento legal para sancionar, toda vez que dicho principio establece dos aspectos claramente diferenciados, como son que sólo por norma con rango de ley cabe: i) atribuir a las entidades la potestad sancionadora y ii) prever las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, no habiendo, la Resolución recurrida, analizado este segundo aspecto.
- b) No se cumple con el Principio de Tipicidad que rige la potestad sancionadora de las entidades estatales, toda vez que la supuesta acción u omisión (infracción) que se imputa, no se encuentra previa e inequívocamente tipificada como infracción pasible de sanción en alguna norma con rango de ley.
- c) No se cumple con el Principio de Razonabilidad que rige la potestad sancionadora de las entidades estatales por cuanto la Resolución no ha tomado en cuenta el artículo 12° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 003-2011-OEFA/CD, el literal b) del numeral 1 de la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente aprobado por Decreto Legislativo N°1013 y el artículo 136° de la Ley General del Ambiente - Ley N° 28611, todas las cuales prevalecen frente a la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/MM.
- d) No se ha incurrido en infracción administrativa pasible de ser sancionada, toda vez que se ha cumplido con la recomendación N° 6 formulada en la supervisión regular del año 2008 a la Unidad Minera Casapalca 7, ya que dicha

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

recomendación no consistía en comprar o adquirir un nuevo termómetro de horno de secado para un mejor control de temperatura para el secado de muestras, sino sólo en efectuar el cambio del mismo, lo cual puede hacerse a través de una reparación o mantenimiento del equipo que se encontraba instalado o reemplazándose con uno de similares características que se encontraba en normal funcionamiento. Para el presente caso, la no presentación del documento de gestión de compra no implica incumplimiento de la recomendación.

3. Asimismo, cabe agregar que en el Cuarto Otrosí del citado recurso de apelación, PERUBAR solicitó el uso de la palabra ante el Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA, el cual fue concedido mediante Decreto N°011-2012-OEFA/TFA de fecha 04 de abril de 2012 (Foja 151), notificado en la misma fecha (Foja 152). Sin embargo, la recurrente no asistió el 27 de abril de 2012, fecha fijada para la realización del informe oral.

Competencia

4. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, 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)².
5. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, 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 ambiental³.

² DECRETO LEGISLATIVO N° 1013. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE. SEGUNDA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL.- CREACIÓN DE ORGANISMOS PÚBLICOS ADSCRITOS AL 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. (...)

³ 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.

6. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley citada en el considerando precedente, 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 OEFA⁴.
7. Con Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, publicado el 21 de enero de 2010, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – 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 las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería del OSINERGMIN al OEFA, el 22 de julio de 2010.
8. De otro lado, es preciso mencionar que el artículo 10° de la citada Ley N° 29325, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA⁵.

4 LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES PRIMERA.- (...)

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. (...)

5 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. 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 última instancia administrativa del OEFA. Las resoluciones del Tribunal son de obligatorio cumplimiento y constituye precedente vinculante en materia ambiental, siempre que se señale en la misma Resolución, en cuyo caso deberán ser publicadas de acuerdo a Ley.

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

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

Norma Procedimental Aplicable

9. Antes de realizar el análisis de los argumentos esgrimidos por la recurrente, resulta 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 intervinientes⁶.
10. Siendo que a la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 233-2009-OS/CD, corresponderá observar el contenido normativo de dicho cuerpo legal.

Análisis

Protección constitucional al ambiente

11. 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 a las normas de protección y conservación del medio ambiente, toda vez que éste debe informar y ordenar los alcances de las obligaciones exigibles a los titulares mineros.

Sobre el particular, cabe indicar que de acuerdo al numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993, constituye derecho fundamental de la persona "el gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida"⁷.

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 siguiente⁸:

⁶ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.
TÍTULO PRELIMINAR

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.

⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: (...)

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

⁸ La sentencia recaída en el Expediente 0048-2004-AI, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica:
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>

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

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

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

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

El medio ambiente se compone de los denominados elementos naturales, los cuales pueden generar, según sea el caso, algún tipo de utilidad, beneficio o aprovechamiento para la existencia o coexistencia humana (...)"

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 otros⁹.

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 por¹⁰:

⁹ 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.

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

En este contexto, cabe indicar que el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado impone a los particulares la obligación de adoptar medidas tendientes a prevenir, evitar o reparar los daños que sus actividades productivas causen o puedan causar al medio ambiente. A su vez, dichas medidas provendrán, entre otros, del marco jurídico aplicable al medio ambiente y aquellas asumidas por dichos particulares en sus instrumentos de gestión ambiental.

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

Sobre el cumplimiento del Principio de Legalidad

12. Respecto a lo alegado en el literal a) del numeral 2, cabe señalar que la legalidad de la resolución cuestionada se estableció a través de la Ley General de Minería con el texto concordado publicado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, de conformidad con lo establecido en la Tercera Disposición Final de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley N° 26821; norma con rango de ley que permite la remisión a disposiciones reglamentarias para el ejercicio de la potestad sancionadora en el sector minero¹¹.

¹⁰ La sentencia recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>

¹¹ Ley N° 26821. LEY ORGÁNICA PARA EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES. DISPOSICIONES FINALES
Vigencia de convenios de estabilidad y de leyes especiales sobre recursos naturales: (...)

En efecto, de acuerdo al literal l) del artículo 101° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, corresponde imponer sanciones y multas a los titulares de derechos mineros que incumplan con sus obligaciones o infrinjan las disposiciones señaladas en dicha Ley, su Reglamento y el Código del Medio Ambiente¹².

Es bajo el marco planteado, que se emitió la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, norma que estableció la Escala de Multas y Penalidades por incumplimientos, entre otros, de obligaciones ambientales.

A su vez, con relación a la vigencia de la citada Resolución Ministerial, cabe señalar que 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, siendo que por medio de su artículo 4° se autorizó a este Organismo sancionar las infracciones en materia ambiental empleando el marco normativo y escalas de sanciones que venía aplicando el regulador¹³.

Asimismo, se tiene que mediante Ley N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERGMIN, se declaró que en tanto se aprueben por el regulador 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.

Por lo tanto, la legalidad de la Escala de Multas y Sanciones aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, viene dada por la Ley General de Minería y complementada por las indicadas Leyes N° 28964 y N° 29325; y, en ese sentido, deviene válidamente aplicable por el OEFA.

Tercera.- Mantienen su plena vigencia, entre otras, las siguientes leyes sobre recursos naturales promulgadas con anterioridad a la presente, incluyendo sus modificatorias o complementarias: (...)
- Ley General de Minería con el texto concordado publicado por Decreto Supremo No 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería

¹² DECRETO SUPREMO N° 014-92-EM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA.

Artículo 101°.- Son atribuciones de la Dirección General de Minería, las siguientes: (...)

l) Imponer sanciones y multas a los titulares de derechos mineros que incumplan con sus obligaciones o infrinjan las disposiciones señaladas en la presente Ley, su Reglamento y el Código de Medio Ambiente.

¹³ DECRETO SUPREMO N° 001-2010-MINAM. APRUEBAN INICIO DEL PROCESO DE TRANSFERENCIA DE FUNCIONES DE SUPERVISIÓN, FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN EN MATERIA AMBIENTAL DEL OSINERGMIN AL OEFA.

Artículo 4°.- Referencias Normativas

Al término del proceso de transferencia de funciones, toda referencia a las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental que realiza el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, se entenderá como efectuada al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, pudiendo este último sancionar las infracciones en materia ambiental que hayan sido tipificadas mediante normas y reglamentos emitidos por el OSINERGMIN, aplicando la escala de sanciones que para tal efecto hubiere aprobado dicho organismo regulador.

En el contexto ya establecido, es pertinente precisar respecto a la falta de previsión de las consecuencias administrativas que alega la recurrente, que ello no es exacto; toda vez que la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM establece en su artículo 3.1 el supuesto de hecho, el mismo que alcanza a los titulares mineros que incumplan los compromisos de su EIA detectados como consecuencia de la fiscalización o de los exámenes especiales, así como también se establece la consecuencia jurídica que es la sanción de multa de 10 UIT por cada incumplimiento hasta 600 UIT como máximo.

Sin perjuicio de lo expuesto, resulta oportuno precisar que si bien la apelante sustenta el argumento materia de análisis en el Principio de Legalidad contenido en el numeral 1 del artículo 230° de la Ley N° 27444, dicho dispositivo normativo fue publicado recién con fecha 11 de abril de 2001, esto es, con posterioridad a la dación de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM¹⁴.

En consecuencia, corresponde desestimar lo alegado por PERUBAR en este extremo.

Sobre el cumplimiento del Principio de Tipicidad

13. Respecto a lo alegado en el literal b) del numeral 2, resulta pertinente identificar la norma sustantiva y la norma tipificadora, ya que mientras la primera de éstas prevé la obligación cuyo incumplimiento se imputa, la segunda califica dicho incumplimiento como infracción, atribuyéndole la respectiva consecuencia jurídica.

En el presente caso, el tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, constituye la norma sustantiva incumplida, así como la norma tipificadora.

Así, el numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por 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.*

¹⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993.

Artículo 103°.- (...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. (...)

DECRETO LEGISLATIVO N° 295. CODIGO CIVIL.
TÍTULO PRELIMINAR

Artículo III.- Aplicación de la ley en el tiempo

La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.

011-96-EM/VMM, 315-96-EM/VMM y otras normas modificatorias y complementarias, que sean detectadas como consecuencia de la fiscalización o de los exámenes especiales el monto de la multa será de 10 UIT por cada infracción, hasta un máximo de 600 UIT. En los casos de pequeño productor minero la multa será de 2 UIT por infracción.
(...)

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

Como señala el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 0010-2002-AI/TC, 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 experiencia¹⁵.

Cabe agregar que las empresas del sector minero cuentan con capacidad técnica, administrativa y financiera para identificar las obligaciones a las que están sujetas; motivo por el cual resulta razonable considerar que pueden prever, bajo los criterios expuestos en el párrafo precedente qué conductas se consideran infracción en el referido sector.

En consecuencia, el incumplimiento de las recomendaciones vertidas por las supervisoras constituye infracción sancionable conforme al tipo contenido en el tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.

De acuerdo a lo expuesto, este Cuerpo Colegiado considera que la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, no contraviene el Principio de Tipicidad, correspondiendo desestimar lo argumentado por la recurrente en este extremo.

En consecuencia, por las razones alegadas, corresponde desestimar los argumentos expuestos por PERUBAR en este extremo.

Sobre el cumplimiento del Principio de Razonabilidad

14. Respecto a lo alegado en el literal c) del numeral 2, este Tribunal considera oportuno indicar que de acuerdo al tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 del

¹⁵ La sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC, es una de naturaleza normativa; encontrándose disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>.

anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, que tipifica el ilícito administrativo imputado a la apelante, se encuentra sancionado con una multa de dos (02) UIT.

Habiéndose acreditado al interior del presente procedimiento administrativo sancionador que la recurrente no cumplió con la Recomendación N° 6 del Informe de Supervisión Regular 2008, mediante el Informe de Supervisión Ambiental de la Unidad de Producción "Casapalca 7" de PERUBAR, Informe N° 12-2009-MA-TEC del 05 de noviembre de 2009 (Foja 09 del Expediente N° 024-2009-MA/P), en el que la empresa supervisora Tecnología XXI S.A. califica con un grado de 0% el cumplimiento de la recomendación realizada, correspondía aplicar la sanción prevista en el tercer párrafo numeral 3.1 del punto 3 del anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, la que asciende a dos (02) UIT.

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

Por otra parte, el artículo 12° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA aprobado por Resolución de Consejo Directivo N°003-2011-OEFA/CD se refiere a la aplicación de sanciones administrativas señaladas en el literal b) del numeral 1 de la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente aprobado por Decreto Legislativo N°1013 y en el artículo 136° de la Ley General del Ambiente - Ley N° 28611, las mismas que señalan la multa como una de las sanciones a imponer en el ejercicio de la potestad sancionadora; en consecuencia, no se está incumpliendo dicha normativa como alega la recurrente, ni existe ninguna contradicción con la norma específica aplicada en el presente caso, por lo que corresponde desestimar los argumentos de la recurrente en este extremo.

Sobre el cumplimiento de la Recomendación N° 6 del Informe de Supervisión Regular 2008:

15. Respecto a lo alegado en el literal d) del numeral 2, corresponde indicar que el Informe de Supervisión Regular Concesión CASAPALCA 7/CB Concentradora Rosaura, Informe N° 04-2008-REG-CLETECH elaborado por Clean Technology S.A.C. Asesores y Consultores Ambientales S.A.C. en noviembre del 2008 (Foja 006 del Expediente N° 026-2011) efectúa la siguiente observación:

"En el laboratorio metalúrgico, el horno de secado el termómetro se encuentra malogrado, no existiendo forma de controlar la temperatura para el secado de muestras".

Atendiendo a ello, la supervisora establece como Recomendación N° 6 lo siguiente:

"Cambiar el termómetro del horno de secado para un mejor control de temperatura del secado de muestras"

En ese contexto, en la verificación del cumplimiento de dicha recomendación, mediante el Informe de Supervisión Ambiental de la Unidad de Producción "Casapalca 7" de PERUBAR, Informe N° 12-2009-MA-TEC del 05 de noviembre de 2009 (Foja 09 del Expediente N° 024-2009-MA/P), la empresa supervisora Tecnología XXI S.A., la califica con un grado de cumplimiento de 0%, detallando que:

"El representante de la empresa PERUBAR (jefe SAS) manifestó que el termómetro fue reemplazado pero no presentó documento de gestión de compra del termómetro. El termómetro podemos ver en la fotografía II.13.11. Las operaciones en las diferentes áreas de la unidad Rosaura se encuentran paralizadas por cese de operaciones".¹⁶

Al respecto, resulta relevante precisar que la Resolución N° 233-2009-OS-CD que aprueba el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN aplicable al presente procedimiento, establece en su artículo 22.5 que la información contenida en los informes legales, informes técnicos y otros, se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos, salvo prueba en contrario¹⁷.

Cabe indicar que si bien es cierto, no se puede considerar que la falta de documento de gestión de compra, signifique el incumplimiento de la recomendación N° 6, referida a 'cambiar' el termómetro, debe resaltarse que la recurrente alega el cambio del equipo (al señalar que el termómetro fue reemplazado) y posteriormente sólo indica que realizó la reparación del mismo, conforme se aprecia en el Memorandum s/n de fecha 30 de enero de 2009 (fojas 34 del Expediente N° 026-2011-OEFA/DFSAI/PAS), emitido por el Jefe de Almacén al Jefe de SAS de la Unidad Minera "Rosaura" que a la letra dice:

"Por medio de la presente y de acuerdo a las actividades de gestión operativa, ambiental y de seguridad para la suspensión temporal de actividades que fuera presentado por la empresa al Ministerio de Energía y Minas, cumpro con informarle que el termómetro de marca REOTEMP INSTRUMENT CORPORATION DEL HORNO de secado de muestras del Laboratorio Metalúrgico ha sido materia de reparación y -además- ha sido materia de mantenimiento." (El subrayado en nuestro)

En consecuencia, PERUBAR no ha cumplido con la recomendación que señalaba expresamente el cambio del termómetro, la misma que no recoge la posibilidad de reparación que ha ejecutado la recurrente, siendo el caso que ésta no solicitó ni justificó ante el órgano competente, la modificación de la formulación de la recomendación para que contemple la reparación del termómetro.

Sin perjuicio de lo señalado, debe indicarse que la recurrente no ha acreditado la operatividad o funcionamiento del termómetro -reparado- del horno de secado de muestras como correspondía hacerlo, limitándose tan solo a señalar que el

¹⁶ La foto II.13.11 se encuentra en la Foja 59 del Expediente N° 024-2009-MA/P.

termómetro fue reparado, sin presentar medios probatorios, como un informe técnico que corrobore el buen funcionamiento del equipo, ya que no se podía corroborar la operatividad del mismo, toda vez que las operaciones se encontraban paralizadas.

En tal sentido, se configura el incumplimiento de la recomendación N° 6, toda vez que conforme a lo señalado por el Informe N° 12-2009-MA-TEC del 05 de noviembre de 2009, el termómetro de secado de muestras del laboratorio metalúrgico ha sido materia de reparación y mantenimiento, cuando éste debió ser reemplazado por uno nuevo, conforme la obligación contenida en dicha recomendación.

De acuerdo a lo expuesto, corresponde desestimar lo alegado por PERUBAR en este extremo.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 29325, Ley del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental; Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA y Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación presentado por PERUBAR S.A. contra la Resolución Directoral N° 03-2012-OEFA/DFSAI de fecha 16 de enero de 2012, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, quedando agotada la vía administrativa.

Artículo Segundo.- NOTIFICAR la presente resolución a PERUBAR S.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 MARTÍNEZ
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental


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