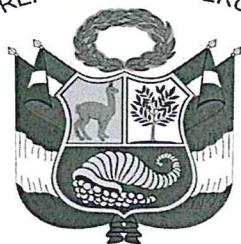


REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 251 -2012-OEFA/TFA

Lima, 19 NOV. 2012

VISTO:

El Expediente N° 1661374 que contiene el recurso de apelación interpuesto por ARUNTANI S.A.C.¹ (en adelante, ARUNTANI) contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 007810 de fecha 01 de julio de 2010 y el Informe N° 269-2012-OEFA/TFA/ST de fecha 16 de noviembre de 2012;

CONSIDERANDO:

1. Por Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007810 de fecha 01 de julio de 2010 (Fojas 643 al 646), notificada con fecha 05 de julio de 2010, la Gerencia General del OSINERGMIN impuso a ARUNTANI una multa de cien (100) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de dos (02) infracciones; conforme al siguiente detalle:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
En el punto de control AS, correspondiente al efluente descarga del pozo séptico, se reportó un valor	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ²	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución	50 UIT

¹ ARUNTANI S.A.C. identificada con Registro Único de Contribuyente (R.U.C.) N° 20466327612.

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.

de 3.83 para el parámetro pH, 6.27 mg/L para el parámetro Zn y 42,39 mg/L para el parámetro Fe, que superan el Límite Máximo Permisible establecido en la columna "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM		Ministerial N° 353-2000-EM-VMM ³	
En el punto de control PC-2, correspondiente al efluente drenaje del botadero sur, se reportó un valor de 4.64 para el parámetro pH y 5.59 mg/L para el parámetro Fe, que superan los Límites Máximos Permisibles establecidos en la columna "valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM	50 UIT
MULTA TOTAL			100 UIT

2. Mediante escrito de registro N° 1385457 presentado con fecha 26 de julio de 2010 (Fojas 649 a 762), ARUNTANI interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en

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.

³ 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 máximo de 600 UIT, independientemente de las obras de restauración que está obligada a ejecutar la empresa. Para el caso de PPM, la multa será de 10 UIT por cada infracción. (...).

Energía y Minería – OSINERGMIN N° 007810 de fecha 01 de julio de 2010, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

- a) Se ha vulnerado el Principio de Verdad Material, contemplado en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, toda vez que se ha sancionado a ARUNTANI sin tener en cuenta que los parámetros utilizados para la medición de los efluentes de las aguas servidas (pH, zinc y hierro) corresponden a los análisis que se realizan en aguas superficiales como ríos y lagos.
- b) Los resultados de monitoreo realizados por la empresa supervisora no han cumplido con los procedimientos de calibración de equipos, de acuerdo al Protocolo de Monitoreo de Calidad de Aguas, aprobado mediante Resolución Directoral N° 004-94-EM/DGAA, debido a que la calibración de los equipos utilizados por CORPLAB PERÚ S.A.C. se debió dar, por lo menos, un día antes de salir al campo; asimismo, el certificado de calibración del equipo pH Meter fue emitido por el mismo laboratorio y no por una empresa certificadora, lo que le resta certeza a sus resultados, contraviniendo el Principio de Verdad Material.
- c) CORPLAB PERÚ S.A.C. no siguió el procedimiento de filtrado de las muestras de metales disueltos, previsto en el Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua, situación que se verifica de la lectura de las cadenas de custodia, donde se solicitan los análisis por metales totales.
- d) La toma de muestras que realizó la empresa supervisora se efectuó en el río y no en las pozas sépticas de tratamiento, ello se aprecia de las coordenadas que indica la empresa supervisora en su informe.
- e) Con relación a los efluentes del sub drenaje del botadero sur de desmontes, ARUNTANI indica que éstos son controlados por drenes franceses y que las aguas del proyecto son ácidas de forma natural, por lo que dicha acidez no se debe a sus operaciones.
- f) Se ha vulnerado el Principio de Legalidad previsto en el numeral 1 del artículo 230° de la Ley N° 27444, dado que se ha sancionado a la recurrente sobre la base de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, la misma que es una norma con rango infra legal, que no cuenta con una remisión directa y expresa de la ley que le habilite a tipificar ilícitos administrativos.
- g) Se ha vulnerado el Principio de Tipicidad establecido en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, ya que la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM no define con precisión las conductas constitutivas de infracción administrativa sancionable, limitándose a señalar como infracción el incumplimiento de obligaciones

derivadas de diversas normas legales allí estipuladas, por lo que constituye una ley sancionadora en blanco.

- h) Se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, toda vez que no se han considerado los criterios para la graduación de las sanciones previstos en el ordenamiento.
- i) Se ha vulnerado el Principio de Causalidad previsto en el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444, toda vez que no se ha determinado en el presente procedimiento si el exceso de los LMP se debe a la descarga de efluentes minero-metalúrgicos o a la condición natural de las aguas de la zona.
- j) Se ha vulnerado el Principio de Presunción de Licitud previsto en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444, toda vez que corresponde a la Administración probar de forma fehaciente la infracción imputada al administrado; en el caso concreto, que los excesos de los LMP se deben a la actividad de la empresa y no a la condición natural de las aguas de la zona.
- k) La infracción correspondiente al exceso de los parámetros pH y Fe en el punto de control PC-2 se encuentra sancionada por la Resolución de Gerencia General de OSINERGMIN N° 007810, conducta que se ha vuelto a sancionar en la Resolución de Gerencia General de OSINERGMIN N° 007253, hecho que vulnera el Principio de Non Bis In Ídem regulado en el inciso 10 del artículo 230° de la Ley N° 27444.
- l) La resolución impugnada adolece de una debida motivación, pues se ha sancionado a ARUNTANI por una infracción grave sin acreditar el daño ambiental y la relación causal respectiva entre la conducta del administrado y el daño presuntamente causado.

Competencia

- 3. 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)⁴.

⁴ 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 (...).

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, 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 ambiental⁵.
5. 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 OEFA⁶.
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 – 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 el 22 de julio de 2010.
7. En adición, 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 OEFA⁷.

⁵ 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 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 (...).

⁷ 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

Norma Procedimental Aplicable

8. Antes de realizar el análisis de los argumentos formulados 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 intervinientes⁸.
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

10. Al respecto, este Cuerpo Colegiado considera necesario establecer el marco constitucional en el cual se desarrolla el bien jurídico protegido al interior de los procedimientos administrativos sancionadores por incumplimiento de las normas de protección y conservación del medio ambiente, toda vez que éste debe informar y ordenar los alcances de las obligaciones exigibles a los titulares mineros.

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 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.

⁸ 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.

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 “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”⁹.

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 siguiente¹⁰:

“(…) 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 — vivientes e inanimados— sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivientes (plantas, animales y microorganismos).

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

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

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

En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la

⁹ 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.

¹⁰ La sentencia recaída en el Expediente N° 0048-2004-AI, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>

conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros¹¹.

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 por¹²:

- 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 referida sentencia, respecto del cual cabe citar lo siguiente:

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

¹¹ 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.

¹² La sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>

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 a los parámetros utilizados para la medición de los efluentes y la presunta vulneración al Principio de Causalidad

11. Respecto a lo alegado en los literales a), e) e i) del numeral 2, cabe señalar que, de acuerdo al artículo 13° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, serán considerados como efluentes líquidos minero-metalúrgicos aquellos flujos provenientes de las instalaciones del titular minero que descarguen al ambiente¹³.

En tal sentido, considerando que el citado dispositivo normativo no define de modo específico el componente o elemento del ambiente al cual se destinan finalmente las descargas líquidas provenientes de las operaciones mineras, corresponde recurrir al marco legal aplicable al sector que es objeto de análisis, a efectos de determinar los alcances de dicho enunciado.

Al respecto, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, 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 otros.

De dicha definición, se desprende que forman parte del ambiente no sólo los organismos vivos, sino además los medios en los cuales éstos habitan, tales como el agua, suelo o aire; elementos que la propia Ley N° 28611, se ha encargado de identificar como cuerpos receptores en el numeral 31.1 de su artículo 31¹⁴.

¹³ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 011-96-EM/VMM. APRUEBAN LOS NIVELES MÁXIMOS PERMISIBLES PARA EFLUENTES LÍQUIDOS MINERO-METALÚRGICOS.

Artículo 13°.- Definiciones

Para efectos de la presente Resolución Ministerial se tomará en consideración las siguientes definiciones:

Efluentes Líquidos Minero-Metalúrgicos.- Son los flujos descargados al ambiente, que provienen:

- a) De cualquier labor, excavación o trabajo efectuado en el terreno, o de cualquier planta de tratamiento de aguas residuales asociadas con labores, excavaciones o trabajos efectuados dentro de los linderos de la Unidad Minera.
- b) De depósitos de relaves u otras instalaciones de tratamiento que produzcan aguas residuales.
- c) De concentradoras, plantas de tostación, fundición y refinación, siempre que las instalaciones sean usadas para el lavado, trituración, molienda, flotación, reducción, lixiviación, tostación, sinterización, fundición, refinación o tratamiento de cualquier mineral, concentrado, metal, o subproducto.
- d) De campamentos propios.
- e) De cualquier combinación de los antes mencionados. (...)

¹⁴ LEY N° 28611, LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 31°.- Del Estándar de Calidad Ambiental

31.1 El Estándar de Calidad Ambiental – ECA es la medida que establece el nivel de concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, presentes en el aire, agua o suelo, en su condición de cuerpo receptor, que no representa riesgo significativo para la salud de las personas ni al ambiente. Según el parámetro en particular a que se refiera, la concentración o grado podrá ser expresada en máximos, mínimos o rangos.

En este contexto, a efectos de imputar al titular minero el incumplimiento de los LMP aplicables a los parámetros recogidos en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, corresponderá considerar los siguientes aspectos:

- a) Los resultados obtenidos del análisis de la muestra tomada serán válidos aún cuando el monitoreo se haya practicado en un punto de control no previsto en un instrumento de gestión ambiental.
- b) Se debe comprobar que la muestra materia de análisis haya sido tomada de un flujo de agua que revista la condición de efluente, esto es, que la descarga líquida proveniente de las operaciones mineras se disponga en o llegue finalmente al ambiente o sus componentes.

Con relación a lo señalado en el literal a) precedente, es preciso señalar que ello es así por cuanto el artículo 7° de la citada Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, no regula ni prevé restricción alguna relacionada a la medición de los LMP en los puntos de control aprobados en instrumentos de gestión ambiental, sino que establece la obligación para los titulares mineros de establecer en sus estudios ambientales un punto de control por cada efluente minero-metalúrgico; cuyo incumplimiento constituye una infracción distinta y separada de aquella sustentada en el exceso de los LMP¹⁵.

En este contexto, cabe reiterar lo señalado en el numeral precedente en el sentido que el artículo 1° de la Resolución Directoral N° 157-99-EM/DGM, en concordancia con el numeral 1.22 de la Guía aprobada por Resolución Directoral N° 009-2001-EM-DGGA, autorizan a las Supervisoras Externas a verificar tanto las condiciones de los efluentes líquidos (calidad de agua) y de las emisiones (calidad de aire) en las estaciones de monitoreo aprobadas en el PAMA y/o EIA, así como otros sectores críticos no contemplados en los documentos antes referidos, los que deben ser reportados con los resultados de los análisis correspondientes en los Informes de Supervisión.

Así las cosas, en cuanto a lo expuesto en el literal b), cabe indicar que de acuerdo al literal d) del artículo 13° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, constituye efluente minero-metalúrgico todo flujo descargado al ambiente proveniente de los campamentos propios.

Corresponde precisar que la aplicación del presente dispositivo legal, se circunscribe a la consideración de los elementos abióticos; agua, suelo y aire, como cuerpos receptores.

¹⁵ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 011-96-EM/VMM. APRUEBAN LOS NIVELES MÁXIMOS PERMISIBLES PARA EFLUENTES LÍQUIDOS MINERO-METALÚRGICOS.

Artículo 7°.- Establecimiento de un punto de control para cada efluente minero-metalúrgico

Los titulares mineros están obligados a establecer en el EIA y/o PAMA o Declaración Jurada de PAMA, un punto de control en cada efluente líquido minero-metalúrgico, a fin de determinar la concentración de cada uno de los parámetros regulados y el volumen de descarga en metros cúbicos por día, que será medido al momento de efectuar la toma de la muestra. Dicho punto de control deberá ser identificado de acuerdo a la ficha del Anexo 3 que forma parte de la presente Resolución Ministerial.

De la revisión de los medios probatorios obrantes en el expediente se ha verificado que:

- i. Con relación al punto de control AS, en el numeral 3.11 del Informe de Supervisión denominado "INFORME DE FISCALIZACIÓN SEGUNDA INSPECCIÓN 2006 NORMAS DE PROTECCIÓN Y CONSERVACIÓN DEL AMBIENTE, INFORME N° 002-2006 UEA SANTA ROSA Y C.B. SANTA ROSA, ARUNTANI S.A.C. (en adelante Informe de Supervisión N° 002-2006) (Foja 57) se señala claramente que se consideró como efluente a las aguas residuales de origen doméstico generadas en la UEA Santa Rosa, las mismas que son vertidas al ambiente previo tratamiento en sistemas de tanques sépticos.
- ii. Respecto al punto de control PC-2, el numeral 3.11 citado en el punto anterior (Foja 57), señala que en la fiscalización se tomó adicionalmente muestras en uno de los drenes Francés que salen del botadero Sur.

Al respecto, el Cuadro N° 22: Estaciones de Monitoreo de Efluentes (Foja 73) del Informe de Supervisión, indica:

Punto	Ubicación	Tipo de Agua	Coordenadas UTM		Descripción
			Norte	Este	
AS	Descarga de pozo séptico	E	8159492	386042	Ubicado a 100 metros del campamento Base
PC-2	Drenaje Botadero Sur	E	8159300	388862	Drenaje de Botadero Sur (dren francés)

De acuerdo al Rubro 3.14 Muestreos del Informe de Supervisión N° 002-2006 (Foja 42), el flujo líquido monitoreado en el punto de control AS proviene de la descarga de pozo séptico, y el flujo líquido monitoreado en el punto de control PC-2 proviene del drenaje botadero sur, por lo que se caracterizan como efluentes líquidos minero-metalúrgicos en los términos descritos en el artículo 13° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, deviniendo válida la toma de muestras y resultados obtenidos en el mencionado punto de control.

Por lo demás, conforme se ha establecido precedentemente los resultados obtenidos en los puntos de control AS y PC-2 devienen válidos y, por tanto, sancionables por este Organismo Técnico Especializado, dado que no han sido desvirtuados por la impugnante en el presente procedimiento sancionador, por lo que corresponde mantener la infracción sancionada en este extremo al carecer de sustento lo alegado sobre el particular.

Por otro lado, respecto a la acidez de las aguas del proyecto, cabe resaltar que las muestras de agua objeto de análisis fueron obtenidas de los efluentes líquidos que provienen de las operaciones de la recurrente en la UEA Santa Rosa; en tal sentido, el método empleado para el tratamiento de aguas o el estado de las aguas del cuerpo receptor resultan irrelevantes para desvirtuar los resultados

obtenidos en el Informe de Ensayo N° 41504, elaborado por el Laboratorio CORPLAB PERÚ S.A.C. (Foja 549).

En este respecto, tampoco se ha vulnerado el Principio de Causalidad pues se ha acreditado debidamente que los efluentes materia de análisis provienen de las operaciones de la recurrente.

Por consiguiente, carece de sustento lo alegado por la apelante en estos extremos.

Con relación a la calibración de los equipos utilizados por CORPLAB PERÚ S.A.C.

12. En cuanto al argumento contenido en el literal b) del numeral 2, cabe indicar que de acuerdo al numeral 4.2 del Rubro 4.0 del Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua, aprobado por Resolución Directoral N° 004-94-EM/DGAA¹⁶, en la preparación de un viaje de muestreo, deberá limpiarse y calibrarse todo el equipo; los reactivos y soluciones buffer deberán estar frescos y completos, los recipientes de muestreo ordenados (limpiados de acuerdo a los procedimientos estándar).

Igualmente, el sub-numeral 4.2.1 del referido Protocolo indica que resultará prudente verificar que cada instrumento cumpla con los estándares de calibración antes de ir a campo; precisando, en su numeral 4.2, denominado "Instrumentos Analíticos"¹⁷, que la calibración de las sondas debe verificarse frecuentemente para determinar si tienen la exactitud y precisión de los instrumentos de laboratorio.

En esta misma línea, se considera oportuno señalar que de acuerdo al literal f) del numeral 5, en concordancia con el numeral 2, de la Directriz N° SNA-acr-12D del

¹⁶ RESOLUCIÓN DIRECTORAL 044-94-EM/DGAA. PROTOCOLO DE MONITOREO DE CALIDAD DE AGUA.

(...)

4.2.2 Instrumentos Analíticos

Algunas sondas o electrodos manuales tipo «bolígrafo» están disponibles para los medidores de campo de parámetros, tales como pH, Eh, temperatura, conductividad y TDS. Estos pueden utilizarse para observaciones de campo y programas de reconocimiento. No obstante, la calibración de estas sondas debe verificarse frecuentemente para determinar si tienen la exactitud y precisión de los instrumentos de laboratorio. Por lo general, los fabricantes harán mención de la exactitud de cada instrumento.

Los instrumentos portables están disponibles para medir parámetros de campo en la estación de muestreo. Estos parámetros incluyen algunos o todos, a saber: Eh, pH, conductividad, temperatura, oxígeno disuelto y turbidez. Algunos proveedores de instrumentos tienen a disposición juegos de campo para los medidores de sulfato alcalinidad, acidez y dureza. No obstante, por lo general, el laboratorio de análisis mide estos últimos parámetros. Los medidores de flujo usualmente requieren la instalación de un vertedero en los Lugares de flujos mayores. Se requerirá un cronómetro y, posiblemente, un calibrador de profundidad o varilla de medición.

¹⁷ RESOLUCIÓN DIRECTORAL 044-94-EM/DGAA. PROTOCOLO DE MONITOREO DE CALIDAD DE AGUA.

(...)

4.5.2 Toma de Muestras

(...)

Al momento de tomar las muestras:

Si se tiene que tomar varias botellas de muestra en el mismo lugar, ello deberá hacerse en el mismo tiempo. Si fuera posible, es mejor recolectar una gran muestra y dividirla en submuestras.

Servicio Nacional de Acreditación del Instituto Nacional de la Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, que aprueba los Criterios para la Trazabilidad de las Mediciones (Policy on traceability of measurements), al establecer las características de la trazabilidad aplicables a las mediciones realizadas, entre otros, por los laboratorios de ensayo, se establece lo siguiente¹⁸:

"f) Intervalos de calibración; con el objeto de mantener la trazabilidad de las mediciones, las calibraciones deberán repetirse a intervalos apropiados; la frecuencia de las calibraciones depende de una serie de variables, por ejemplo, la exactitud requerida, incertidumbre requerida, la frecuencia y modo de uso y la estabilidad de los equipos, entre otros." (El subrayado es nuestro)

Por tales motivos, y contrariamente a lo sostenido por ARUNTANI, se concluye que el Protocolo aprobado por Resolución Directoral N° 004-94-EM/DGAA, no debe entenderse en el sentido que para la realización de muestreos en campo deba someterse el equipo de medición a un procedimiento de calibración cada vez, sino que deberá verificarse el estado de calibración de dicho equipo, de modo tal que se asegure su correcto funcionamiento; debiendo considerarse que no existe norma imperativa alguna que establezca la periodicidad u oportunidad en que se debe practicar la calibración de estos instrumentos. Esto es ratificado por el Sistema Nacional de Acreditación al señalar que la calibración depende de diversos factores, sin fijar un intervalo o plazo para ésta, conforme a lo citado precedentemente.

Así las cosas, conforme se desprende del instrumento de prueba obrante a foja 577 del expediente, el equipo empleado para la medición del parámetro pH en campo contaba con certificado de calibración.

De otro lado, con relación al emisor del certificado de calibración del equipo empleado para la medición del parámetro pH, conviene indicar que de acuerdo al literal a) del artículo 17° del Reglamento General de Acreditación, aprobado por Resolución N° 0112-2003-CRT-INDECOPI, aplicable por encontrarse vigente a la fecha en que se realizó el muestreo y análisis respectivos, para el otorgamiento de la acreditación a los Laboratorios de Ensayo se siguen los criterios de acreditación generales previstos en la Norma Técnica Peruana NTP-ISO/IEC 17025: Requisitos Generales para la Competencia de Laboratorios de Ensayo y Calibración¹⁹.

¹⁸ La Directriz SNA-acr-12D del Servicio Nacional de Acreditación, que aprueba los Criterios para la Trazabilidad de las Mediciones (Policy on traceability of measurements), se encuentra disponible en: <http://www.indecopi.gob.pe/repositoriooaps/0/0/jer/acre01/Requisitos/DocGenerales/DirectrizDeTrazabilidad.pdf>

¹⁹ RESOLUCIÓN N° 0112-2003-CRT-INDECOPI REGLAMENTO GENERAL DE ACREDITACIÓN.

Artículo 17°.- Criterios de Acreditación Generales.- Los criterios de acreditación general se encuentran establecidos en este Reglamento y en las Guías y Normas Técnicas Peruanas que establecen los requisitos que deben cumplir los Organismos. Las Guías y Normas Técnicas que se deben cumplir son:

a) NTP-ISO/IEC 17025 Requisitos Generales para la Competencia de Laboratorios de Ensayo y Calibración.

Al respecto, el sub-numeral 5.1.1 del numeral 5.1 del Rubro 5 de la Norma Técnica Peruana NTP-ISO/IEC 17025, sobre requisitos técnicos que deben cumplir los Laboratorios de Ensayo, señala que entre los diversos factores que determinan si los ensayos realizados por un laboratorio son confiables y correctos, se encuentran los equipos y la trazabilidad de la medición²⁰.

Por su parte, el sub-numeral 5.5.2 del numeral 5.5 del Rubro 5 de la citada norma, al referirse a los equipos utilizados para el ensayo, indica que éstos deben ser capaces de alcanzar la exactitud requerida y cumplir con las especificaciones pertinentes a los ensayos, debiendo establecerse programas de calibración para las magnitudes o valores claves de los instrumentos cuando estas propiedades tengan un efecto significativo sobre los resultados. Y, agrega, que los equipos de medición deben ser calibrados o verificados antes de su puesta en servicio y uso.

Asimismo, los puntos 5.6.2.1 y 5.6.2.2 del sub-numeral 5.6.2 y el sub-numeral 5.6.1 del numeral 5.6 del Rubro 5 de la Norma Técnica Peruana NTP-ISO/IEC 17025, sobre la trazabilidad de la medición, prevén que los equipos de medición y ensayo utilizados en funciones de medición deben calibrarse antes de ser puestos en servicio y que los laboratorios deben tener un programa o procedimiento establecido para la calibración de su equipo, el mismo que debe diseñarse y operarse de tal modo que asegure que las calibraciones y mediciones hechas por el laboratorio sean trazables al Sistema Internacional de Unidades (SI).

En este marco normativo, se constata que para asegurar resultados confiables, los equipos de medición empleados por los Laboratorios de Ensayo deben encontrarse debidamente calibrados, sin que exista la obligación de que esta calibración sea realizada específicamente por el Servicio Nacional de Metrología del INDECOPI o por un laboratorio acreditado por el Servicio Nacional de Acreditación de dicha entidad.

Por tal motivo, considerando que el equipo Multiparámetro – Phmetro modelo Multi 340I, identificación interna N° MP/03, empleado por CORPLAB PERÚ S.A.C. para realizar la medición del parámetro pH, se encontraba debidamente calibrado conforme consta del certificado de fecha 26 de octubre de 2006, obrante a foja 577 del expediente, corresponde tener por válidos los resultados obtenidos en virtud de dicho equipo de medición.

²⁰ La Norma Técnica Peruana NTP-ISO/IEC 17025, Requisitos Generales para la Competencia de Laboratorios de Ensayo y Calibración, se encuentra disponible en:
http://www.implementacionsiq.com/documentos/iso_9001/ISO%20IEC-17025-2001.pdf

"5. REQUISITOS TECNICOS

5.1 Generalidades

5.1.1 Muchos factores determinan si los ensayos y/o calibraciones realizados por un laboratorio son correctos y confiables. Estos factores incluyen contribuciones de:

- factores humanos (5.2);
- Instalaciones y condiciones ambientales (5.3);
- métodos de ensayo y calibración así como validación de métodos (5.4);
- equipos (5.5);
- trazabilidad de la medición (5.6);"

De otro lado, resulta oportuno precisar que de acuerdo al artículo 197° del Código Procesal Civil²¹, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, aplicable de manera supletoria en atención a su Primera Disposición Final y el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, la valoración de los medios probatorios se realiza en el marco del sistema de la libre valoración o sana crítica racional, por lo que este Tribunal Administrativo, en concordancia con el citado Principio de Verdad Material, considera que las alegaciones formuladas por los administrados no pueden sostenerse en meras hipótesis, presunciones o deducciones de los hechos relacionados a la infracción imputada, sino que éstos deben venir acompañados de instrumentos que las sustenten.

En atención a lo expuesto, carecen de sustento las alegaciones formuladas por ARUNTANI en estos extremos.

Con relación al procedimiento de toma de muestras

13. En cuanto a los argumentos contenidos en los literales c) y d) del numeral 2, cabe indicar que en el marco del artículo 197° del Código Procesal Civil, aplicable de manera supletoria en atención a la Primera Disposición Final de dicho cuerpo legal y el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, la valoración de los medios probatorios es realizada en forma conjunta y según las reglas de la sana crítica, lo que implica apelar, entre otros, a criterios de suficiencia, lógica y congruencia de los mismos.

Por su parte, el artículo 43° de la Ley N° 27444, prescribe que son considerados documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades; mientras que el artículo 165° del mismo cuerpo normativo, señala que constituyen hechos no sujetos a actuación probatoria, entre otros, aquellos que hayan sido comprobados con ocasión del ejercicio de las funciones atribuidas a la autoridad administrativa²².

En este contexto normativo, cabe indicar que de acuerdo al literal d) del artículo 5° de la Ley N° 26734, Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía y

²¹ RESOLUCION MINISTERIAL N° 010-93-JUS. TEXTO UNICO ORDENADO DEL CODIGO PROCESAL CIVIL.

Valoración de la prueba.-

Artículo 197°.- Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA.- Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

²² LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 43°.- Valor de documentos públicos y privados

43.1 Son considerados documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades.

Artículo 165°.- Hechos no sujetos a actuación probatoria

No será actuada prueba respecto a hechos públicos o notorios, respecto a hechos alegados por las partes cuya prueba consta en los archivos de la entidad, sobre los que se haya comprobado con ocasión del ejercicio de sus funciones, o sujetos a la presunción de veracidad, sin perjuicio de su fiscalización posterior.

Minería, modificado por Ley N° 28964, a la fecha de supervisión correspondía al OSINERGMIN el ejercicio de la función de supervisión y fiscalización de las disposiciones técnicas y legales relacionadas con la protección y conservación del ambiente en las actividades desarrolladas, entre otros, en el sector minero²³.

A su vez, en virtud del artículo 4° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del OSINERGMIN, y la Primera Disposición Complementaria del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, esta entidad se encontraba autorizada a ejercer las citadas funciones de supervisión y fiscalización a través de empresas supervisoras, debidamente calificadas y clasificadas por dicho organismo²⁴.

En esta línea, tenemos que el artículo 27° del Reglamento, aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD, aplicable al presente caso, prevé que las empresas supervisoras se encuentran obligadas a elaborar y presentar los respectivos Informes de Supervisión; que contienen el resultado de las acciones de supervisión y que, por lo tanto, incluyen toda la información relativa a hechos o circunstancias verificadas en las instalaciones de la entidad supervisada²⁵.

²³ LEY N° 26734. LEY DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA.

Artículo 5.- Funciones

Son funciones del OSINERG:

d) Supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones técnicas y legales relacionadas con la protección y conservación del ambiente en las actividades desarrolladas en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería

²⁴ LEY N° 27699, LEY COMPLEMENTARIA DE FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL DEL OSINERGMIN.

Artículo 4°.- Delegación de Empresas Supervisoras

Las funciones de Supervisión, Supervisión Específica y Fiscalización atribuidas al OSINERG podrán ser ejercidas a través de Empresas Supervisoras. Las Empresas Supervisoras son personas naturales o jurídicas debidamente calificadas y clasificadas por el OSINERG. Estas Empresas Supervisoras serán contratadas y solventadas por el OSINERG. La contratación de las mismas se realizará respetando los principios de igualdad, no discriminación y libre competencia. (...)

DECRETO SUPREMO N° 054-2001-PCM. REGLAMENTO GENERAL DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Primera.- Empresas Supervisoras

Las funciones de supervisión y fiscalización atribuidas por el presente Reglamento a OSINERG podrán ser ejercidas a través de empresas supervisoras. Las empresas supervisoras son personas naturales o jurídicas debidamente calificadas y clasificadas por OSINERG. Estas empresas supervisoras serán contratadas y solventadas por OSINERG, de acuerdo a la normatividad vigente. La contratación de las mismas se realizará respetando los principios de igualdad, no discriminación y libre concurrencia

²⁵ RESOLUCIÓN N° 324-2007-OS/CD. REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS.

Artículo 27°.- Informes de Supervisión

Las Empresas Supervisoras, están obligadas a presentar informes al OSINERGMIN de acuerdo a los requerimientos de cada Gerencia de Fiscalización o área equivalente. El Informe tendrá carácter de Declaración Jurada y será suscrito por el responsable de la fiscalización y, adicionalmente, por el representante legal de la Empresa Supervisora, cuando corresponda.

Para efecto de lo que establece el artículo 425° del Código Penal, los supervisores responsables de los informes que emitan las Empresas Supervisoras, así como los representantes legales de éstas últimas, serán considerados como funcionarios públicos. Tratándose de consorcios constituidos por personas naturales, las personas que los constituyen serán considerados funcionarios públicos para estos efectos.

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal Administrativo considera que los Informes de Supervisión elaborados con ocasión del ejercicio de la actividad supervisora constituyen medio probatorio de los hechos que en ellos se describen.

En este mismo sentido, el numeral 21.4 del artículo 21° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, establece que los Informes de Supervisión constituyen medios de prueba dentro de los procedimientos administrativos sancionadores y que la información contenida en ellos se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario. Por tanto, correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que desvirtúen el contenido del mencionado informe, lo que no ocurrió, razón por la cual corresponde mantener el análisis contenido en dicho instrumento probatorio²⁶.

Sobre el particular, cabe indicar que de acuerdo al numeral 3.14 del Informe de Supervisión N° 002-2006 (Foja 58), durante la fiscalización se tomaron nueve (09) muestras de aguas superficiales en el cuerpo receptor; así como cuatro (04) puntos de aguas subterráneas. Además se consideraron efluentes provenientes de la salida del pozo séptico del campamento base, el drenaje del botadero sur y la salida de la bocamina Cacachara, habiéndose cumplido con el monitoreo de acuerdo al Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua aprobado por el Ministerio de Energía y Minas.

En este sentido, en el Cuadro N° 22: Estaciones de Monitoreo de Efluentes (Foja 57) del referido Informe de Supervisión, se constata que la toma de muestras se realizó, entre otros, en el punto de control AS, ubicada a la salida de la descarga del pozo séptico, el cual se encuentra a 100 metros del campamento base, así como en el punto de control PC-2, ubicado en el drenaje del botadero sur.

En atención a lo expuesto, encontrándose acreditado que durante el muestreo realizado en las instalaciones de ARUNTANI se siguió la metodología prevista en el Protocolo aprobado por Resolución Directoral N° 004-94-EM/DGAA y que el muestreo realizado en el punto de control AS corresponde al efluente a la salida de la descarga del pozo séptico, correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que desvirtúen el contenido del mencionado informe, lo que no ocurrió²⁷.

²⁶ RESOLUCIÓN N° 640-2007-OS/CD. REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL OSINERGMIN.

Artículo 21°.- Inicio del Procedimiento

21.4. Los Informes Legales, Informes Técnicos, Actas Probatorias, Cartas de Visita de Fiscalización, Actas de Supervisión, constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario.

²⁷ Se emplearon envases de plástico para el almacenamiento y traslado a laboratorio de las muestras debido a que los metales no se analizan en campo. Sin embargo para la medición del parámetro pH que se realiza en campo, se utilizó el equipo multiparámetro HANNA modelo HI98130 con número de serie HO12091/H8/JMJ.

En efecto, la apelante señala que no se practicó el filtrado de las muestras y que las aguas monitoreadas en el punto de control AS no corresponden a las descargas del pozo séptico; sin embargo, no ha adjuntado medio probatorio idóneo que desvirtúe el contenido del Informe de Supervisión N° 002-2006, arriba citado.

Al respecto, cabe precisar que si bien la recurrente afirma que la cadena de custodia indica que no se realizó el filtrado de las muestras pues en ésta se solicitó el análisis de metales totales, corresponde precisar que de la revisión de este documento obrante a foja 580 del expediente, se advierte que en ningún extremo del mismo se indica que se haya solicitado la medición de metales totales.

De igual modo, el Mapa N° 2 (Foja 762) presentado conjuntamente con el medio impugnatorio materia de análisis, no acredita que las muestras tomadas en el punto de control AS se hayan tomado en un efluente diferente al de las descargas provenientes del pozo séptico, como afirma la recurrente, pues en dicho mapa sólo se identifica la ubicación de las estaciones de monitoreo implementadas por ARUNTANI en sus instalaciones.

Por consiguiente, corresponde desestimar lo alegado por la apelante en estos extremos.

Con relación a la presunta vulneración del Principio de Legalidad

14. Respecto a lo alegado en el literal f) del numeral 2, cabe señalar que la legalidad de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM 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 N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales; norma con rango de ley que permite la remisión a disposiciones reglamentarias para el ejercicio de la potestad sancionadora en el sector minero²⁸.

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 Ambiente²⁹.

²⁸ LEY N° 26821. LEY ORGANICA PARA EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES.

DISPOSICIONES FINALES

Vigencia de convenios de estabilidad y de leyes especiales sobre recursos naturales

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

²⁹ 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:

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, dentro de las cuales se encuentran aquellas contenidas en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

A su vez, con relación a la vigencia de la citada Resolución Ministerial, corresponde 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 a sancionar las infracciones en materia ambiental empleando el marco normativo y escalas de sanciones que venía aplicando el regulador³⁰.

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.

De otro lado, con relación a la potestad tipificadora a que se refiere el artículo 17° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, modificado por el artículo único de la Ley N° 29514, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 26 de marzo de 2010, cabe indicar que ésta ha sido reservada a favor del Ministerio del Ambiente, entidad que a través de Decreto Supremo tipificará en vía reglamentaria las conductas sancionables

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.

³⁰ 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.

administrativamente por infracciones ambientales previstas en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente y demás normas ambientales³¹.

Sin embargo, considerando que a la fecha no se ha hecho ejercicio de dicha atribución, de modo tal que no se cuenta con una norma tipificadora dictada en el marco de la referida norma, a efectos de sancionar los incumplimientos de las obligaciones ambientales fiscalizables por este Organismo Técnico Especializado en el sub-sector que es objeto de análisis, corresponde aplicar la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM así como las demás normas tipificadoras de infracciones y sanciones emitidas por el Ministerio de Energía y Minas, esto último en aplicación del artículo 4° del Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, como ocurrió en el presente caso³².

En consecuencia, habiéndose demostrado que no se ha vulnerado el Principio de Legalidad, invocado por la apelante, toda vez que la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM cumple el contenido de dicha regla de derecho, y que su aplicación resultaba exigible por el OEFA, corresponde desestimar lo alegado en este extremo.

Respecto la transgresión del Principio de Tipicidad

15. Con relación a lo alegado en el literal g) del numeral 2, resulta oportuno indicar que el Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, comporta, entre otros, el cumplimiento del requisito de exhaustividad suficiente en la descripción de la conducta prohibida.

En tal sentido, considerando que la recurrente cuestiona el aspecto descrito en el párrafo precedente, corresponde determinar si el numeral 3.2 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-

³¹ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. MODIFICADA POR LEY N° 29514.

Artículo 17°.- Infracciones

Mediante decreto supremo, refrendado por el Ministro del Ambiente y en vía reglamentaria, se tipifican las conductas sancionables administrativamente por infracciones ambientales previstas en la Ley núm. 28611, Ley General del Ambiente, y demás normas sobre la materia.

LEY N° 29514. LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 17° DE LA LEY N° 29325, LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL, Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.

SEGUNDA.- Vigencia y derogatoria

La presente Ley entra en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano y deroga toda disposición que se le oponga

³² 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.

EM/VMM satisface dicho aspecto específico del Principio de Tipicidad, al ser la norma tipificadora aplicable al presente caso.

Así, el numeral 3.1 del punto 3 del anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, señala lo siguiente:

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

Adicionalmente, se establece en el numeral 3.2 del punto 3 de la referida norma, los supuestos específicos que ameritan el incremento de la sanción, como se observa a continuación:

"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, (...)."

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado, a través de la sentencia recaída en el expediente N° 0010-2002-AI/TC, que en la determinación de las conductas infractoras está permitido el empleo de los llamados "conceptos jurídicos indeterminados", siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia³³. A su vez, cabe agregar que las empresas del sector minero cuentan con capacidad técnica, administrativa y financiera para identificar las obligaciones a las que están sujetas.

En este contexto, deviene válido concluir que el incumplimiento de la obligación ambiental fiscalizable contenida en el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM constituye infracción sancionable conforme al tipo contenido en el numeral 3.2 del punto 3 Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, respectivamente³⁴.

³³ 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>

³⁴ En este sentido, se aprecia que la conducta ilícita tipificada en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución N° 353-2000-EM/VMM es una infracción precisa e inequívoca, respecto del incumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables que se imponen al titular minero. Y, asimismo, se verifica que existe una predeterminación

En atención a lo expuesto, este Cuerpo Colegiado considera que la infracción tipificada en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM no contraviene el contenido del Principio de Tipicidad, en el aspecto relativo a la exhaustividad en la descripción de la conducta típica³⁵.

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

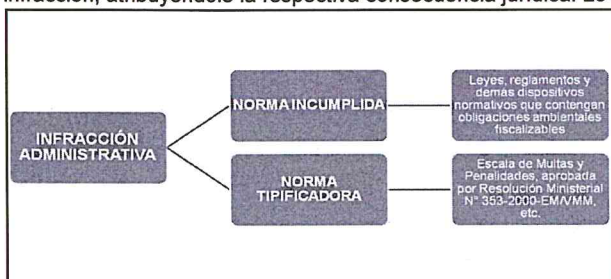
Con relación a la presunta vulneración del Principio de Razonabilidad

16. En cuanto a lo argumentado en el literal h) del numeral 2, este Tribunal considera oportuno indicar que de acuerdo al numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, que tipifica los ilícitos administrativos imputados a la apelante, éstos se encuentran sancionados con multa de cincuenta (50) UIT, por cada incumplimiento.

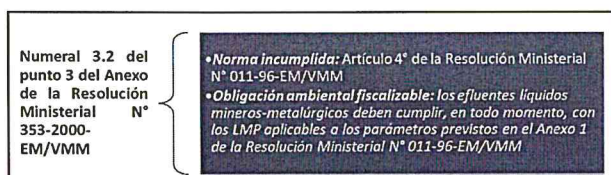
Sobre el particular, habiéndose acreditado objetivamente al interior del presente procedimiento que la recurrente incurrió en dos (02) infracciones al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, toda vez que se verificó el incumplimiento de los LMP aplicables a los parámetros pH, Zn y Fe en el punto de control AS; y parámetros pH y Fe en el punto de control PC-2, correspondía aplicar la sanción prevista en el numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, la que asciende a cincuenta (50) UIT por cada infracción, resultando un total de cien (100) UIT.

normativa de la conducta y sanción correspondiente, no dando lugar a posibles interpretaciones extensivas o analógicas al momento de aplicar las normas que contienen la infracción tipificada.

³⁵ A mayor abundamiento, este Tribunal Administrativo considera pertinente explicar que la estructura de las infracciones imputadas se componen de dos elementos a saber: a) Norma sustantiva, que prevé la obligación ambiental fiscalizable cuyo incumplimiento se imputa; y b) Norma tipificadora, que califica dicho incumplimiento como infracción, atribuyéndole la respectiva consecuencia jurídica. Lo explicado se gráfica del siguiente modo:



En tal sentido, cabe indicar que las infracciones materia de sanción al interior del presente procedimiento administrativo sancionador se configuraron de la siguiente manera:



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

Con relación a la presunta vulneración del Principio de Non Bis in Ídem

17. En cuanto a lo argumentado en el literal k) del numeral 2, cabe indicar que el Principio de Non Bis in Ídem, regulado en el numeral 10 del artículo 230° de la Ley N° 27444³⁶, en su vertiente material, expresa la imposibilidad de que una persona sea sancionada o castigada dos o más veces por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento; elementos que deben configurarse de manera concurrente.

Considerando que la recurrente señala que los hechos que sustentan la infracción descrita en el numeral 3.4 del Rubro 3 ANÁLISIS de la Resolución de Gerencia General del OSINERGMIN N° 007253, guardan identidad con aquellos a que se refieren las infracciones contenidas en el numeral 2 del cuadro detalle contenido en el primer numeral de la presente resolución, corresponde a este Tribunal Administrativo determinar si se cumple la triple identidad exigida por el Principio de Non Bis in Ídem.

Sobre el particular, cabe indicar que de acuerdo al numeral 3.4 del Rubro 3 ANÁLISIS de la Resolución de Gerencia General del OSINERGMIN N° 007253 de fecha 10 de mayo de 2010, expedida en el marco del procedimiento administrativo sancionador tramitado en el Expediente N° 1629038, en dicha oportunidad se sancionó a ARUNTANI por incumplimiento de los LMP aplicables a los parámetros pH y Fe en el punto de control PC-2.

Contrariamente a lo indicado por la apelante, la infracción materia de sanción a través de la Resolución de Gerencia General del OSINERGMIN N° 007253 sólo coincide con la infracción descrita en el primer numeral de la presente resolución, en el extremo referido al punto de control PC-2; por lo que debe entenderse que el argumento de ARUNTANI sobre la posible aplicación del Principio del *Non Bis In Ídem* sólo está referido a dicho punto de control y no al otro que es objeto del presente procedimiento, vale decir, el punto de control AS.

Con relación al punto de control PC-2, debe señalarse que la referencia al mismo punto de control no implica que ambas infracciones, consistentes en el incumplimiento de los LMP aplicables a los parámetros pH y Fe en el punto de control PC-2, se sustenten en los mismos hechos ya que, de acuerdo al texto

³⁶ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

10. **Non bis in idem.**- No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7.

normativo del artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, los resultados obtenidos del análisis de las muestras provenientes de los efluentes objeto de monitoreo se obtienen para cada uno de los parámetros regulados por separado; y, además, en cualquier momento, esto es, que los resultados provenientes de una muestra tomada en un lapso, serán válidos sólo para ese espacio de tiempo, el que en todo momento debe observar los valores contenidos en la columna "Valor en cualquier Momento" del Anexo 1 de la citada Resolución Ministerial.

Siendo así, corresponde precisar que el incumplimiento de los parámetros pH y Fe sancionado mediante la Resolución de Gerencia General del OSINERGMIN N° 007253, se sustenta en un muestreo realizado del **05 al 07 de julio de 2006**³⁷, mientras que la infracción materia de sanción al interior del presente procedimiento se fundamenta en muestreos realizados del **21 al 23 de noviembre de 2006**³⁸.

Por lo tanto, habiéndose constatado que las infracciones invocadas por la recurrente no se sustentan en los mismos hechos, toda vez que los resultados obtenidos en el punto de control PC-2 corresponden a momentos distintos, cada incumplimiento deviene en sancionable por separado, conforme a lo especificado en el citado artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM. En consecuencia, no se ha producido vulneración alguna del Principio de *Non Bis In Ídem*, por lo que corresponde desestimar lo alegado por ARUNTANI en este extremo.

Con relación a la configuración de daño ambiental, presunta vulneración del requisito de Debida Motivación y el Principio de Presunción de Licitud

18. Con relación a lo alegado en los literales j) y l) del numeral 2, cabe indicar que en el presente caso se sostiene la obligación de demostrar la existencia de daño ambiental, como elemento indispensable para configurar una infracción como grave, de acuerdo a la tipificación recogida en el numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM por el incumplimiento de los LMP, debido a lo cual resulta de vital importancia determinar los alcances de la categoría "daño ambiental", en este supuesto³⁹.

³⁷ Conforme se verifica del Informe de Ensayo N° 10607097 (Fojas 389 y 390) y el Informe de Monitoreo N° 106112 (Foja 393) elaborado por el laboratorio debidamente acreditado J. Ramón del Perú S.A.C., los mismos que se presentan en el cuadro detalle del tercer pie de página de la presente

³⁸ Conforme se verifica del Informe de Ensayo N° 41504 (Fojas 549) elaborado por el laboratorio CORPLAB PERÚ S.A.C., los mismos que se presentan en el cuadro detalle del numeral 1 de la presente resolución.

³⁹ ANDALUZ define el concepto y la importancia de los LMP como se indica a continuación:

"El LMP es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y/o biológicos que caracterizan a un efluente o a una emisión, que al ser expedida causa o puede causar daño a la salud, al bienestar humano y al ambiente.

Los LMP sirven para el control y fiscalización de los agentes que producen efluentes y emisiones, a efectos de establecer si se encuentran dentro de los parámetros considerados inocuos para la salud, el bienestar humano y el ambiente. Excederlos acarrea responsabilidad administrativa, civil o penal, según el caso." (el subrayado es nuestro)

Al respecto, el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611⁴⁰, define el daño ambiental como todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, tenga origen o no en la contravención a normas de protección y conservación del ambiente, cuyos efectos negativos pueden ser actuales o potenciales⁴¹. De acuerdo a lo indicado, la definición de daño ambiental de la Ley N° 28611 recoge dos elementos de importancia:

- a) El primer elemento está referido a que el daño ambiental debe importar un menoscabo material al ambiente y/o a alguno de sus componentes.
- b) El segundo elemento está referido a que dicho menoscabo material genere efectos negativos, que pueden ser actuales o potenciales.

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

A su vez, en cuanto al segundo elemento, éste se refiere a que en la configuración del daño ambiental no es indispensable que los efectos negativos del menoscabo material producido por las emisiones contaminantes al ambiente sean actuales, sino que resulta suficiente que dichos efectos negativos sean potenciales⁴².

ANDALUZ WESTREICHER, Walter. Manual de Derecho Ambiental. Editorial Iustitia. Lima, 2011.

⁴⁰ 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.

⁴¹ Sobre el concepto de daño ambiental se pronuncian BIBILONI y LANEGRA:

"(...) un daño ambiental es una lesión física no limitada a un espacio o a un tiempo determinados, por eso sus consecuencias se expanden rápidamente irradiando en todas sus direcciones, tanto en el espacio como en el tiempo. Un hecho generador de daño ambiental hoy constituye siempre la posibilidad de otro daño mañana".

BIBILONI, Héctor Jorge. El Proceso Ambiental. Lexis Nexis. Buenos Aires, 2005.

"El daño ambiental lo sufre el ambiente o sus componentes, y representa por lo tanto un "menoscabo material". Sus efectos pueden incluir daños "no materiales", pero, nuevamente, ellos no forman parte de aquel. ¿Qué es el ambiente y sus componentes? La Ley General del Ambiente señala que lo comprenden "...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" Pero son muchos los elementos que conforman el medio. Por ello la Ley precisa que son "...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." (Artículo 2.3). Así, cuando uno introduce un contaminante al ambiente que tuviera la posibilidad de modificar el medio humano y dañar su salud, está generando un daño ambiental" (el subrayado es nuestro).

LANEGRA, IVAN. El daño ambiental. En: Derecho Ambiental. Diálogo y Debate sobre Derecho y Política Ambiental e Indígena. Ver: <http://blog.pucp.edu.pe/item/77336/el-dano-ambiental>

⁴² En esa línea, es importante citar a Mario PEÑA cuando sostiene:

"De esta forma, se rompe con uno de los elementos característicos del derecho de daños, por el cual, éste debe ser siempre cierto, efectivo, determinable, evaluable, individualizable y no puramente eventual o hipotético, pues,

Precisamente, los LMP se han establecido explícitamente señalándose que su exceso causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano o al ambiente (numeral 32.1 del artículo 32° de la Ley N° 28611).

En tal sentido, los efectos potenciales del daño ambiental se configuran cuando el menoscabo material de los elementos que constituyen el medio ambiente o el entorno ecológico, excede los niveles, estándares o parámetros de calidad establecidos por la autoridad pública, como en el caso de los LMP; por lo que, tratándose del daño ambiental, es necesaria únicamente la probabilidad futura en grado de verosimilitud para determinar su existencia y tomar las medidas necesarias con el fin de impedir sus efectos nocivos⁴³.

En consecuencia, en atención a que el numeral 32.1 del artículo 32° de la Ley N° 28611, prevé que el exceso de los LMP causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente, se colige que el incumplimiento de los LMP regulados en el Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, configura el supuesto de daño ambiental cuyos efectos negativos -debe repetirse- no requieren ser inmediatos o actuales, bastando la potencialidad de los mismos. De esta manera, la alusión al daño ambiental incluye la potencialidad del efecto negativo, aspecto que sin duda se presenta ante el exceso de los LMP⁴⁴.

Por lo expuesto, el exceso de los LMP aplicables a los parámetros Zn, reportado en el punto de monitoreo AS, Fe, reportado en los puntos de monitoreo AS y PC-2 y pH, reportado en los puntos de monitoreo AS y PC-2, configura la situación de

tratándose del daño ambiental, es necesario únicamente su probabilidad futura para determinar su existencia y tomar las medidas necesarias con el fin de impedir sus efectos nocivos"

PEÑA, Mario. Daño Ambiental y Prescripción.

Ver: http://huespedes.cica.es/aliens/qimadus/19/06_mario_penia_chacon.html

⁴³ Así lo ha entendido la jurisprudencia argentina la cual mediante el fallo de 1995 Almada contra Copco S.A. consideró suficiente la certeza y actualidad de los riesgos que se ciernen sobre la salud de los vecinos, aunque no estén probadas lesiones actuales a su integridad psicofísica, para que la tutela de la salud se haga efectiva, sin juzgar la producción de lesiones, tratándose de esta forma de evitar, que el daño temido se transforme en daño cierto, efectivo o irreparable.

⁴⁴ Es pertinente indicar al respecto que el Reglamento de Protección Ambiental de la Actividad Minero-Metalúrgica, aprobado por el Decreto Supremo N° 016-93-EM, en su artículo 6° incide en el hecho de que el exceso de LMP puede generar efectos negativos sobre el ambiente, actuales o potenciales. Estas son características propias de los procesos de contaminación y degradación ambiental, los cuales no se producen en un único momento sino de manera gradual, paulatina, producto de la introducción de contaminantes en cantidades mayores a los parámetros físico-químicos previamente determinados por la autoridad competente:

DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO DEL TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY GENERAL DE MINERIA.

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

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

daño ambiental definida en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, exceso de los LMP que se encuentra acreditado con los resultados contenidos en el Informe de Ensayo N° 41504 (Foja 549) elaborado por el laboratorio CORPLAB PERÚ S.A.C., los cuales se recogen en el cuadro de detalle del numeral 1 de la presente resolución.

Asimismo, el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM señala que las infracciones que causan daño al medio ambiente serán consideradas como infracciones graves.

En consecuencia, habiéndose acreditado el exceso de los LMP aplicable a los parámetros Zn, Fe y pH; y por tanto, configurado la situación de daño ambiental, se ha producido la infracción tipificada en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, la que es de naturaleza grave, razón por la cual, correspondía aplicar la sanción prevista en dicho tipo legal, quedando sin efecto la presunción de licitud a favor de la apelante, a que se refiere el principio regulado en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444⁴⁵.

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

Por consiguiente, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en estos extremos.

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;

⁴⁵ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

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

SE RESUELVE:

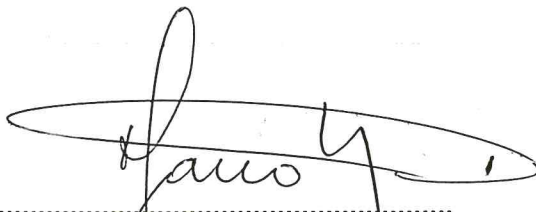
ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por ARUNTANI S.A.C. contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 007810 de fecha 01 de julio de 2010, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, quedando agotada la vía administrativa.

ARTÍCULO SEGUNDO.- NOTIFICAR la presente resolución a ARUNTANI S.A.C y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.


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


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


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


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


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