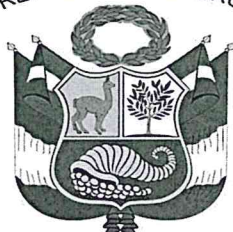


REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 284 -2012-OEFA/TFA

Lima, 12 DIC. 2012

VISTO:

El Expediente N° 1495044 que contiene el recurso de apelación interpuesto por Minera Aurífera Retamas S.A.¹ (en adelante, MARSA) contra la Resolución de Gerencia General OSINERGMIN N° 629-2008-1-OS/GFM dictada por la Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería de fecha 07 de marzo del 2008 y el Informe N° 298-2012-OEFA/TFA/ST de fecha 11 de diciembre del 2012;

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 629-2008-1-OS/GFM de fecha 07 de marzo de 2008 (Fojas 474 al 475), notificada con fecha 13 de marzo del 2008, la Gerencia General del OSINERGMIN impuso a MARSA una multa ascendente a (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de una (01) infracción; conforme se detalla a continuación:

HECHO IMPUTADO	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
En el punto de control E-20, correspondiente al efluente de drenaje de bocamina R-2, que desemboca en el río Llacuabamba se reportó un valor de 100.8 mg/L para el parámetro	Artículo 4 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ²	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo correspondiente de la Resolución	50 UIT

¹ MINERA AURÍFERA RETAMAS S.A. identificada con Registro Único de Contribuyente (R.U.C.) N° 20132367800.

² RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 011-96-EM/VMM. APRUEBAN LOS NIVELES MÁXIMOS PERMISIBLES PARA EFLUENTES LÍQUIDOS MINERO -METALÚRGICOS.

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

Sólidos Totales en Suspensión, que supera el Límite Máximo Permisible establecido en la columna "Valor en cualquier momento" del Anexo 2 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM		Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ³	
--	--	---	--

2. Mediante escrito con registro N° 989595 presentado con fecha 04 de abril del 2008 (Fojas 484 a 500), complementado por escritos con registro N° 1062308 presentado el 18 de setiembre del 2008 (Fojas 509 a 522) y N° 1129213 presentado el 16 de febrero del 2009 (Fojas 528 a 530), MARSa interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 629-2008-1-OS/GFM, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

a) La muestra de agua tomada en el punto de control E-20, correspondiente al drenaje de la bocamina R-2, no resulta idónea para el análisis del parámetro Sólidos Totales en Suspensión (TSS) de dicho efluente, toda vez que fue alterada por efecto del material que la lluvia arrastra al cauce de agua de donde ésta es obtenida, produciéndose así un incremento en el parámetro analizado.

ANEXO 2

VALORES MAXIMOS DE EMISION PARA LAS UNIDADES MINERAS EN OPERACION O QUE REINICIAN OPERACIONES

PARAMETRO	VALOR EN CUALQUIER MOMENTO	VALOR PROMEDIO ANUAL
ph	Mayor que 5.5 y Menor que 10.5	Mayor que 5.5 y Menor que 10.5
Sólidos suspendidos (mg/l)	100	50
Plomo (mg/l)	1	0.5
Cobre (mg/l)	2	1
Zinc (mg/l)	6	3
Hierro (mg/l)	5	2
Arsénico (mg/l)	1	0.5
Cianuro total (mg/l)	2	1

³ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM. APRUEBAN ESCALA DE MULTAS Y PENALIDADES A APLICARSE POR INCUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES DEL TUO DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA Y SUS NORMAS REGLAMENTARIAS

3. MEDIO AMBIENTE

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

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.

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. (...)

Al respecto, debe tomarse en consideración las opiniones técnicas presentadas como nueva prueba en el recurso de reconsideración interpuesto mediante escrito de registro N°1589514 (Fojas 432 a 435).

- b) El efluente del punto de control E-20 no desembocaba en el río Llacuabamba; toda vez que el drenaje de la bocamina R-2 era canalizado a través de una tubería hasta las labores de la empresa Consorcio Minero Horizonte, por lo que no es posible considerar que se haya alterado la calidad de las aguas del mencionado río.
- c) Se ha transgredido el Principio de Verdad Material, contenido en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, por cuanto la Dirección General de Minería no ha cumplido con verificar plenamente el hecho que sirvió de único sustento a la sanción.

En efecto, indica que por norma técnica el análisis de laboratorio tiene un margen de error de 5.00%, por lo que al existir un supuesto exceso de 0.8% en los resultados del muestreo efectuado, no se habría cumplido con verificar plenamente el incumplimiento imputado.

- d) Se ha vulnerado el Principio de Causalidad, regulado en el numeral 8° del artículo 230° de la Ley N° 27444, toda vez que no existe relación de causalidad entre su conducta (generación del efluente) y la supuesta infracción que motiva la multa impuesta (exceso de los LMP).
 - e) La Dirección de Fiscalización Minera contradice lo informado por AUDITEC y sólo recoge la parte de la información referida a que los efluentes del punto de control E-20 superan los LMP, omitiendo que dicho exceso se debe a la presencia de lluvias al momento de la toma de la muestra.
 - f) Se está perjudicando ilegalmente a MARSA ya que la resolución apelada no puede imponer una sanción mayor a la dispuesta en la Resolución directoral N° 011-2006-MEM/DGM.
3. Mediante escrito con registro N° 1090965 de fecha 22 de mayo del 2008, MARSA solicitó informe oral ante los miembros del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, la misma que se llevó a cabo el 13 de febrero del 2009.

Ahora bien, por Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA.

De igual modo, por Resoluciones de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD y N° 001-2011-OEFA/CD, el OEFA asumió las funciones de supervisión y fiscalización ambiental en el sector minería desde el 22 de julio del 2010.

En tal sentido, este nuevo órgano colegiado asumió competencia para resolver la presente apelación y, a fin de no vulnerar el derecho de defensa del administrado se le concedió el uso de la palabra nuevamente mediante Carta N° 010-2012-OEFA/TFA de fecha 06 de diciembre del 2012 (Foja 580), programándose dicha diligencia para el 12 de diciembre del 2012, a la que no asistió MARSÁ según consta del Acta que acredita su inasistencia de fecha 12 de diciembre del 2012 (Foja 581).

Competencia

4. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013⁴, 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).
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 Ambiental⁵, el OEFA es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental.
6. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la citada Ley N° 29325, dispone que mediante Decreto Supremo refrendado por los sectores involucrados se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA⁶.

⁴ DECRETO LEGISLATIVO N° 1013. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE.

1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

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

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.
PRIMERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

Las entidades sectoriales que se encuentren realizando funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental, en un plazo de treinta (30) días útiles, contado a partir de la entrada en vigencia del respectivo Decreto Supremo, deben individualizar el acervo documentario, personal, bienes y recursos que serán transferidos al OEFA, poniéndolo en conocimiento y disposición de éste para su análisis acordar conjuntamente los aspectos objeto de la transferencia. (...).

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 (en adelante, OSINERGMIN) al OEFA; y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, publicada el 20 de julio de 2010, se estableció como fecha efectiva de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería del OSINERGMIN al OEFA, el 22 de julio de 2010.
8. En adición, el artículo 10° de la citada Ley N° 29325⁷, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM⁸, y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD⁹, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

Norma Procedimental Aplicable

9. Antes de realizar el análisis de los argumentos formulados por MARSА, este Órgano Colegiado considera pertinente, en aplicación del Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2. del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establecer la norma procedimental aplicable en la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes¹⁰.

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 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.

⁸ DECRETO SUPREMO N° 022-2009-MINAM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL OEFA.

Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

El Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) es el órgano encargado de ejercer funciones como últimas instancias administrativa del OEFA. Las resoluciones del Tribunal son de obligatorio cumplimiento y constituye precedente vinculante en materia ambiental, siempre que se señale en la misma Resolución, en cuyo caso deberán ser publicadas de acuerdo a Ley.

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

- a. Resolver en segunda y última instancia administrativa, los recursos de apelación interpuesto contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos.

⁹ RESOLUCIÓN N° 005-2011-OEFA/CD. REGLAMENTO INTERNO DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

Artículo 4°.- Competencia del Tribunal

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

¹⁰ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

10. En tal sentido, siendo que a la fecha de inicio del presente procedimiento sancionador se encontraba vigente el TUO de la Ley General de Minería aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM; corresponderá observar de manera supletoria el contenido normativo de la Ley N° 27444.

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

Sobre el particular, cabe indicar que, de acuerdo al numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, constituye derecho fundamental de la persona “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”¹¹.

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 siguiente¹²:

“(…) 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).

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.

¹¹ 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.

¹² 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>

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

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

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

En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros¹³.

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 por¹⁴:

- 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

¹³ 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.

¹⁴ 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>

marco jurídico aplicable al medio ambiente y aquellas asumidas por dichos particulares en sus instrumentos de gestión ambiental.

Lo expuesto se condice además con el concepto de Responsabilidad Social de las empresas, que ha sido desarrollado por el propio Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia, respecto del cual cabe citar lo siguiente:

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

Habiéndose delimitado el marco constitucional en el que debe entenderse la protección al bien jurídico medio ambiente respecto de las actividades productivas, comprendida en ellas la minera, corresponde establecer que las normas sectoriales de protección y conservación del ambiente deberán interpretarse y aplicarse dentro del citado contexto constitucional.

Sobre el exceso del Límite Máximo Permisible del parámetro STS

12. Respecto a lo alegado en los literales a) y b) del numeral 2, cabe indicar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, los resultados analíticos obtenidos para cada parámetro regulado a partir de la muestra recogida del efluente minero-metalúrgico, no deben exceder en ninguna oportunidad los niveles establecidos en la columna "Valor en cualquier Momento" del Anexo 1.

En tal sentido, cualquier exceso, indistintamente del quantum, de los valores límite previstos en la columna "Valor en cualquier Momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, determinará la configuración del ilícito administrativo previsto en el numeral 3.2 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades, aprobado por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, por incumplimiento de los LMP.

Asimismo, el texto normativo del artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM prevé que 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 cualquier caso debe observar los valores contenidos en la columna "Valor en cualquier Momento" del Anexo 1.

Al respecto, en el numeral 9.1.1 correspondiente al Registro de parámetros físicos de los puntos evaluados en los efluentes de MARSА del Informe Complementario de Supervisión N° 53-2004-IE-MARSА/AUDITEC (Foja 210) se señala que *"El punto de monitoreo E-20, corresponde al efluente generado en la bocamina conocida como R-2. Dicho punto se ubica fuera de los límites del poblado de Llacubamba, sin embargo el efluente desemboca en el río Llacubamba. Dicho efluente no tiene algún sistema de tratamiento que haya podido ser observado durante la inspección"*.

Asimismo, en el numeral 7 de la Addenda del Informe de Supervisión N° 53-2004-IE-MARSА/AUDITEC se indicó que *"El efluente de mina referido como punto de monitoreo E-20, pertenece al efluente que sale de la bocamina R-2 (...) El efluente desemboca en el río Llacubamba (...) Durante la inspección no se observó algún sistema de tratamiento de aguas que salen de la bocamina"* (Foja 308).

En ese contexto, en el numeral 2 de la Addenda del Informe de Supervisión N° 53-2004-IE-MARSА/AUDITEC se señaló que *"En el cuadro N° 4: evaluación de efluentes líquidos, con respecto al análisis de sólidos suspendidos (SST) faltó incluir el valor correspondiente a punto de monitoreo E-20. Dicho valor es: 100,8 mg/L. el valor se encuentra reportado en el suplemento II, de informe de ensayo N° 10412099, otorgado por J Ramon del Perú SAC"* (SIC).

En efecto, en el Informe Suplemento II del Informe de Ensayo N° 10412099 elaborado por el Laboratorio J. Ramon Quality Control Culture (Foja 308), se observan los resultados del monitoreo efectuado al efluente del punto de control E-20, correspondiente al drenaje de la bocamina R-2, determinándose el exceso de los LMP para el parámetro STS en dicho punto de control.

Ahora bien, estando a que la obligación de cumplir con los LMP previstos en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM recae sobre los titulares mineros, éstos son los llamados a adoptar todas aquellas medidas o actuaciones que resulten pertinentes para garantizar que sus efluentes minero – metalúrgicos se encuentren dentro de los márgenes descritos en la columna "Valor en cualquier Momento" del Anexo 1; por tal motivo, carece de sustento lo alegado por la apelante en el sentido que el incumplimiento sancionado en este extremo, se pudo producir por la presencia de lluvias.

Asimismo, respecto a las opiniones técnicas ofrecidas por la apelante como medios de prueba, cabe indicar que las mismas son documentos ofrecidos de parte que de ninguna manera desvirtúan el exceso de los LMP ni la obligación de adoptar prioritariamente medidas de prevención tendientes a garantizar que los efluentes mineros no excedan los LMP.

Del mismo modo, en cuanto a que el efluente del punto de control E-20, al momento de la supervisión, no descargaba a un cuerpo receptor sino que era canalizado hacia las labores de la empresa Consorcio Minero Horizonte, corresponde señalar que en aplicación del numeral 162.2 del artículo 162° de la Ley N° 27444, correspondía a la

apelante presentar los medios de prueba de lo afirmado, lo que no ocurrió¹⁵, por lo que debe desestimarse lo alegado por la apelante en este extremo.

Sobre la vulneración al Principio de Verdad Material

13. En cuanto a lo alegado en el literal c) del numeral 2, cabe señalar que de acuerdo al Principio de Verdad Material previsto en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444¹⁶, en concordancia con el numeral 6.1¹⁷ del artículo 6° del mismo cuerpo legal, los pronunciamientos que emiten las entidades al interior de los procedimientos administrativos sólo podrán sustentarse en aquellos hechos que se encuentren debidamente probados.

En tal sentido, conforme se ha analizado en el numeral precedente, el efluente correspondiente al punto de control E-20, ha excedido en el parámetro STS los Límites Máximos Permisibles aplicables para las Actividades Minero-Metalúrgicas de acuerdo a lo indicado en la columna "Valor en Cualquier Momento" del Anexo 2 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, por lo que se ha verificado plenamente el hecho materia de sanción, no vulnerándose en modo alguno el Principio de Verdad Material alegado.

Sin perjuicio de lo señalado, cabe indicar que en el Informe de Ensayo N°10412099 (Foja 327) se señalan los métodos de ensayo que se han utilizado para evaluar el parámetro STS, tales como Standard Methods for the Examination of Water and Wastewater, Métodos Normalizados para el análisis de aguas potables y residuales APHA-AWWA-WPCF, no indicándose que exista un margen de error respecto de los análisis efectuados. Asimismo, cabe precisar que la apelante no ha indicado cuál sería la norma técnica que establecería el margen que señala, correspondiendo desestimar lo alegado en este extremo.

Respecto a la vulneración al Principio de Causalidad

¹⁵ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 162°.- Carga de la prueba

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

¹⁶ LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

(...)

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

¹⁷ LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo

6.1. La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

14. Sobre lo alegado en el literal d) del numeral 2, corresponde precisar que como regla derivada del Principio de Causalidad previsto en el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444¹⁸, la sanción debe recaer sobre el administrado que realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de la infracción administrativa .

En tal sentido, el citado principio implica el deber de imponer la sanción correspondiente a quien ha ejecutado los hechos materia de imputación, que en este caso consiste en descargar al ambiente un efluente líquido minero metalúrgico que incumple del LMP aplicable al parámetro STS previsto en el Anexo 2 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

Siendo el caso que en el punto de control E-20, correspondiente al efluente del drenaje de la bocamina R-2, se verificó el exceso del LMP aplicable al parámetro Sólidos Totales en Suspensión, y dado que dicho efluente es producido dentro de las instalaciones de la recurrente y finalmente vertido en el río Llacuabamba, deviene válida la imposición de la sanción dispuesta en este extremo, no vulnerándose en ningún momento el Principio de Causalidad alegado.

Sobre la supuesta contradicción del Informe de Supervisión y la imputación efectuada

15. En cuanto a lo alegado en el literal e) del numeral 2, se debe tener presente que inicialmente la empresa supervisora AUDITEC S.A.C. señaló en su Informe de Supervisión N° 53-2004-IE-MARSA/AUDITEC de diciembre del 2004, que MARSA cumplía con lo establecido en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM; indicando también que no se podía precisar el origen de las causas de la alta concentración de metales en las aguas del río Llacuabamba (Foja 240).

Posteriormente, en el Informe N° 032-2005-MEM-AA/LS/AL de fecha 03 de junio del 2005, la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas señaló que no es posible definir las causas y/o orígenes de las diferentes cargas metálicas presentes en el río Llacuabamba (Foja 349).

Finalmente, en el Informe N° 016-2005-MEM-DGM-FMI/MA de fecha 10 de enero del 2006, la Dirección General de Minería señaló que respecto a los Sólidos Totales en Suspensión en el punto de control E-20 se ha excedido los LMP, sustentando tal afirmación en base a la información contenida en la Addenda del Informe de Supervisión N° 053-2004-IE-MARSA/AUDITEC, donde se señala que para el parámetro STS se ha excedido el LMP (Fojas 301 y 308).

En consecuencia, la Dirección de Fiscalización Minera de la Dirección General de Minería basó su opinión en base a la información contenida en la Addenda presentada por AUDITEC S.A.C. en febrero del 2005, no existiendo ninguna

¹⁸ LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

(...)

8. Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

contradicción, por lo que corresponde desestimar lo alegado por la apelante en este extremo.

Sin perjuicio de lo señalado, conviene agregar que no deben confundirse las normas de emisión, que comprenden a los LMP como nivel de protección ambiental cuya medición se realiza en la fuente de las emisiones o vertimientos con el propósito de controlar, en este caso, los efluentes provenientes de la actividad minera; y las normas de calidad referidas a los cuerpos receptores. Es por ello que no resulta relevante en el presente caso si era o no posible definir las causas y/o orígenes de las diferentes cargas metálicas presentes en el río Llacuabamba, dado que el presente procedimiento administrativo sancionador está dirigido a determinar el cumplimiento de los LMP en los efluentes y no a evaluar posibles mediciones en el cuerpo receptor.

Sobre la Reforma Peyorativa Indirecta

16. En cuanto a lo alegado en el literal g) del numeral 2, cabe señalar que mediante Resolución de Consejo Directivo Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 438-2007-OS/CD de fecha 26 de julio de 2007, se declaró la nulidad de oficio de la Resolución Directoral N° 011-2006-MEM/DGM en atención a lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 148° y el artículo 149°¹⁹ del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, ordenando que se emita nueva resolución.

En ese sentido, lo alegado por MARSa no resulta procedente en tanto el numeral 237.3 del artículo 237° de la Ley N° 27444²⁰ no es aplicable en el presente caso, por cuanto no existe segunda instancia por la cual se haya visto empeorada la situación de la apelante respecto al quantum de la sanción.

Conforme lo señala Ossa Abeláez *“con la no reformatio in pejus le está vedado al superior empeorar la pena impuesta al apelante único cuando revisa la actuación del inferior”*²¹

¹⁹ DECRETO SUPREMO N° 014-92-EM .TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA

Artículo 148°.- Son nulos de pleno derecho los actos administrativos:

(...)

3) Dictados prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento, y de la forma prescrita por la Ley

Artículo 149°.- La autoridad minera declarará la nulidad de actuados, de oficio o a petición de parte, en caso de existir algún vicio sustancial, reponiendo la tramitación al estado en que se produjo el vicio, pero subsistirán las pruebas y demás actuaciones a las que no afecte dicha nulidad.

²⁰ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 237°.- Resolución

(...)

237.3. Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado.

²¹ OSSA ARBELÁEZ, Jaime. Derecho Administrativo Sancionado, Una Aproximación Dogmática. Editorial Legis, Segunda Edición. Página 334

De igual modo, conviene citar lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 1803-2004-AA/TC de fecha 25 de agosto del 2004 en cuanto señala en sus considerandos N° 25 y 26:

“La prohibición de la reforma peyorativa o reformatio in peius, como la suele denominar la doctrina, es una garantía implícita en nuestro texto constitucional que forma parte del debido proceso judicial (cf. Exp. 1918-2002-HC/TC) y está orientada precisamente a salvaguardar el ejercicio del derecho de recurrir la decisión en una segunda instancia sin que dicho ejercicio implique correr un riesgo mayor de que se aumente la sanción impuesta en la primera instancia.

En este sentido, este Tribunal declara que la garantía constitucional de la prohibición de reforma peyorativa o reformatio in peius debe entenderse como una garantía que proyecta sus efectos también en el procedimiento administrativo sancionador y, en general, en todo procedimiento donde el Estado ejercite su poder de sanción y haya establecido un sistema de recursos para su impugnación”.

En efecto, la Resolución Directoral N° 011-2006-MEM/DGM fue anulada y en atención a lo dispuesto por el numeral 12.1 del artículo 12° de la Ley N° 27444²², los efectos de la declaración de nulidad son declarativos y retroactivos a la fecha del acto, por lo que se entiende que nunca existió la citada resolución. Así, cuando un acto administrativo es declarado nulo, no es susceptible de generar efectos jurídicos válidos para el administrado.

Entonces, habiéndose declarado la nulidad de la Resolución Directoral N° 011-2006-MEM/DGM, se entiende que ésta desapareció de la esfera jurídica del administrado; de manera que al dictarse la Resolución de Gerencia General OSINERGMIN N° 629-2008-1-OS/GFM (resolución objeto de apelación) recién podemos considerarla como la resolución sancionadora dictada en primera instancia.

Consecuentemente, en el presente procedimiento no hay resolución en segunda instancia que empeore la condición de MARSAs, por cuanto la resolución que es objeto de apelación y análisis se entiende que fue dictada por la primera instancia; no siendo la resolución de primera instancia la que fue objeto de nulidad. En tal sentido, corresponde desestimar lo alegado 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;

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

Artículo 12.- Efectos de la declaración de nulidad

12.1. La declaración de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto, salvo derechos adquiridos de buena fe por terceros, en cuyo caso operará a futuro.

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación presentado por MINERA AURÍFERA RETAMAS S.A. contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 629-2008-1-OS/GFM de fecha 07 de marzo de 2008, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, quedando agotada la vía administrativa.

ARTÍCULO SEGUNDO.- DISPONER que el monto de la multa sea depositado por la recurrente en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicar al momento de la cancelación al banco el número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

ARTÍCULO TERCERO.- NOTIFICAR la presente resolución a Minera Aurífera Retamas S.A. y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.



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



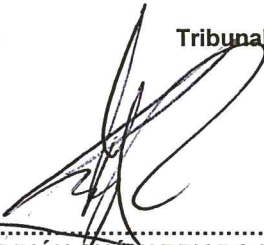
.....
JOSÉ AUGUSTO CHIRINOS CUBAS
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental



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



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



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