

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 289-2012-OEFA /TFA

Lima, 18 DIC. 2012

VISTO:

El Expediente N° 065-09-MA/E que contiene el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA SAN NICOLÁS S.A.¹ (en adelante, SAN NICOLÁS) contra la Resolución Directoral N° 164-2012-OEFA/DFSAI de fecha 28 de junio de 2012 y el Informe N° 304-2012-OEFA/TFA/ST de fecha 17 de diciembre de 2012;

CONSIDERANDO:

1. Por Resolución Directoral N° 164-2012-OEFA/DFSAI de fecha 28 de junio de 2012 (Fojas 84 a 88), notificada con fecha 05 de julio de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos impuso a SAN NICOLÁS una multa de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de una (01) infracción; conforme al siguiente detalle:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
En el punto de control M-7 ² , correspondiente al efluente de la planta de tratamiento de aguas ácidas del Nivel Prosperidad, que descarga al río Tingo, se	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ³	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-	50 UIT

¹ COMPAÑÍA MINERA SAN NICOLÁS S.A. identificada con Registro Único de Contribuyente (R.U.C.) N° 20109968219

² De acuerdo a lo señalado en el literal I) del sub-numeral 3.1.2 del Rubro III de la parte considerativa de la Resolución Directoral N° 164-2012-OEFA/DFSAI, el detalle de los resultados obtenidos en el punto de control M-7, son los que siguen:

Punto de Monitoreo	Parámetro	Anexo 1 Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Días	Turnos	Resultados de análisis
M-7	pH	6-9	Día 2	1° Turno	9.1
				2° Turno	10.7
				3° Turno	10.9
	Día 3		2° Turno	10.8	
			3° Turno	9.5	
STS	50 mg/L	Día 1	3° Turno	62	

³ 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.

reportaron valores para los parámetros pH y STS que incumplen los Límites Máximos Permisibles establecidos en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	2000-EM/VMM ⁴	
MULTA TOTAL		50 UIT

2. Con escrito de registro N° 2012-E01-016286, presentado con fecha 26 de julio de 2012 (Fojas 91 al 93), complementado con escrito de registro N° 2012-E01-016687, presentado con fecha 01 de agosto de 2012 (Fojas 94 a 98), SAN NICOLÁS interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 164-2012-OEFA/DFSAI de fecha 28 de junio de 2012, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

a) Considerando que los Reglamentos aprobados por Resoluciones N° 640-2007-OS/CD y N° 205-2009-OS/CD no establecen plazo alguno para que la empresa supervisora notifique el informe de supervisión al organismo fiscalizador y a la empresa supervisada, correspondía aplicar supletoriamente el artículo 49° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 049-2001-EM.

Asimismo, el OSINERGMIN no debió admitir el Informe de Resultados por Unidad Minera U.E.A. SAN NICOLAS DE COMPAÑÍA MINERA SAN NICOLÁS S.A. Primera Campaña de Monitoreo Agosto 2009, toda vez que el referido dispositivo legal prevé que los informes de supervisión deben ser presentados con la constancia de notificación a la empresa supervisada.

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.

⁴ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM-VMM. ESCALA DE MULTAS Y PENALIDADES A APLICARSE POR INCUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES DEL TUO DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA Y SUS NORMAS REGLAMENTARIAS.

**ANEXO
3. MEDIO AMBIENTE**

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

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. (...)

- b) El inicio del presente procedimiento sancionador es nulo ya que el OSINERGMIN perdió competencias en materia de fiscalización ambiental desde la publicación de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.
- c) El caudal de agua ácida que sale del socavón Prosperidad es irregular o variable y se encuentra en un rango aproximado de 2 a 17 L/seg., el cual es tratado por una planta de tratamiento de aguas ácidas.

En atención a ello, el parámetro STS se ha reducido de 258.8 mg/K a un promedio de 20.22 mg/L, esto es, se ha logrado una eficiencia casi al 100% (Cien por ciento) respecto a su Límite Máximo Permisible – LMP, que es de 50mg/L; si no fuera por una de las muestras que arrojó 62 mg/L.

- d) Con relación al parámetro pH, SAN NICOLÁS señala que la dosificación de lechada de cal que aplica en promedio es de 1.8 kg de cal/m³ de agua, lo cual resulta a veces un poco excesivo o inexacto, generándose de esta manera un aumento en el nivel de concentración de este parámetro, a la salida de la planta de tratamiento.
- e) Los artículos 32°, 74°, 75° y 142° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, no pueden servir de sustento para determinar la gravedad de la infracción, pues éstos sólo determinan la responsabilidad objetiva o subjetiva del infractor.

En tal sentido, no se ha acreditado suficientemente la gravedad del ilícito imputado.

- f) No se ha cumplido con graduar adecuadamente la sanción impuesta, razón por la cual no se ha observado el Principio de Razonabilidad.

Competencia

3. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013⁵, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA).
4. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental⁶, el OEFA es un

⁵ 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.

⁶ 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: (...)

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

5. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la citada Ley N° 29325, dispone que mediante Decreto Supremo refrendado por los sectores involucrados se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA⁷.
6. Con Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, publicado el 21 de enero de 2010, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN) al OEFA; y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, publicada el 20 de julio de 2010, se estableció como fecha efectiva de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería el 22 de julio de 2010.
7. En adición, es preciso mencionar que el artículo 10° de la citada Ley N° 29325⁸, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM⁹, y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD¹⁰, disponen que el

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.

⁷ **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. (...)

⁸ **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.

⁹ **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.

¹⁰ **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

Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

Norma Procedimental Aplicable

8. Antes de realizar el análisis de los argumentos formulados por SAN NICOLÁS, este Órgano Colegiado considera pertinente, en aplicación del Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2. del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establecer la norma procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes¹¹.
9. Al respecto, cabe indicar que resultan aplicables al presente procedimiento las normas adjetivas contenidas en el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 233-2009-OS/CD; así como el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución N° 012-2012-OEFA/CD, que entró en vigencia con fecha 14 de diciembre de 2012¹².

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

Sobre el particular, cabe indicar que, de acuerdo al numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993, constituye derecho fundamental de la persona "gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida"¹³.

Ahora bien, a efectos de establecer el contenido del indicado derecho constitucional, conviene explicar aquello que se entiende por "ambiente", por

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.

¹¹ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

¹² RESOLUCIÓN N° 012-2012-OEFA/CD. APRUEBAN NUEVO REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL – OEFA.

Artículo 3°.- Disponer que las disposiciones de carácter procesal del presente Reglamento se aplicarán a los procedimientos administrativos sancionadores en trámite, en la etapa en que se encuentren.

¹³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

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

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 siguiente¹⁴:

"(...) 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 vivos y que determina y condiciona su existencia. Es el ámbito en que se desarrolla la vida y en cuya creación no ha intervenido la acción humana. En puridad, medio ambiente alude al compendio de elementos naturales —vivos e inanimados— sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivos (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 conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros¹⁵.

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

¹⁴ 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>

¹⁵ 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.

Expediente N° 03343-2007-PA/TC, el derecho fundamental previsto en el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política se encuentra integrado por¹⁶:

- 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 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.

Con relación a la aplicación del artículo 49° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 049-2001-EM

11. Respecto a lo alegado en el literal a) del numeral 2, cabe señalar que de acuerdo al Principio de Legalidad, previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que les estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas, lo que implica que sus pronunciamientos deben sustentarse en una adecuada aplicación e interpretación de las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico¹⁷.

¹⁶ 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>

¹⁷ 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:

A su vez, el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, en concordancia con el artículo 103° de la Constitución Política, recoge la regla de la aplicación inmediata de la ley, lo que implica que desde su entrada en vigencia ésta se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. De este modo, los hechos cumplidos bajo la antigua ley se rigen por aquélla, mientras que los efectos o hechos producidos luego de la entrada en vigencia de la nueva ley se rigen por ésta¹⁸.

En esta línea, el Tribunal Constitucional ha explicado la citada regla de derecho a través del fundamento N° 72 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional recaída en el expediente N° 00008-2008-PI/TC, cuyo texto es el siguiente¹⁹:

“72. En ese sentido, este Tribunal ha pronunciado en reiterada jurisprudencia que nuestro ordenamiento jurídico se rige por la teoría de los hechos cumplidos, estableciendo que “(...) nuestro ordenamiento adopta la teoría de los hechos cumplidos (excepto en materia penal cuando favorece al reo), de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes” (STC 0606-2004-AA/TC, FJ 2). Por tanto, para aplicar una norma (...) en el tiempo debe considerarse (...) consecuentemente, el principio de aplicación inmediata de las normas”. (Subrayado agregado)²⁰

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

¹⁸ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993.**

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

DECRETO LEGISLATIVO N° 295. CODIGO CIVIL.

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo III.- Aplicación de la ley en el tiempo

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

¹⁹ La Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00008-2008-PI/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00008-2008-AI.html#ftn22>

²⁰ En ese mismo sentido, la doctrina nacional reconoce la aplicación de la teoría de los hechos cumplidos en el ámbito de aplicación temporal de las normas:

“4. Las disposiciones de nuestro sistema jurídico sobre el problema de aplicación temporal de las normas (...) el principio general de nuestra legislación es el de la aplicación inmediata. (...) Esta norma establece en su primera parte, como regla general, la concepción correspondiente a la teoría de los hechos cumplidos pues, indica que la nueva ley tiene aplicación inmediata a las relaciones y situaciones jurídicas existentes (debe entenderse, existentes al momento en que ella entra en vigor). Es decir, que la nueva ley empieza a regir las consecuencias de situaciones y relaciones que le eran pre-existentes (...)

6. Conclusión (...)

Cuando se iniciaron durante la vigencia de la normatividad anterior y siguen existiendo o produciendo efectos durante la nueva, rige la teoría de los hechos cumplidos lo que equivale a decir: lo ocurrido con anterioridad a “Q” se ha regido por la normatividad anterior y no procede aplicación retroactiva de la nueva; lo que ocurra de “Q” en adelante, se rige por el principio de la aplicación inmediata de la nueva normatividad.” (El resaltado en negrita es nuestro)

La explicación ofrecida por el Dr. Marcial Rubio Correo, se realiza a partir del siguiente gráfico, al desarrollar las teorías de los derechos adquiridos y los hechos cumplidos:

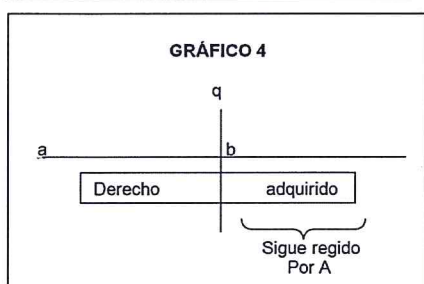


A su vez, de acuerdo al artículo 109° de la Constitución Política, las leyes son obligatorias desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la misma que postergue su vigencia²¹.

En este contexto, resulta oportuno definir el marco legal vigente durante la supervisión especial Monitoreo Ambiental de Efluentes Minero Metalúrgicos y Recursos Hídricos en las Zonas Mineras Priorizadas, de fecha 17, 19, 20, 28, 29 y 30 de agosto de 2009, efectuada en las instalaciones de la Unidad Minera San Nicolás de SAN NICOLÁS, por el Supervisor Externo MINERA INTERANDINA DE CONSULTORES S.R.L.; cuyos resultados determinaron el incumplimiento objeto de análisis.

Sobre el particular, se confirma que durante la citada Supervisión Especial se encontraba vigente el Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD, razón por la cual el ejercicio de la función supervisora destinada a verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas bajo el ámbito de competencia del OSINERGMIN se desarrolló a la luz del mencionado reglamento²².

En efecto, en observancia de la Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 28964, Ley que Transfiere Competencias de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Mineras al OSINERGMIN, con la emisión del procedimiento de supervisión de las actividades mineras establecido por Resolución N° 324-2007-OS/CD, publicado el 10 de junio de 2007, se derogó la regulación conformada por la Ley N° 27474 y el Decreto Supremo N° 049-2001-EM²³.



Donde (A) es la primera norma aplicable, (B) es la nueva norma jurídica aplicable y (Q) el momento en que entra en vigencia esta última.

RUBIO CORREA, Marcial et. al. Volumen I: Para Leer El Código Civil. Fondo Editorial PUCP. Décima edición, junio de 1997.

21 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993.

Artículo 109°.- La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

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

Artículo 2°.- Ámbito de aplicación

Lo dispuesto en el presente Reglamento es de obligatorio cumplimiento para OSINERGMIN, las Empresas Supervisoras y las Entidades Supervisadas en el marco de las actividades de supervisión que realice el OSINERGMIN para verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas bajo su ámbito de competencia.

23 LEY N° 28964. LEY QUE TRANSFIERE COMPETENCIAS DE SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES MINERAS AL OSINERGMIN. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

Por lo tanto, en consonancia con la regla de la aplicación inmediata de la ley a que se refiere el segundo párrafo del presente numeral, no correspondía aplicar ultractivamente el artículo 49° del Decreto Supremo N° 049-2001-EM, como pretende la recurrente.

Asimismo, cabe precisar que el Reglamento aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD no establece obligación alguna relacionada a la notificación del Informe de Supervisión a la empresa supervisada, antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, razón por la cual la notificación del Informe de Resultados por Unidad Minera U.E.A. SAN NICOLAS de COMPAÑÍA MINERA SAN NICOLÁS S.A. Primera Campaña de Monitoreo Agosto 2009, se realizó conjuntamente con el Oficio N° 221-2010-OS-GFM, mediante el cual se dio inicio al presente procedimiento, con fecha 22 de febrero de 2010, en observancia del Principio de Legalidad, previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444²⁴.

En efecto, de acuerdo al sub-numeral 22.3.4 del numeral 22.3 del artículo 22° del Reglamento aprobado por Resolución N° 233-2009-OS/CD, norma procedimental aplicable al presente caso, la notificación del Informe de Supervisión se realiza al inicio del procedimiento sancionador²⁵.

Por lo expuesto, carece de sustento lo argumentado por la recurrente sobre el particular.

Respecto a la competencia del OSINERGMIN para iniciar el procedimiento administrativo sancionador

12. Con relación a lo alegado en el literal b) del numeral 2, resulta oportuno indicar que de acuerdo al literal d) del artículo 5° de la Ley N° 26734, Ley del Organismo

PRIMERA.- En tanto se aprueben por el OSINERGMIN, los procedimientos de fiscalización de las actividades mineras a su cargo, seguirán vigentes las disposiciones sobre esta materia contenidas en la Ley N° 27474 y continuarán aplicándose los procedimientos establecidos en el Reglamento de Fiscalización de Actividades Mineras, aprobado por Decreto Supremo N° 049-2001-EM y sus normas modificatorias, así como la Escala de Sanciones y Multas, aprobada por Resolución Ministerial N° 310-2000-EM, siendo de aplicación todas las normas complementarias de estas disposiciones que se encuentren vigentes a la fecha de promulgación de la presente Ley, y continuará habilitada la nómina de Fiscalizadores Externos. Para efectos del Arancel de Fiscalización será de aplicación lo dispuesto en el artículo 7° de la presente Ley, y seguirán vigentes todas las disposiciones reglamentarias y complementarias que no se le opongan.

²⁴ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.
TÍTULO PRELIMINAR

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:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

²⁵ RESOLUCIÓN N° 233-2009-OS/CD. REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL OSINERGMIN.

Artículo 22°.- Inicio del Procedimiento

(...)

22.3. Para iniciar el procedimiento administrativo sancionador, el órgano instructor notificará por escrito al presunto infractor el inicio del procedimiento administrativo sancionador indicando:

22.3.4 El plazo dentro del cual el administrado podrá presentar sus descargos por escrito, no pudiendo ser inferior a cinco (5) días hábiles contados a partir del día siguiente de realizada la notificación.

Del mismo modo, se correrá traslado al administrado del correspondiente Informe Legal o Técnico, Acta Probatoria, Acta de Supervisión, Carta de Visita de Fiscalización, según sea el caso, así como de cualquier otro documento que sustente el inicio del procedimiento administrativo sancionador. En caso los documentos señalados sean reemplazados o complementados, éstos serán notificados al administrado para su conocimiento.

Supervisor de Inversión en Energía y Minería, en concordancia con el artículo 2° de la Ley N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión, fiscalización y sanción de las actividades mineras al OSINERG, el OSINERGMIN asumió el ejercicio de las funciones de supervisión y fiscalización de las disposiciones técnicas y legales relacionadas con la protección y conservación del ambiente relativas a la actividad minera, con fecha **25 de enero de 2007**²⁶.

A su vez, cabe agregar que dichas atribuciones fueron ejercidas válidamente por esta agencia reguladora hasta el 21 de julio de 2010, toda vez que de acuerdo al marco normativo descrito en los numerales 3 al 7 de la presente resolución, las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería fueron transferidas efectivamente a este Organismo Técnico con fecha **22 de julio de 2010**.

En tal sentido, se concluye que tanto durante la supervisión realizada en las instalaciones de la recurrente, como al inicio del presente procedimiento administrativo sancionador el OSINERGMIN era la autoridad competente y detentaba las potestades en materia ambiental que ahora son de titularidad del OEFA; razón por la cual corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en este extremo.

Respecto al cumplimiento de los LMP

13. Con relación a los argumentos contenidos en los literales c) y d) del numeral 2, cabe indicar que el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, establece como obligación ambiental fiscalizable exigible a los titulares de actividades mineras, que los resultados analíticos obtenidos para cada parámetro regulado en el Anexo 1 de dicha norma, a partir de las muestras recogidas de los efluentes minero-metalúrgicos derivados de sus instalaciones, deben cumplir en cualquier oportunidad los niveles establecidos en la columna "Valor en cualquier Momento".

En tal sentido, cualquier incumplimiento o exceso 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 momento

²⁶ 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.

LEY N° 28964. LEY QUE TRANSFIERE COMPETENCIAS DE SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES MINERAS AL OSINERG.

Artículo 2°.- De la transferencia de funciones al organismo competente

Transfírase las competencias de fiscalización minera, establecidas en la Ley N° 27474, Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras, al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería.

determinado serán válidos sólo para ese momento, en el cual se deberá observar los valores contenidos en la columna "Valor en cualquier Momento" del Anexo 1.

En este contexto, considerando 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 tales motivos, si bien SAN NICOLÁS explica los procedimientos de tratamiento que implementa a efectos de cumplir con la obligación ambiental fiscalizable materia de análisis en el punto de control M-7, lo cierto es que ello no desvirtúa los resultados contenidos en los Informes de Ensayo N° SEP1002.R09 y N° SEP1076.R09 (Fojas 34 y 48), efectuados por el laboratorio CIMM PERÚ S.A. Por el contrario, lo alegado en este extremo evidencia que no se estarían adoptando las medidas adecuadas para asegurar el cumplimiento de los LMP.

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

En cuanto a la aplicación de la Ley N° 28611 y la gravedad de la infracción

14. Con relación a lo alegado en el literal e) del numeral 2, debe indicarse que por disposición del Principio del Debido Procedimiento, establecido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, 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.

En esa línea, cabe señalar que de acuerdo al numeral 4 del artículo 3° de la Ley N° 27444, en concordancia con el numeral 6.1 del artículo 6° del referido cuerpo normativo, la motivación como requisito de validez de los actos administrativos, exige la expresión concreta y directa de los hechos probados así como la exposición de las razones jurídicas y normativas que justifican la decisión adoptada, de modo tal que quede exteriorizado el razonamiento y reflexión realizado por la Autoridad para su emisión²⁷.

Lo señalado en el párrafo anterior, encuentra asidero en una de las funciones que cumple la motivación del acto, consistente en su rol informador, cuyo contenido según MORÓN URBINA, es el que sigue²⁸:

²⁷ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 3°.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

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.

²⁸ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima. 9° edición, 2011.

“b. Cumple un rol informador, ya que representa la exteriorización de las razones en cuya virtud se produce un acto administrativo, y permite, tanto al administrado como a los superiores con potestades de revisión del acto, asumir conocimiento de los hechos reales y jurídicos que fundamentan la decisión administrativa, para poder articular su defensa con posibilidad de criticar las bases en que se funda e impugnarla; o para que el superior al conocer el recurso pueda desarrollar el control que examinando todos los datos y si se ajusta a ley (...)” (SIC)

Conforme a lo expuesto, se tiene que uno de los elementos que integran la motivación del acto administrativo viene constituido por la expresión de las razones normativas que justifican las consideraciones expuestas por el órgano sancionador para determinar la responsabilidad del administrado por el ilícito imputado; sin embargo, no debe entenderse que ello habilite la realización de cualquier referencia normativa, sino que sólo deberán admitirse aquellas que resultan pertinentes a la cuestión que sea objeto de análisis.

En tal sentido, contrariamente a lo indicado por SAN NICOLÁS, la motivación de los actos administrativos sí puede incluir válidamente el articulado de las disposiciones normativas que integran el ordenamiento jurídico, sin que ello constituya una vulneración del Debido Procedimiento Administrativo.

Ahora bien, en el presente caso de la revisión de la resolución apelada se advierte que la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos invocó los artículos 74°, 75° numeral 75.1 y 142° numeral 142.2, de la Ley N° 28611, a efectos de explicar la configuración del daño ambiental como consecuencia del incumplimiento de los LMP.

Al respecto, este Tribunal Administrativo considera que el contenido de esta normativa resulta congruente con lo explicado por dicha instancia, toda vez que éstas regulan el régimen general de responsabilidad de los titulares mineros por los efectos negativos derivados del desarrollo de sus actividades, la obligación de cumplir con los LMP, así como la caracterización del daño ambiental; elementos sin los cuales la atribución de responsabilidad por incumplimiento de los LMP y la configuración del daño como consecuencia de ello, se limitaría a una valoración fáctica carente de sustento jurídico, lo que sí contravendría el requisito de validez invocado por la recurrente.

Asimismo, corresponde precisar que los citados artículos 74°, 75° numeral 75.1 y 142° numeral 142.2, de la Ley N° 28611, no están referidos, de ninguna manera, al tipo de responsabilidad administrativa aplicable por infracciones de naturaleza ambiental, sea ésta objetiva o subjetiva, careciendo de sustento lo alegado por SAN NICOLAS en ese sentido.

Finalmente, considerando que la apelante cuestiona la presencia de daño ambiental como consecuencia del incumplimiento de los LMP y, por tanto, la gravedad de la infracción imputada, analizaremos los alcances de la categoría “daño ambiental”, en este supuesto²⁹.

²⁹ 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 expedita causa o puede causar daño a la salud, al bienestar humano y al ambiente.

Al respecto, el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611³⁰, 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 potenciales³¹.

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 perjudican 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 potenciales³².

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)

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

³⁰ 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.

³¹ Sobre el concepto de daño ambiental se pronuncian BIBILONI y LANEGRA:

BIBILONI señala que:

"(...) 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. LexisNexis. Buenos Aires, 2005.

LANEGRA sostiene sobre el daño ambiental, en el marco de la Ley General del Ambiente Ley N° 28611 que:

"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, Iván. 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>

³² En esa línea, es importante citar a Mario Peña cuando sostiene:

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; 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 nocivos³³.

En consecuencia, en atención a que el numeral 32.1 del artículo 32° de la Ley N° 28611, prevé que el exceso del 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 de dicho daño, aspecto que sin duda conlleva el exceso de los LMP³⁴.

Por lo expuesto, el exceso del LMP aplicable a los parámetros STS y pH reportado en el punto de control M-7 configura la situación de daño ambiental definida en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611. Tales excesos de LMP se encuentran acreditados con los resultados contenidos en los Informes de Ensayo elaborados por el Laboratorio acreditado CIMM PERÚ S.A., los cuales se presentan en el cuadro detalle del segundo pie de página 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 aplicables a los parámetros STS y pH reportado en el punto de control M-7 como consecuencia de las operaciones de la recurrente, 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 que motiva aplicar la sanción prevista en dicho tipo legal, por lo cual no se vulnera el Principio del Debido Procedimiento.

"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, 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

³³ 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.

³⁴ 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.

En adición a lo señalado, cabe destacar que la pretensión de la recurrente de no ser sancionada por las infracciones 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 las razones expuestas precedentemente, corresponde desestimar lo argumentado por SAN NICOLÁS en este extremo.

Sobre la determinación y graduación de la sanción

15. Respecto al argumento contenido en el literal f) 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 el ilícito administrativo imputado a la apelante, éste se encuentra sancionado con multa de cincuenta (50) UIT.

Sobre el particular, habiéndose acreditado objetivamente al interior del presente procedimiento que la recurrente incumplió el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, por cuanto del análisis de la muestra tomada del efluente correspondiente al punto de control M-7, se reportaron valores de 62 mg/L para el parámetro STS y 9.1 mg/L, 10.7 mg/L, 10.9 mg/L, 10.8 mg/L y 9.5 mg/L, para el parámetro pH, lo que excede el LMP previsto para dichos parámetros en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 dicha Resolución, correspondía imponer a SAN NICOLÁS una multa de cincuenta (50) UIT.

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.

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

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA SAN NICOLÁS S.A. contra la Resolución Directoral N° 164-2012-OEFA/DFSAI de fecha 28 de junio de 2012, 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 impuesta, ascendente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), sea depositado 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 COMPAÑÍA MINERA SAN NICOLÁS S.A.; y **REMITIR** el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA para los fines correspondientes.

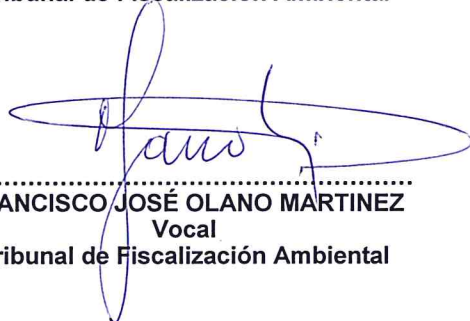
Regístrese y comuníquese.



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



.....
JOSÉ AUGUSTO CHIRIÑOS 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 CHÁVARRY ROJAS
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental

