

REPÚBLICA DEL PERÚ



# *Tribunal de Fiscalización Ambiental*

## *Resolución N° 082-2013-OEFA/TFA*

Lima, 27 MAR. 2013

### **VISTO:**

El Recurso de Apelación interpuesto por NYRSTAR ANCASH S.A. contra la Resolución Directoral N° 305-2012-OEFA/DFSAI emitida por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental el 27 de setiembre de 2012, en el Expediente N° 157-09-MA/E; y el Informe N° 085-2013-OEFA/TFA/ST del 22 de marzo de 2013;

### **CONSIDERANDO:**

#### **I. Antecedentes**

1. El procedimiento administrativo sancionador se inició como consecuencia de la supervisión especial llevada a cabo del 17 al 19 de diciembre de 2009, en las instalaciones de la Unidad Minera PUCARRAJO (Zona 7), de titularidad de NYRSTAR ANCASH S.A. (en adelante, NYRSTAR ANCASH)<sup>1</sup>, ubicada en el distrito de Huallanca, provincia de Bolognesi, departamento de Ancash; en la cual se detectaron infracciones a la normativa sobre Límites Máximos Permisibles. Como producto de dicha supervisión, se elaboró el Informe de Monitoreo N° 020-SCI Y HLC-2009 (Fojas 003 a 099).
2. En la Resolución Directoral N° 305-2012-OEFA/DFSAI (Fojas 149 a 154), notificada el 27 de setiembre de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA) incluyó los siguientes cuadros que muestran los resultados obtenidos en los puntos de control E-23 y E-25:

<sup>1</sup> La empresa NYRSTAR ANCASH S.A. cuenta con Registro Único del Contribuyente N° 20383161330

Punto de Monitoreo	Parámetro	NMP según Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM/VMM	Día	Turnos	Resultado de la Supervisión
E-23	STS	50	Día 1: 17/12/09	Turno 2	54.9
				Zn	3.0 mg/l
	Turno 3	3.2922			
	Día 3: 19/12/09	Turno 1	3.9391		
		Turno 2	3.7537		
	Turno 3	3.5561			
	Fe	2.0 mg/l	Día 1: 17/12/09		
				Turno 2	6.1465
				Turno 3	2.4108
			Día 2: 18/12/09	Turno 1	3.8717
				Turno 2	4.6580
				Turno 3	4.0950
			Día 3: 19/12/09	Turno 1	3.0763
				Turno 2	4.4470
				Turno 3	4.7966

Punto de Monitoreo	Parámetro	NMP según Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM/VMM	Día	Turnos	Resultado de la Supervisión
E-25	STS	50	Día 1: 17/12/09	Turno 3	155.1
				Zn	3.0 mg/l
	Turno 2	4.9914			
	Día 2: 18/12/09	Turno 1	3.0493		
		Turno 3	3.1264		
	Día 3: 19/12/09	Turno 2	3.7303		
		Turno 3	3.7888		

3. Al respecto, la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, que aprueba los Niveles Máximos Permisibles para efluentes líquidos minero-metalúrgicos, publicada el 13 de enero de 1996, establece en su Anexo I los Niveles Máximos Permisibles de emisión para las unidades minero – metalúrgicas. Los niveles aprobados en los parámetros relevantes para el caso son:

ANEXO 1  
NIVELES MAXIMOS PERMISIBLES DE EMISION PARA  
LAS UNIDADES MINERO-METALURGICAS

PARAMETRO	VALOR EN CUALQUIER MOMENTO	VALOR PROMEDIO ANUAL
Sólidos suspendidos (mg/l)	50	25
Zinc (mg/l)	3.0	1.0
Fierro (mg/l)	2.0	1.0

4. En atención a lo previsto en la citada Resolución Ministerial, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos resolvió imponer a NYRSTAR ANCASH una multa de cien (100) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la




comisión de dos (02) infracciones, al haber excedido los Límites Máximos Permisibles, conforme se detalla a continuación:

Hecho Imputado	Norma Incumplida	Tipificación	Sanción
En el punto de control E-23, correspondiente al efluente de la relavera (descarga al pie del depósito de relaves) que descarga a la quebrada Pucarrajo, se reportaron valores para los parámetros STS, Zn y Fe que exceden los Límites Máximos Permisibles establecidos en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N°011-96-EM/VMM <sup>2</sup>	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM <sup>3</sup>	50 UIT
En el punto de control E-25, correspondiente al efluente de la descarga de bombeo por tubería de las aguas del Crucero 2000, nivel principal, a la salida de las pozas de sedimentación, que descarga a la quebrada Shahuana Tayash, se reportaron valores para los parámetros STS y Zn que exceden los Límites Máximos Permisibles establecidos en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM			50 UIT
<b>MULTA TOTAL</b>			<b>100 UIT</b>

5. Mediante escrito presentado el 11 de octubre de 2012 (Fojas 156 a 166), complementado con el escrito del 17 de octubre de 2012 (Fojas 168 a 196), NYRSTAR ANCASH interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 305-2012-OEFA/DFSAI del 27 de setiembre de 2012, sosteniendo lo siguiente:

a) Se ha vulnerado el principio de legalidad previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, por cuanto el ingeniero de la empresa supervisora no

 2. Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM - Aprueban los Niveles Máximos Permisibles para efluentes líquidos para las actividades minero-metalúrgicas, publicada el 13 de enero de 1996.-  
**Artículo 4°.- Resultados analíticos no excederán los niveles contemplados en el Anexo 1 o 2, según sea el caso.**

*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.*

 3. Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM - Aprueban escala de multas y penalidades a aplicarse por incumplimiento de disposiciones del TUO de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias, publicada el 2 de setiembre de 2000.-  
**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° 011-96-EM/VMM, N° 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. (...)*



contaba con habilitación profesional vigente a la fecha de la supervisión. Por tanto, al haberse desconocido los alcances del literal a) del artículo 1° y el artículo 4° de la Ley N° 28858 – Ley que complementa la Ley N° 16053 (Ley que autoriza a los Colegios de Arquitectos del Perú y al Colegio de Ingenieros del Perú para supervisar a los profesionales de arquitectura e ingeniería de la República<sup>4</sup>), la fiscalización ambiental realizada no resulta válida.

- b) Se ha transgredido los principios de legalidad y debido procedimiento, previstos en los numerales 1.1 y 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, así como la presunción de licitud contemplada en el numeral 9 del artículo 230° de la referida norma, al haberse sancionado a la recurrente considerando los resultados obtenidos en puntos de control no oficiales; esto es, en los puntos de control E-23 y E-25, que no cuentan con la autorización de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas.
- c) Se ha vulnerado los principios de razonabilidad y tipicidad previstos en los numerales 3 y 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, así como el requisito de validez de los actos administrativos regulado en el numeral 4 del artículo 3° de la citada norma, pues el exceso de Límites Máximos Permisibles (en adelante, LMP) no debe considerarse como sinónimo de daño ambiental. Por tanto, no debió imponerse la sanción prevista en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.
- d) Se ha vulnerado los derechos al debido procedimiento y libertad de empresa, así como el principio de presunción de licitud, al no haber permitido que se pruebe si el exceso del LMP generó o no un daño ambiental.
- e) Se ha afectado la presunción de inocencia, pues no se cuenta con evidencia científica o técnica que pruebe el menoscabo material y, por tanto, el daño ambiental. En el presente caso, es posible que se haya generado riesgo

4

**Ley N° 28858 - Ley que complementa la Ley N° 16053, Ley que autoriza a los Colegios de Arquitectos del Perú y al Colegio de Ingenieros del Perú para supervisar a los profesionales de arquitectura e Ingeniería de la República, publicada el 29 de julio de 2006.-**

**Artículo 1°.- Requisitos para el ejercicio profesional**

*Todo profesional que ejerza labores propias de Ingeniería y de docencia de la Ingeniería, de acuerdo a la Ley que autoriza a los Colegios de Arquitectos del Perú y al Colegio de Ingenieros del Perú para supervisar a los profesionales de Arquitectura e Ingeniería de la República, N° 16053, requiere poseer grado académico y título profesional otorgado por una universidad nacional o extranjera debidamente revalidado en el país, estar colegiado y encontrarse habilitado por el Colegio de Ingenieros del Perú. Son ámbitos del ejercicio profesional del ingeniero, entre otros, los siguientes:*

- a) *Las labores de realización de estudios técnicos, propuestas u ofertas técnicas, anteproyectos, esquemas técnicos, proyectos, absolución de consultas y asesorías técnicas, avalúos, peritajes, planificación y esquemas de funcionamiento de obras y servicios de ingeniería, informes técnicos, planos, mapas, cálculos, presupuestos y valuaciones con todos sus anexos, croquis, minutas, estudios preliminares y estudios definitivos; gerencias, supervisiones, inspecciones y auditorías especializadas; coordinaciones y direcciones de obras, procesos de ingeniería o sus servicios conexos; operación, mantenimiento y reparación de las mismas, incluyendo los aspectos informáticos y de sistemas, gestión de calidad, medio ambiente, estudios de impacto ambiental, entre otras. Estas labores deben ser efectuadas, firmadas y refrendadas por profesionales inscritos y hábiles en el Colegio de Ingenieros del Perú.*

(...)

**Artículo 4.- Certificado de habilitación**

*El Certificado que acredita la habilitación (Certificado de Habilidadación) será exigido a todo profesional que desempeñe cargos en actividades inherentes a la ingeniería en entidades privadas, públicas o independientes, a fin de garantizar su situación de colegiado y su habilitación para el ejercicio de la profesión.*



ambiental; sin embargo, ello se debe sancionar de acuerdo al numeral 3.1 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, pues el “daño” y “riesgo” ambiental son términos distintos.

6. Cabe agregar que, a través del citado recurso de apelación, NYRSTAR ANCASH solicitó el uso de la palabra ante el Tribunal de Fiscalización Ambiental, lo que fue concedido mediante Carta N° 018-2013-OEFA/TFA/ST del 1 de febrero de 2013, programándose dicha diligencia para el 13 de febrero de 2013, pero que no se realizó por inasistencia del administrado, conforme consta en el Acta respectiva (Foja 202).

## II. Competencia

7. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013 - Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente<sup>5</sup>, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.
8. En mérito a lo establecido en los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental<sup>6</sup>, 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.
9. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la 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 OEFA<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Decreto Legislativo N° 1013 - Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, publicado el 14 de mayo de 2008.-

**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.*

<sup>6</sup> Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 5 de marzo de 2009.-

**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.*

*(...)*

<sup>7</sup> Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 5 de marzo de 2009.-



10. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM<sup>8</sup> se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN<sup>9</sup>) al OEFA, y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de julio de 2010<sup>10</sup>, se estableció que el OEFA asumiría las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería desde el 22 de julio de 2010.
11. Por otro lado, el artículo 10° de la Ley N° 29325<sup>11</sup>, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM<sup>12</sup>, y el artículo 4° del Reglamento Interno del

#### **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES**

**PRIMERA.** 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 OEFA, así como el cronograma para la transferencia del respectivo acervo documentario, personal, bienes y recursos, de cada una de las entidades.

- <sup>8</sup> Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM – Aprueban inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA, publicado el 21 de enero de 2010.-

**Artículo 1.- Inicio del proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA**

*Apruébese 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.*

- <sup>9</sup> Ley N° 28964 - Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG, publicada el 24 de enero de 2007.-

**Artículo 18.- Referencia al OSINERGMIN**

*A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, toda mención que se haga al OSINERGMIN en el texto de leyes o normas de rango inferior debe entenderse que está referida al OSINERGMIN.*

- <sup>10</sup> Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD – Aprueban aspectos objeto de la transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería entre el OSINERGMIN y el OEFA, publicada el 23 de julio de 2010.-

**Artículo 2°.-** Determinar que la fecha en que el OEFA asumirá las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería, transferidas del OSINERGMIN será el 22 de julio de 2010.

- <sup>11</sup> Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 5 de marzo de 2009.-

**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.

(...)

- <sup>12</sup> Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, publicado el 15 de diciembre de 2009.-

**Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental**

*El Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) es el órgano encargado de ejercer funciones como última instancia administrativa del OEFA. Las resoluciones del Tribunal son de obligatorio cumplimiento, y constituyen 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:*



Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución N° 005-2011-OEFA/CD<sup>13</sup>, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

### III. Norma Procedimental Aplicable

12. Previamente al análisis de los argumentos formulados por NYRSTAR ANCASH, este órgano colegiado considera pertinente, en virtud del principio del debido procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444<sup>14</sup>, establecer la normativa procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes.
13. En tal sentido, corresponde indicar que a la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN aprobado por Resolución de Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 233-2009-OS/CD del 11 de diciembre de 2009; siendo aplicable posteriormente, el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, vigente desde el 14 de diciembre de 2012<sup>15</sup>.

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

  
13. Resolución de Consejo Directivo N° 005 -2011-OEFA/CD - Aprueban Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 21 de julio de 2011.-

**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 para 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.*

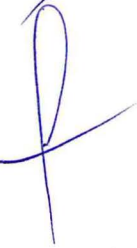
  
14. Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001.-

**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 solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

(...)

  
15. Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD – Aprueban Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 13 de diciembre de 2012.-

**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.

#### IV. Análisis

##### IV.1. Protección constitucional al ambiente

14. De acuerdo al numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú<sup>16</sup>, toda persona tiene el derecho fundamental a “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.
15. El Tribunal Constitucional ha desarrollado en recurrente jurisprudencia que el contenido esencial del citado derecho fundamental está configurado por: 1) el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado; y, 2) el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado:

*“En su primera manifestación, comporta la facultad de las personas de disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y sustantiva. La intervención del ser humano no debe suponer, en consecuencia, una alteración sustantiva de la indicada interrelación. (...) Sobre el segundo acápite, (...) entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. Evidentemente, tal obligación alcanza también a los particulares”<sup>17</sup>.*

16. Asimismo, dicho Tribunal ha señalado que, además del numeral 22 del artículo 2° de la Constitución, existe un conjunto de disposiciones de la Carta fundamental referidas a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente, denominado “Constitución Ecológica”<sup>18</sup>, de las que se deriva un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar y promover con el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo. Al respecto, ha señalado:

*“Así, en primer lugar, al ser los recursos naturales in totum, patrimonio de la Nación, **su explotación no puede ser separada del interés nacional**, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de las generaciones presentes y futuras”<sup>19</sup>. (Resaltado nuestro)*

*“(...) la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsora del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar. **La Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que***

<sup>16</sup> Constitución Política del Perú de 1993, publicada el 30 de diciembre 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.

(...)

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 4.

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de agosto de 2008, recaída en el Expediente 3610-2008-PA/TC, fundamento jurídico 33.

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 11.



**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**<sup>20</sup> (Resaltado nuestro)

17. En ese sentido, Amartya Sen advierte que: *“un medio ambiente dañado que le niegue aire limpio a las futuras generaciones (...) seguirá estando dañado sin importar cuán ricas sean esas generaciones”*<sup>21</sup>.
18. Sobre lo que implica el medio ambiente, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

*“(...) 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)”*<sup>22</sup>.

19. En esa línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente<sup>23</sup>, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.
20. 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. Es por ello que dichas medidas se encuentran contempladas en el marco jurídico que regula la protección del medio ambiente y en los instrumentos de gestión ambiental.

<sup>20</sup> Ibid. Fundamento jurídico 24.

<sup>21</sup> SEN, Amartya: *“Continuing the Conversation: Amartya Sen Talks with Bina Agarwal, Jane Humphries e Ingrid Robeyns”*. Feminist Economics N°9, 2003, p.330. Consultado el 26 de marzo de 2013: <http://csde.washington.edu/~scurran/files/readings/April28/recommended/ContinuingtheConversation.pdf> (traducción nuestra)

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 1 de abril de 2005, recaída en el Expediente 0048-2004-AI, fundamento jurídico 27.

<sup>23</sup> **Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, publicada el 15 de octubre de 2005.-**

**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.*

21. En este orden de ideas, puede afirmarse que las normas sectoriales referidas a la protección y conservación del ambiente deberán interpretarse y aplicarse dentro del marco constitucional que regula el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado.

IV.2. Sobre la habilitación para el ejercicio de la profesión de ingeniero del personal de la Empresa Supervisora Externa

22. Conforme se ha señalado en el literal a) del considerando 5 de la presente Resolución, la empresa recurrente alegó que se ha vulnerado el principio de legalidad al no haberse observado lo establecido en la Ley N° 28858, dado que el ingeniero de la empresa supervisora no se encontraba habilitado en la fecha que se realizó la supervisión.
23. Al respecto, cabe señalar que en virtud del principio de legalidad previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444<sup>24</sup>, 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.
24. Sobre el contenido del principio de legalidad, García De Enterría y Fernández han señalado lo siguiente:

*"El principio de legalidad de la Administración opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: sólo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima (en estos términos, por lo demás ya comunes, la Sentencia de 3 de enero de 1979: 'el Derecho objetivo no solamente limita la actividad de la Administración, sino que la condiciona a la existencia de una norma que permita esa actuación concreta, a la que en todo caso debe ajustarse')"*<sup>25</sup>.

25. En el procedimiento administrativo sancionador, sobre el contenido del principio de legalidad, la doctrina y jurisprudencia comparada ha señalado lo siguiente:

*"El principio de legalidad en materia sancionadora implica como garantía material la necesidad de una precisa tipificación de las conductas consideradas ilícitas y de las sanciones previstas para su castigo y como garantía formal, que dicha revisión se realice en norma con rango formal"*

<sup>24</sup> Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001.-

**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.

(...)

<sup>25</sup> GARCÍA De Enterría, E. y Fernández T, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Primera Edición Peruana. Versión Latinoamericana. Lima-Bogotá: 2006, p. 477.



de Ley; sin embargo no está excluida en esta materia toda intervención del reglamento, pues cabe que la Ley defina el núcleo básico calificado como ilícito y los límites impuestos a la actividad sancionadora y que el reglamento desarrolle tales previsiones actuando como complemento indispensable de la Ley(...)<sup>26</sup>.

26. En tal sentido, los pronunciamientos emitidos por la autoridad administrativa al interior de los procedimientos sancionadores deberán sustentarse en la debida aplicación e interpretación del conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico vigente.
27. De acuerdo a lo establecido en el literal d) del artículo 5° de la Ley N° 26734 - Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía (OSINERGMIN)<sup>27</sup>, modificada por Ley N° 28964 - Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERGMIN, a la fecha de la supervisión correspondía al OSINERGMIN el ejercicio de la función de supervisión y fiscalización de las disposiciones técnicas y legales relacionadas con la protección y conservación del ambiente aplicables a las actividades mineras.
28. Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 4° de la Ley N° 27699 - Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERGMIN)<sup>28</sup>, y la Primera Disposición Complementaria del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM<sup>29</sup>, el organismo regulador se encontraba autorizado para ejercer las citadas funciones de supervisión y fiscalización a través de empresas supervisoras, debidamente calificadas y clasificadas por dicho organismo.

<sup>26</sup> GARBERI Llobregat, J. y Butrón, Guadalupe, El Procedimiento Administrativo Sancionador, Cuarta edición. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 56.

<sup>27</sup> **Ley N° 26734 - Ley del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERGMIN).-**

**Artículo 5°.- Funciones**

Son funciones del OSINERGMIN:

(...)

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.*

(...)

<sup>28</sup> **Ley N° 27699 - Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERGMIN), publicada el 16 de abril de 2002.-**

**Artículo 4°.- Delegación de Empresas Supervisoras**

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

<sup>29</sup> **Decreto Supremo N° 054-2001-PCM – Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, publicado el 9 de mayo de 2001.-**

**DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS**

**Primera.- Empresas Supervisoras**

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



29. En atención a lo señalado, los principios, criterios, modalidades, sistemas y procedimientos relacionados al ejercicio de la función supervisora del OSINERGMIN, a la fecha de la supervisión durante la cual se detectaron los incumplimientos imputados, se encontraban regulados en el Reglamento de Supervisión de Actividades Energéticas y Mineras, aprobado por Resolución de Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 205-2009-OS/CD.
30. Al respecto, el literal e) del Rubro Personas Jurídicas del Anexo I del citado Reglamento de Supervisión de Actividades Energéticas y Mineras establece que, para acceder al Registro de Empresas Supervisoras, las personas jurídicas deben cumplir con presentar la constancia de inscripción en el colegio profesional respectivo y el certificado en el que consten las habilitaciones de su personal<sup>30</sup>.
31. En tal sentido, se advierte que durante la etapa de calificación para acceder al Registro de Empresas Supervisoras, el OSINERGMIN verificó la habilidad para el ejercicio profesional de los trabajadores de la persona jurídica postulante; lo que evidencia, en principio, que toda persona jurídica, al momento de evaluarse su inscripción como Empresa Supervisora, debe contar con personal debidamente habilitado y apto para desarrollar válidamente las labores de supervisión que le encomienda el órgano regulador.
32. Sin embargo, NYRSTAR ANCASH ha cuestionado la habilitación para el ejercicio de la profesión del Ingeniero Carlos Javier Cenzano Flores durante los días en que se desarrolló la supervisión que originó el presente procedimiento, esto es, del 17 al 19 de diciembre de 2009. Por tal motivo, en aplicación del principio de verdad material previsto en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444<sup>31</sup>, mediante Oficio N° 010-2013-OEFA/TFA/ST del 18 de enero de 2013 (Foja 198), este Tribunal Administrativo formuló consulta al Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú sobre la habilidad de dicho supervisor durante el período indicado.

  
  
<sup>30</sup> Resolución de Consejo Directivo Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería N° 205-2009-OS/CD – Reglamento de Supervisión de Actividades Energéticas y Mineras, publicado el 4 de noviembre de 2009.-

**ANEXO I  
PERSONAS JURÍDICAS**

(...)

e) *Constancia de Inscripción en el Colegio Profesional respectivo y certificado de estar habilitado para ejercer del personal que presenta, de ser el caso.*

(...)

<sup>31</sup> Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001.-

**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:*

1.11. **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.*

(...)





33. En respuesta a esa solicitud, mediante Carta N° 045-2013-/LCHA/DS/CD/CIP, del 23 de enero de 2013 (Foja 200), el Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú informó que el Ingeniero Carlos Javier Cenzano Flores se encontraba habilitado para ejercer su profesión durante todo el mes de diciembre del año 2009.

Por lo expuesto, se desestima lo alegado por la recurrente en este extremo.

#### IV.3. Sobre la toma de muestras en puntos de control no oficiales

34. Conforme se ha señalado en el literal b) del considerando 5 de la presente Resolución, la empresa recurrente sostiene que se ha vulnerado los principios de legalidad y debido procedimiento, pues alega que ha sido sancionada en mérito a los resultados obtenidos en los puntos de control E-23 y E-25, los cuales no fueron autorizados por la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas.
35. Al respecto, corresponde señalar que en aplicación del principio del debido procedimiento previsto 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, dentro de los cuales se encuentra el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.
36. En esa línea, en el marco del principio de legalidad contemplado en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, la actuación de la autoridad administrativa debe ajustarse a lo establecido en la Constitución, la ley y el derecho.
37. Asimismo, el principio de presunción de licitud contenido en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444, señala que la autoridad deberá presumir que los administrados han actuado conforme a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario<sup>32</sup>.
38. En este contexto, a efectos de imputar al titular el incumplimiento de los LMP aplicables a los parámetros recogidos en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, corresponde considerar los siguientes aspectos:
- Los resultados obtenidos del análisis de la muestra tomada serán válidos aun cuando el monitoreo se haya practicado en un punto de control no previsto en un instrumento de gestión ambiental.

<sup>32</sup>

Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001.-

**Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**



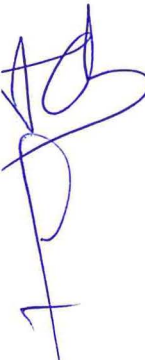
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

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

(...)

- b. Determinar que la muestra materia de análisis haya sido tomada de un flujo de agua que revista la condición de efluente, esto es, que la descarga líquida proveniente de las operaciones mineras se disponga o llegue finalmente al ambiente o sus componentes.
39. Con relación a lo señalado en el literal a) del considerando precedente, corresponde indicar que el numeral 1.4.2 de la Guía de Fiscalización Ambiental, aprobada por Resolución Directoral N° 009-2001-EM-DGGA, publicada el 25 de enero de 2001<sup>33</sup>, prevé que las empresas supervisoras se encuentran autorizadas a verificar las condiciones de los efluentes líquidos (calidad de agua) en puntos de control aprobados en los instrumentos de gestión ambiental de la empresa supervisada, así como en otros sectores críticos adicionales, cuyos resultados deben ser reportados dentro de los Informes de Supervisión.
40. Por tal motivo, durante el procedimiento de supervisión, las empresas supervisoras no solo se encuentran habilitadas a practicar muestreos en puntos de control aprobados por sus estudios ambientales, sino además en cualquier punto que consideren pertinente para asegurar el cumplimiento del objeto de la acción supervisora, esto es, verificar el cumplimiento de la obligación ambiental fiscalizable derivada del artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM. Los resultados de dichos muestreos deberán incluirse en el Informe de Supervisión respectivo.
41. En efecto, una interpretación distinta supondría admitir la imposibilidad de verificar el cumplimiento de los LMP en efluentes minero-metalúrgicos no previstos en estudios ambientales, pese a ser detectados durante las acciones de supervisión, y, por tanto, tolerar el incumplimiento de la normativa ambiental; no obstante la obligación de los titulares mineros conforme a lo establecido en el numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley N° 28611<sup>34</sup>. Por tanto, carece de sustento lo alegado por NYRSTAR ANCASH sobre el particular.
42. De otro lado, en cuanto a lo expuesto en el literal b) del considerando 38 de la presente Resolución, cabe indicar que de acuerdo a los literales a) y b) del artículo

---

<sup>33</sup> Resolución Directoral N° 009-2001-EM-DGAA- Aprueba la Guía de Fiscalización Ambiental y Guía de Manejo y Transporte de Concentrados Minerales, publicada el 25 de enero de 2001.-

**1.4.2 Normas Ambientales de Nivel Sectorial**

(...)

**Sub Sector Minero**

(...)

La Resolución Directoral 157-99-EM/DGM del 18 de octubre de 1999, establece que las empresas de auditoría e inspectoría deben cumplir con verificar mediante monitoreo las condiciones de efluentes líquidos (calidad de agua) y emisiones (calidad de aire) en estaciones de monitoreo aprobados en el PAMA y/o EIA, así como de los sectores críticos no contemplados en los documentos antes referidos, los que serán reportados con los resultados de los análisis correspondientes en los informes de fiscalización semestral.

(...)

<sup>34</sup> Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, publicada el 15 de octubre de 2005.-

**Artículo 7.- Del carácter de orden público de las normas ambientales**

7.1 Las normas ambientales, incluyendo las normas en materia de salud ambiental y de conservación de la diversidad biológica y los demás recursos naturales, son de orden público. Es nulo todo pacto en contra de lo establecido en dichas normas legales.

(...)



13° de la Resolución Ministerial N°011-96-EM/VMM<sup>35</sup>, constituye efluente minero-metalúrgico todo flujo descargado al ambiente proveniente de cualquier labor, excavación o trabajo efectuado en el terreno, o de cualquier planta de tratamiento de aguas residuales asociadas con labores, excavaciones o trabajos efectuados dentro de los linderos de la Unidad Minera, así como aquel proveniente de los depósitos de relaves.

43. Sobre el particular, de acuerdo al Cuadro N° 3.1: Ubicación Geográfica y Descripción de los Puntos de Monitoreo del Punto 3 (Foja 9), del Informe de Monitoreo N° 020-SCI y HLC-2009, y el Acta de Monitoreo Ambiental de Efluentes Minero Metalúrgicos y Recursos Hídricos en la región Ancash (Fojas 19 a 21), el flujo líquido monitoreado en el **punto de control E-23** proviene de la relavera ubicada en las instalaciones de la Unidad PUCARRAJO, que descarga a la quebrada PUCARRAJO; mientras que el flujo monitoreado en el **punto de control E-25**, corresponde al agua de la mina Crucero 2000, que descarga a la quebrada SHAHUANA-TAYASH. Por tanto, ambos flujos se caracterizan como efluentes líquidos minero-metalúrgicos, de acuerdo con los términos descritos en los literales a) y b) del artículo 13° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, debiendo considerarse como válida la toma de muestras y resultados obtenidos en los mencionados puntos.
44. En tal sentido, no se ha producido vulneración alguna de los principios de legalidad, debido procedimiento y presunción de licitud, invocados por la apelante, correspondiendo desestimar lo alegado en este extremo.

IV.4. Respecto a la configuración del daño ambiental como consecuencia del exceso de LMP

45. Conforme se ha señalado en los literales c), d) y e) del considerando 5 de la presente Resolución, la empresa recurrente ha alegado que se ha vulnerado los principios de razonabilidad, tipicidad, debido procedimiento y presunción de licitud, así como los derechos a la libertad de empresa y la presunción de inocencia, al haber considerado el exceso de LMP como una infracción grave.
46. Cabe indicar que, de acuerdo al principio de razonabilidad, descrito en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444<sup>36</sup>, las decisiones de la

<sup>35</sup> Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM - Aprueban los niveles máximos permisibles para efluentes líquidos minero - metalúrgicos, publicada el 13 de enero de 1996.-

**Artículo 13°.-** Para efectos de la presente Resolución Ministerial se tomará en consideración las siguientes definiciones:

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

- a) De cualquier labor, excavación o trabajo efectuado en el terreno, o de cualquier planta de tratamiento de aguas residuales asociadas con labores, excavaciones o trabajos efectuados dentro de los linderos de la Unidad Minera.
- b) De depósitos de relaves u otras instalaciones de tratamiento que produzcan aguas residuales.
- (...)

<sup>36</sup> Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001.-

**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:
- (...)



autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida, manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

47. Asimismo, el principio de razonabilidad es considerado uno de los principios de la potestad sancionadora administrativa, regulado en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, mediante el cual se dispone que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción<sup>37</sup>.
48. Por su parte, el principio de tipicidad regulado en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, establece que sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas en normas con rango de ley, sin admitir interpretación extensiva o análoga<sup>38</sup>.
49. A su vez, sobre el contenido del principio de tipicidad, Morón Urbina ha señalado que el mandato de tipificación derivado del citado principio resulta aplicable no sólo para el legislador al momento de redactar el ilícito, sino también para la autoridad administrativa cuando instruye un procedimiento sancionador y debe realizar la subsunción de una conducta en los tipos legales existentes<sup>39</sup>.

---

**1.4. Principio de razonabilidad.-** Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

(...)

37

Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001.-

**Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

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

(...)

**3. Razonabilidad.-** Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

(...)

38

Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001.-

**Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

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

(...)

**4. Tipicidad.-** Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.



(...)

39

Véase MORÓN URBINA, Ob. cit. p. 709.



50. En efecto, corresponde a la Administración Pública verificar la ocurrencia y correcta adecuación de los hechos a la descripción típica de la infracción imputada, rechazándose toda interpretación extensiva o aplicación analógica de la norma tipificadora, toda vez que ello resultaría contrario a derecho, dado que implicaría sancionar conductas que no se encuentran calificadas como ilícitas.
51. Asimismo, como se ha señalado, el principio de presunción de licitud previsto en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444, establece que las entidades deben presumir que los administrados han actuado conforme a sus deberes, mientras no cuenten con evidencia en contrario.
52. En este contexto, NYRSTAR ANCASH cuestiona que el incumplimiento de los LMP<sup>40</sup> constituya la infracción grave prevista en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, por la cual ha sido sancionada, sosteniendo que su accionar no ha generado un daño ambiental. En tal sentido, resulta importante en este procedimiento determinar los alcances de la categoría “**daño ambiental**”.
53. Al respecto, el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611<sup>41</sup> 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 potenciales**<sup>42</sup>.
54. De acuerdo a lo indicado, la definición de daño ambiental prevista en la Ley N° 28611 recoge dos elementos de importancia:
- a) El daño ambiental debe importar un menoscabo material al ambiente y/o a alguno de sus componentes.
  - b) El referido menoscabo material debe generar efectos negativos, que pueden ser **actuales o potenciales**.


  
  
<sup>40</sup> Al respecto, cabe indicar que la doctrina considera que “[e]l LMP es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y/o biológicos que caracterizan a un efluente o a una emisión, que al ser expedida causa o puede causar daño a la salud, al bienestar humano y al ambiente. (...) Los LMP sirven para el control y fiscalización de los agentes que producen efluentes y emisiones, a efectos de establecer si se encuentran dentro de los parámetros considerados inocuos para la salud, el bienestar humano y el ambiente. Excederlos acarrea responsabilidad administrativa, civil o penal, según el caso”. Véase: ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*. Lima: IUSTITIA 2011, p. 458.


  
<sup>41</sup> Ley N° 28611 – Ley General del Ambiente, publicada el 15 de octubre de 2005.-  
**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.

<sup>42</sup> Sobre el concepto de daño ambiental, la doctrina sostiene 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”. Véase: BIBILONI, Héctor Jorge. “El proceso ambiental”. Buenos Aires: LexisNexis, 2005. p. 86 – 87.

55. Con relación al primer elemento, referido al menoscabo material, cabe señalar que ello involucra toda afectación<sup>43</sup> al ambiente que se produce, por ejemplo, al emitir sustancias contaminantes que deterioran la calidad física o química de alguno o varios de los elementos del ambiente, alterando su estado natural en mayor o menor medida.
56. A su vez, el segundo elemento hace referencia a que en la configuración del daño ambiental no es indispensable que los efectos negativos del menoscabo material producido en el ambiente sean actuales, sino que resulta suficiente que dichos efectos negativos sean potenciales<sup>44</sup>, entendiendo como potencial aquello que puede suceder o existir<sup>45</sup>.
57. Tal como señala Sánchez Yaringaño *"el efecto negativo del daño ambiental no necesariamente debe ser inmediato y actual, sino que puede ser potencial y futuro. Al respecto, es necesario distinguir entre causas y efectos. De acuerdo a la Ley, solamente los efectos pueden ser actuales o potenciales, las causas que generan esos efectos sí tienen que verificarse en la realidad (...) a través de los métodos propios de la ciencia y de la tecnología"*<sup>46</sup>.
58. En tal sentido, el menoscabo material se configura frente a toda acción u omisión, que altere, trastorne o disminuya algún elemento constitutivo del ambiente<sup>47</sup>; mientras que lo potencial son los efectos negativos de ese menoscabo, es decir, la probabilidad futura en grado de verosimilitud de que ocurran dichos efectos negativos.
59. De acuerdo con lo establecido en el numeral 32.1 del artículo 32° de la Ley N° 28611, el LMP *"es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos que caracterizan a un efluente o una emisión, que **al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente (...)**"*<sup>48</sup> (Resaltado nuestro).

 43 SANCHEZ YARINGAÑO, Gadwyn. "El principio de responsabilidad ambiental y su aplicación por la administración pública en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores: Una perspectiva crítica". Lima: Themis XXXV N°58, 2010. p. 279.

 44 En esa línea, Peña Chacón sostiene que "[d]e esta forma, se rompe con uno de los elementos característicos del derecho de daños, por el cual este 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". Véase: PEÑA CHACÓN, Mario. "Daño Ambiental y Prescripción". Consultado el 18 de febrero de 2013 [http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/19/06\\_mario\\_penia\\_chacon.html](http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/19/06_mario_penia_chacon.html)

 45 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

 46 SANCHEZ YARINGAÑO, Gadwyn. Ibid. loc. cit.

 47 Al respecto, ver considerando 19 de la presente Resolución.



 48 Ley N° 28611 – Ley General del Ambiente, publicada el 15 de octubre de 2005.-

Artículo 32°.- Del Límite Máximo Permisible.-

(...)

32.1 *El Límite Máximo Permisible - LMP es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos que caracterizan a un efluente o una emisión, que **al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente. Su determinación corresponde al Ministerio del Ambiente. Su cumplimiento es exigible legalmente por el Ministerio del***



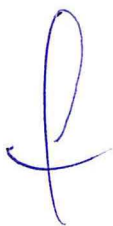
60. Por ello, si una empresa excede los LMP, causa o puede causar un daño que, de acuerdo con la definición del numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611 desarrollada en los considerando 53 al 59 de la presente Resolución, constituye daño ambiental. En este caso, el menoscabo material se verifica mediante la debida comprobación del exceso de los LMP, es decir, la superación de los niveles tolerables de descargas al ambiente respecto de un determinado parámetro; mientras que, los efectos negativos de tal menoscabo material pueden ser actuales o potenciales.
61. De lo expuesto, se tiene que el exceso de los LMP implica la existencia de daño ambiental; y, por tanto, configura la infracción grave prevista en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM<sup>49</sup>, referida a la generación de daño al ambiente<sup>50</sup>.
62. En este contexto, en el presente caso se evidencia que la empresa recurrente ha generado daño ambiental al haber excedido los LMP aplicables a los parámetros Fe, Zn y STS, tal como ha quedado acreditado en el Informe de Ensayo con Valor Oficial N° 1211417L/09-MA del 29 de diciembre de 2009 (Fojas 32 a 34), el Informe de Ensayo con Valor Oficial N° 1211409L/09-MA del 29 de diciembre de 2009 (Fojas 36 y 37), el Informe de Ensayo con Valor Oficial N° 1211453L/09-MA del 30 de diciembre de 2009 (Fojas 39 y 40) y, el Informe de Ensayo con Valor Oficial N° 1211459L/09-MA del 30 de diciembre de 2009 (Fojas 42 a 44) elaborados por el laboratorio acreditado INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C.
- 
63. En consecuencia, siguiendo lo señalado en los considerandos 52 al 62 de la presente Resolución, la empresa recurrente ha incurrido en la comisión de la infracción grave prevista en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM al haber excedido los LMP permitidos; y, por tanto, no se ha vulnerado los principios de razonabilidad, tipicidad, debido procedimiento y presunción de licitud, así como la presunción de inocencia alegados por la recurrente.
- 
64. El análisis realizado en el presente caso guarda coherencia y uniformidad con las reiteradas resoluciones que este Tribunal ha emitido sobre la comisión de infracciones graves, al haberse excedido los LMP; estableciéndose que el exceso de los LMP genera daño al ambiente, según la definición de daño del numeral 142.2 del artículo 142 de la Ley General del Ambiente.

Por tal motivo, corresponde desestimar este argumento de la apelante.


---

*Ambiente y los organismos que conforman el Sistema Nacional de Gestión Ambiental. Los criterios para la determinación de la supervisión y sanción serán establecidos por dicho Ministerio.*

(...)  
(Resaltado nuestro)



<sup>49</sup> Ver nota a pie de página 3.



<sup>50</sup> Resulta pertinente precisar que en el Decreto Supremo 007-2012-MINAM publicada el 10 de noviembre de 2012, que aprueba el Cuadro de Tipificación de Infracciones Ambientales y Escala de Multas y Sanciones aplicables a la Gran y Mediana Minería respecto de Labores de Explotación, Beneficio, Transporte y Almacenamiento de Concentrados de Minerales; se establece expresamente que el incumplimiento de los LMP constituye una infracción muy grave y, por tanto, que la sanción pecuniaria aplicable puede ser de hasta 10 000 UIT.



#### IV.5 Publicación de la presente Resolución

65. Este Tribunal considera que el pronunciamiento emitido a través de la presente Resolución contiene y desarrolla criterios de importancia en materia de competencia del OEFA. Por tanto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, y modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 014-2012-OEFA/CD, corresponde disponer la publicación de la presente Resolución en el diario oficial El Peruano<sup>51</sup>.

Teniendo en cuenta los considerandos expuestos, y de conformidad con lo establecido 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 la Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 014-2012-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 NYRSTAR ANCASH S.A. contra la Resolución Directoral N° 305-2012-OEFA/DFSAI del 27 de setiembre 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 cien (100) 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 NYRSTAR ANCASH S.A y **REMITIR** el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines correspondientes.

**Artículo cuarto.- DISPONER** la publicación de la presente Resolución en el diario oficial El Peruano, de conformidad con lo establecido en el tercer párrafo del Artículo 4° de la

<sup>51</sup>

Resolución de Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD - Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, publicada el 21 de julio de 2011, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 014-2012-OEFA/CD, publicada el 22 de diciembre de 2012.-

**Artículo 4°.- Competencia del Tribunal**

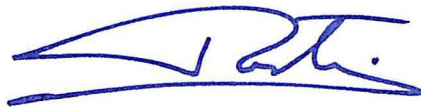
(...)

Los pronunciamientos de la Sala Plena del Tribunal son de obligatorio cumplimiento y constituyen precedentes administrativos de observancia obligatoria en materia ambiental siempre que esto se señale en la misma resolución debidamente sustentada, debiendo ser publicada de acuerdo a las normas correspondientes en el diario oficial El Peruano y en el portal institucional del OEFA. Asimismo, el Tribunal podrá disponer la publicación en el diario oficial El Peruano de las resoluciones que contengan o desarrollen criterios de importancia en materia de competencia del OEFA. (Resaltado nuestro)



Resolución de Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 014-2012-OEFA/CD del 21 de diciembre de 2012.

Regístrese, comuníquese y publíquese.



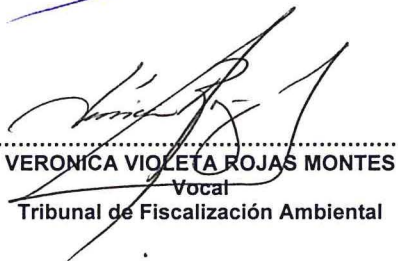
.....  
**LENIN WILLIAM POSTIGO DE LA MOTTA**  
Presidente  
Tribunal de Fiscalización Ambiental



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



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



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



.....  
**HECTOR ADRIÁN CHAVARRY ROJAS**  
Vocal  
Tribunal de Fiscalización Ambiental

