

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 202-2012-OEFA/TFA

Lima, 09 OCT. 2012

VISTO:

El Expediente N° 1668026-MEM que contiene el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA RAURA S.A. (en adelante, RAURA) contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 006542 de fecha 18 de febrero de 2010 y el Informe N° 207-2012-TFA/ST de fecha 25 de setiembre de 2012;

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 006542 de fecha 18 de febrero de 2010 (Fojas 477 a 482), notificada con fecha 23 de febrero de 2010, la Gerencia General del OSINERGMIN impuso a RAURA una multa de cien (100) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por la comisión de dos (02) infracciones; conforme se detalla a continuación¹:

HECHO IMPUTADO	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
En el punto de control E-14/15 (Salida), correspondiente al efluente proveniente del tanque séptico Imhoff, que descarga a la laguna Santa Ana, se reportó un valor de 56 mg/L para el parámetro STS,	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ²	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ³	50 UIT

¹ Corresponde precisar que de acuerdo al artículo 3° de la parte resolutive de la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 006542 de fecha 18 de febrero de 2010, se dispuso el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador en el siguiente extremo referido a la infracción al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, por incumplimiento del Límite Máximo Permisible aplicable al parámetro STS, en el punto de control E-13.

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

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

ANEXO 1

que excede el Límite Máximo Permisible establecido en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM		
En el punto de control E-17 (Salida), correspondiente al efluente proveniente del desagüe del campamento Tinquicocha, que descarga a la laguna Tinquicocha, se reportó un valor de 90 mg/L para el parámetro STS, que excede el Límite Máximo Permisible establecido en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM		50 UIT
MULTA TOTAL		100 UIT

Asimismo, a través del artículo 2° de la parte resolutive de la citada resolución, la Gerencia General del OSINERGMIN, en aplicación del inciso B4.b del artículo 48° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM⁴, impuso a

ANEXO 1		
NIVELES MAXIMOS PERMISIBLES DE EMISION PARA LAS UNIDADES MINERO-METALURGICAS		
PARAMETRO	VALOR EN CUALQUIER MOMENTO	VALOR PROMEDIO ANUAL
ph	Mayor que 6 y Menor que 9	Mayor que 6 y Menor que 9
Sólidos suspendidos (mg/l)	50	25
Plomo (mg/l)	0.4	0.2
Cobre (mg/l)	1.0	0.3
Zinc (mg/l)	3.0	1.0
Hierro (mg/l)	2.0	1.0
Arsénico (mg/l)	1.0	0.5
Cianuro total (mg/l) *	1.0	1.0

* CIANURO TOTAL, equivalente a 0.1 mg/l de Cianuro Libre y 0.2 mg/l de Cianuro fácilmente disociable en ácido.

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

**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. (...)

4 DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO DE PROTECCION AMBIENTAL PARA LAS ACTIVIDADES MINERO-METALURGICAS.

Artículo 48°.- Cuando los titulares de actividad minera, salvo por caso fortuito o fuerza mayor, incumplan el PAMA aprobado, la Dirección General de Minería se sujetará a lo siguiente:
(...)

B. Incumplimiento al término del plazo previsto

1. Dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de vencimiento del PAMA, el fiscalizador externo designado para el programa de fiscalización anual correspondiente presentará a la Dirección General de Minería un informe de auditoría ambiental, en el que señalará el grado de cumplimiento de los compromisos asumidos en el PAMA y de los niveles máximos permisibles en las emisiones y/o vertimientos.

RAURA la obligación de presentar el Plan de Cese de Proceso / Instalación del Proyecto N° 2 "Sistema de Colección y Tratamiento de Desagües" del Programa de Adecuación y Manejo Ambiental –PAMA para la Unidad RAURA, aprobado por Resolución Directoral N° 271-97-EM/DGM de fecha 01 de agosto de 1997, dentro del plazo máximo de cuatro (04) meses de notificada.

2. Mediante escrito de registro N° 1322248 presentado con fecha 16 de marzo de 2010 (Fojas 485 a 525), complementado con escrito de registro N° 2012-E01-019081 de fecha 07 de setiembre de 2010 (Fojas 585 a 620), RAURA interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería- OSINERGMIN N° 006542 de fecha 18 de febrero de 2010, bajo los siguientes fundamentos:
 - a) Se han vulnerado los Principios de Tipicidad, Presunción de Licitud y Verdad Material, regulados en los numerales 4 y 9 del artículo 230° y 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, respectivamente, toda vez que se ha sancionado a RAURA por una supuesta infracción grave cuando no se ha acreditado la existencia de un daño ambiental ni que éste haya sido causado como consecuencia de la infracción, más aun cuando se ha omitido la realización de un análisis de los cuerpos receptores.
 - b) El incumplimiento de los Límites Máximos Permisibles (en adelante, LMP) no resulta suficiente para demostrar la existencia de un daño ambiental, por lo que de acreditarse los hechos imputados debe aplicarse la sanción prevista en el numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.
 - c) Se ha transgredido el Principio de Causalidad previsto en el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444, pues no se ha establecido la relación de causalidad entre la calidad de los efluentes donde se detectaron los

2. Dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la recepción del informe referido en el inciso anterior, en caso de no haberse cumplido con los compromisos asumidos en el PAMA y con los niveles máximos permisibles de emisiones y/o vertimientos, la Dirección General de Minería:

a. Aplicará una multa según la Escala de Multas y Penalidades, teniendo en cuenta el porcentaje de atraso físico en la ejecución del PAMA, con un máximo de 75 UIT.

b. Requerirá al titular para que, dentro del plazo máximo de doce (12) meses, dentro del cronograma previamente presentado a la Dirección General de Asuntos Ambientales y una vez aprobado el mismo, cumpla con adecuarse a los niveles máximos permisibles de emisiones y/o vertimientos y con los compromisos asumidos en el PAMA. En el caso de proyectos que, por su envergadura y complejidad, requiriesen de un tiempo adicional, debidamente fundamentado, el plazo del PAMA podrá extenderse hasta un máximo de dieciocho (18) meses, según lo determine y apruebe la Dirección General de Asuntos Ambientales. En el caso de Proyectos Integrales se seguirá el procedimiento establecido en los Artículos 56°, 57° y 58° del presente Reglamento.

En el caso de actividades mineras que incluyen procesos de fundición, sinterización y/o refinación el plazo máximo del PAMA no excederá de ciento veinte (120) meses.

3. Dentro de los dos (2) meses de vencido el plazo indicado en el párrafo anterior, el fiscalizador externo designado para el programa de fiscalización anual correspondiente, presentará a la Dirección General de Minería un informe de auditoría ambiental en el que señalará el cumplimiento o no de los niveles máximos permisibles en las emisiones y/o vertimientos e indicará el porcentaje acumulado de avance físico de los compromisos asumidos en el PAMA.

4. Dentro de los treinta (30) días calendario con posterioridad al informe referido en el párrafo anterior, en caso que el informe de fiscalización indique que no se ha cumplido con lo dispuesto en el inciso B2.b. anterior, la Dirección General de Minería:

a. Aplicará una multa equivalente al doble de la indicada en el inciso B.2.a. anterior, considerando la variación del porcentaje de atraso físico en la ejecución del PAMA si ello hubiera ocurrido.

b. Requerirá al titular para que, en el plazo máximo de cuatro (4) meses, presente un Plan de Cese de Proceso/Instalación por Incumplimiento del PAMA, sin perjuicio de continuar realizando acciones orientadas a cumplir con los niveles máximos permisibles hasta la paralización de las operaciones.

incumplimientos de LMP y el supuesto menoscabo material y los efectos negativos.

- d) El exceso de STS detectado en la supervisión se debió a la presencia de aguas de escorrentía que ingresaban sin control a los sistemas de tratamiento, las mismas que presentaban sedimentos.
- e) No se ha aplicado correctamente el numeral B4.b del artículo 48° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, pues se ha requerido la presentación de un Plan de Cese de Proceso / Instalación sin haber conferido a RAURA un plazo para que cumpla con adecuarse a los LMP.

En ese sentido, la apelante precisa que el plazo adicional otorgado en el 2003, está referido al Proyecto PAMA "Tajo Niño Perdido" y no al Proyecto "Sistema de Colección y Tratamiento de Desagües", cuyo incumplimiento es materia de imputación.

- f) El Plan de Cese no resulta aplicable pues RAURA ha cumplido físicamente con ejecutar el 100% de sus proyectos PAMA.

En ese sentido, la impugnante agrega que una excedencia de LMP refleja una no conformidad instantánea que por sí sola no resulta suficiente para concluir si una instalación o sistema viene o no cumpliendo sus objetivos.

- g) Como consecuencia de los excesos de STS detectados el 2006, RAURA implementó mejoras significativas que han permitido optimizar el funcionamiento de los sistemas de tratamiento lo cual ha conllevado a obtener resultados que mantienen sostenidamente el cumplimiento del PAMA.
- h) Solicitar el cese del Proyecto "Sistema de colección y Tratamiento de desagües" es una medida que carece de razonabilidad y atenta contra la protección ambiental y la higiene de las operaciones mineras, pues éste fue concebido como un mecanismo de control de las aguas servidas generadas por los campamentos de la unidad minera RAURA.

De cesarse las operaciones de dichas instalaciones las aguas servidas irían directamente al ambiente, lo cual resulta inviable.

- i) Mediante Carta N° GG/030/2010 de fecha 16 de febrero de 2010, RAURA solicitó una nueva inspección para la verificación del adecuado funcionamiento del sistema de aguas residuales domésticas a efectos que la autoridad valide el cumplimiento del Proyecto "Sistema de colección y Tratamiento de desagües", lo que no ha sido atendido a la fecha.
- j) Mediante Informe N° GFM-447-2010 de fecha 21 de julio de 2010, el OSINERGMIN concluyó que no resulta necesario mantener vigente la obligación de presentar el Plan de Cese; posición que comparte la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas en el Informe N° 889-

2010-MEM-DG-DTM, lo que se sustenta en la aplicación del artículo 54° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM.

Asimismo, la apelante señala que no ha presentado su Plan de Cese de Proceso/Instalación porque la resolución que ordena su presentación se encuentra impugnada.

3. Mediante Oficio N° 442-2010-OS-GFM notificado con fecha 29 de marzo de 2010 (Foja 526), la Gerencia General del OSINERGMIN comunicó a RAURA que los documentos presentados conjuntamente con su recurso de reconsideración, mediante escrito de registro N° 1322248, no tenían la condición de nueva prueba por referirse a hechos posteriores a la fiscalización; por lo que en aplicación, entre otros, de los artículos 11° y 213° de la Ley N° 27444, correspondía calificar el mismo como uno de apelación.
4. A través del escrito de registro N° 1355290 presentado con fecha 24 de mayo de 2010, RAURA cuestiona el contenido del Oficio N° 442-2010-OS-GFM, solicitando se admita como nueva prueba la documentación remitida conjuntamente con su recurso de reconsideración, presentado mediante escrito de registro N° 1322248, al considerar que la legislación peruana no establece limitaciones de carácter temporal que restrinjan la presentación de nueva prueba.

A su vez, añade que el artículo 208° de la Ley N° 27444, sólo exige la presentación de nueva prueba conjuntamente con el recurso de reconsideración, sin calificar si resulta necesario que la misma se haya generado antes, durante o después de ocurridos los hechos imputados.

5. Mediante el Segundo Otrosí del escrito de registro N° 1322248 presentado con fecha 16 de marzo de 2010, RAURA solicitó el uso de la palabra, el mismo que fue concedido mediante Decreto N° 029-2012-OEFA/TFA notificado con fecha 29 de agosto de 2012 (Foja 555), diligencia programada para el 07 de setiembre de 2012; habiéndose llevado a cabo la misma con intervención de sus representantes, según consta del Acta de Asistencia en la Audiencia de Informe Oral (Foja 621).

Competencia

6. 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).
7. 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.

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.

8. 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.
9. 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 OSINERGMIN al OEFA; y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, publicada el 20 de julio de 2010, se estableció el 22 de julio de 2010 como fecha efectiva de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería del OSINERGMIN al OEFA.
10. De otro lado, 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

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.

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.

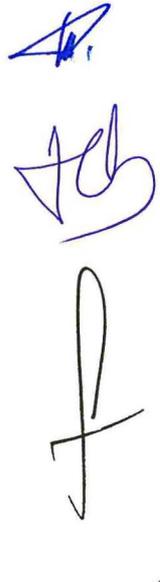
⁹ **DECRETO SUPREMO N° 022-2009-MINAM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL OEFA.**

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:



4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD¹⁰, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

Sobre la calificación del recurso administrativo

11. Al respecto, corresponde señalar que de conformidad con el artículo 208° de la Ley N° 27444¹¹, el recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba.

Sobre el particular, este Tribunal Administrativo considera que el empleo de dicho medio impugnatorio debe fundamentarse en un hecho cierto, acreditado a través de un medio probatorio nuevo, el mismo que no debe haber sido materia de revisión por parte del órgano sancionador y cuya valoración justificaría un cambio de criterio por parte dicha autoridad.

En ese mismo sentido, MORÓN URBINA indica que la interposición del recurso de reconsideración debe fundarse en un hecho tangible o circunstancia no evaluada con anterioridad dentro del procedimiento, soportada en una nueva prueba instrumental¹²:

“Precisamente para nuestro legislador no cabe la posibilidad que la autoridad instructora pueda cambiar el sentido de su decisión con solo pedírsele, pues se estima que dentro de una línea de actuación responsable el instructor ha emitido la mejor decisión que a su criterio cabe en el caso concreto y que ha aplicado la regla jurídica que estima idónea. Por ello, perdería seriedad pretender que pueda modificarlo con tan solo un nuevo pedido o una nueva argumentación sobre los mismo hechos. Para habilitar la posibilidad del cambio de criterio, la ley exige que se presente a la

-
- 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.
 - 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.

¹⁰ **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 005 -2011-OEFA/CD. REGLAMENTO INTERNO DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.**

Artículo 4°.- Competencia del Tribunal

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

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

Artículo 208°.- Recurso de Reconsideración

El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación.

¹² **MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Séptima Edición, Gaceta Jurídica. Lima, 2008.**

autoridad un hecho tangible y no evaluado con anterioridad, que amerite la reconsideración.”

Dicho esto, deviene válido concluir que el medio probatorio presentado en calidad de “nueva prueba” no debe referirse a hechos ocurridos con posterioridad a aquellos durante los cuales se detectaron los incumplimientos sancionados, pues ello no significaría una nueva revisión del razonamiento del órgano sancionador sino un nuevo pronunciamiento sustentado en hechos no ocurridos y, por tanto, no relacionados a aquellos que fueron materia de imputación al interior del procedimiento sancionador.

En ese sentido, considerando que el medio probatorio presentado por RAURA conjuntamente con su denominado recurso de reconsideración consiste en los “Resultados de los Monitoreos efectuados en los meses de Setiembre de 2009 y Febrero de 2010 en los puntos de control E-14/15_(Salida) y E-17_(Salida) (fojas 495 a 512)”, se constata que éste se refiere a hechos ocurridos con posterioridad a la supervisión realizada del 19 al 22 de diciembre de 2006, durante la cual se detectaron las infracciones imputadas, razón por la cual no tiene la condición de “nueva prueba”.

En consecuencia, se advierte que el pronunciamiento contenido en el Oficio N° 442-2010-OS-GFM, a través del cual Gerencia General del OSINERGMIN calificó el medio impugnatorio presentado mediante escrito de registro N° 1322248, como uno de apelación en aplicación de los artículos 11° y 213° de la Ley N° 27444, deviene válido; por lo que corresponde a este Órgano Colegiado emitir pronunciamiento sobre el mismo.

Norma Procedimental Aplicable

12. Antes de realizar el análisis de los argumentos formulados por RAURA, 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 intervinientes¹³.
13. En tal sentido, siendo que a la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 640-2007-OS-CD, corresponderá observar el contenido normativo de dicho cuerpo legal.

Análisis

Protección constitucional al ambiente

¹³ 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.

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

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”¹⁴.

Ahora bien, a efectos de establecer el contenido del indicado derecho constitucional, conviene explicar aquello que se entiende por “ambiente”, por tratarse de un concepto consustancial al mismo. Al respecto, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 0048-2004-AI, en su Fundamento N° 27, señaló lo siguiente¹⁵:

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

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

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

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

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

¹⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

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

¹⁵ 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>

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 otros¹⁶.

Ahora bien, habiéndose precisado el concepto de ambiente, cabe señalar que de acuerdo a lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, el derecho fundamental previsto en el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política se encuentra integrado por¹⁷:

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

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

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

"Para el presente caso, interesa resaltar que la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsora del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar. La Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de


¹⁶ 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 RETREPO:

"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.


¹⁷ 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>

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 configuración de daño ambiental por exceso de LMP y la vulneración de los Principios Tipicidad, Presunción de Licitud y Verdad Material

15. Con relación a lo alegado en los literales a) y b) del numeral 2, resulta oportuno indicar que el Principio de Tipicidad regulado en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, impone a la Administración, entre otros, el deber de realizar una adecuada subsunción de los hechos a la descripción típica de la infracción imputada, rechazándose la interpretación extensiva o aplicación analógica de la norma tipificadora¹⁸.

Asimismo, en aplicación de los Principios de Verdad Material y Presunción de Licitud, regulados en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar y numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444, los pronunciamientos que emiten las entidades al interior de los procedimientos administrativos sancionadores sólo podrán sustentarse en aquellos hechos que se encuentren debidamente probados, siendo que la ausencia de evidencia sobre su comisión deberá favorecer al administrado, presumiéndose el cumplimiento de la obligación ambiental fiscalizable respectiva¹⁹.

En este contexto normativo, considerando que RAURA cuestiona la configuración del daño ambiental como consecuencia del incumplimiento de los LMP, el mismo que constituye elemento normativo de la infracción grave tipificada en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N°

¹⁸ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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.

¹⁹ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo IV.- Principios del procedimiento 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.

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.

353-2000-EM/VMM, resulta de vital importancia determinar los alcances de la categoría "daño ambiental", en este supuesto²⁰.

Al respecto, el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611²¹, 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 potenciales²².

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

²⁰ 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.

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.

²¹ 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.

²² 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>

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 potenciales²³. 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 nocivos²⁴.

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/VMMM, 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 LMP²⁵.

Por lo expuesto, los excesos de los LMP aplicables al parámetro de STS reportados en los puntos de control E-14/15_(Salida) y E-17_(Salida) configuran la situación de daño ambiental definida en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, excesos de LMP que se encuentran acreditados con los resultados contenidos en el Informe de Ensayo con Valor Oficial N° 01844-06 de

²³ En esa línea, es importante citar a Mario Peña cuando sostiene:

"De esta forma, se rompe con uno de los elementos característicos del derecho de daños, por el cual, éste debe ser siempre cierto, efectivo, determinable, evaluable, individualizable y no puramente eventual o hipotético, pues, 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/gimadus/19/06_mario_penia_chacon.html

²⁴ 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.

²⁵ 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.

fecha 08 de enero de 2007, emitido por el Laboratorio acreditado LABECO ANÁLISIS AMBIENTALES S.R.L. (Foja 157), cuyos resultados se presentan en el cuadro detalle del numeral 1 de la presente resolución.

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

Habiéndose acreditado el exceso del LMP aplicable al parámetro STS; y por tanto, configurado la situación de daño ambiental, se ha producido la infracción tipificada en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, la que es de naturaleza grave, razón por la cual correspondía aplicar la sanción prevista en dicho tipo legal y no aquella prevista en el numeral 3.1 del punto 3 de dicha Resolución Ministerial como pretende la apelante, quedando desvirtuada la presunción de licitud a su favor, a que se refiere el principio regulado en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

En esta misma línea, con relación a la observancia de los Principios de Verdad Material y Tipicidad previstos en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar y el numeral 4 del artículo 230° de la citada Ley, es preciso señalar que el ilícito administrativo tipificado en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, prevé 02 (dos) elementos como parte de su supuesto de hecho:

- a) Incumplimiento del artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, por exceso de LMP.
- b) El exceso de los LMP detectados durante la supervisión configuren un daño al ambiente.

Al respecto, se debe considerar lo expuesto en el décimo y décimo segundo párrafos del presente numeral, de los cuales se advierte que contrariamente a lo alegado por RAURA, al interior del procedimiento sancionador sí se verificó la configuración de los citados componentes del supuesto de hecho; correspondiendo precisar que no resulta exigible la probanza sobre la gravedad de manera adicional a la categorización que viene dada a nivel normativo por la propia Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, como consecuencia del daño ambiental derivado del incumplimiento de los LMP.

A su vez, conviene señalar que no deben confundirse las categorías relativas a normas de emisión, constituidas por los LMP como nivel de protección ambiental cuya medición se realiza en la fuente de contaminación con el propósito de controlar, en este caso, los efluentes provenientes de la actividad minera; y las normas de calidad referidas a los cuerpos receptores. Es por ello que no resulta relevante determinar si se realizaron análisis en los cuerpos receptores de los efluentes materia de sanción que concluyan la ocurrencia de un daño ambiental, dado que el presente caso está dirigido a determinar el cumplimiento de LMP en los efluentes y no a evaluar posibles mediciones en el cuerpo receptor.

En adición a lo señalado, cabe destacar que la pretensión de la recurrente, de no ser sancionada por la infracción materia de análisis, implicaría la inutilidad de

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

Finalmente, corresponde también señalar que de acuerdo al análisis formulado en los párrafos precedentes, en el presente procedimiento administrativo sancionador se respetaron las garantías inherentes al Debido Procedimiento, al haber emitido una decisión motivada adecuada al contenido de las normas que integran el ordenamiento positivo y sustentada en la acreditación de los hechos que sustentan la infracción imputada a RAURA, no habiéndose vulnerado adicionalmente los Principios de Tipicidad, Presunción de Licitud y Verdad Material, regulados en la Ley N° 27444, conforme a lo también indicado en el primer y segundo párrafo del presente numeral.

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

Sobre la relación de causalidad entre la conducta imputada a RAURA y el daño ambiental

16. Respecto a lo alegado en el literal d) del numeral 2, corresponde precisar que como regla derivada del Principio de Causalidad, previsto en el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444, la sanción debe recaer sobre el administrado que realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de la infracción administrativa²⁶.

En tal sentido, a efectos de determinar la correcta aplicación del citado Principio, este Tribunal Administrativo considera oportuno verificar los siguientes aspectos:

- a) La ocurrencia de los hechos imputados; y
- b) La ejecución de los hechos por parte de RAURA

Ahora bien, en cuanto lo señalado en el literal a) cabe indicar que el incumplimiento del LMP aplicable al parámetro de STS reportado en los puntos de control E-14/15_(Salida) y E-17_(Salida), se encuentra debidamente acreditado conforme a los resultados contenidos en el Informe de Ensayo con Valor Oficial N° 01844-06 de fecha 08 de enero de 2007, emitido por el Laboratorio acreditado LABECO ANÁLISIS AMBIENTALES S.R.L.

²⁶ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

A su vez, con relación a lo indicado en el literal b), cabe señalar que de acuerdo a la Tabla N° 24: Ubicación de puntos de monitoreo de Efluentes Domésticos contenido en el literal b.2 del Rubro 6 (Foja 66) y Plano de Estaciones de Monitoreo de Calidad de Agua (Foja 301), entre otros, del Informe de Supervisión N° 033-2007-SEGECO, presentado por la Supervisora Externa SERVICIOS GENERALES DE SEGURIDAD Y ECOLOGÍA S.A., se constata que el efluente correspondiente al punto en el que se verificó el incumplimiento de los LMP, es producido dentro de las instalaciones de la recurrente, proviniendo de sus actividades.

Por consiguiente, habiéndose constatado que los hechos materia de sanción al interior del presente procedimiento sancionador fueron ejecutados y, por tanto, resultan atribuibles a RAURA, se encuentra debidamente acreditada la relación de causalidad a que se refiere el Principio previsto en el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444, careciendo de sustento lo alegado por ésta en el sentido que esta regla de Derecho establezca la necesidad de acreditar una relación entre la calidad del efluente vertido y el menoscabo material del cuerpo receptor.

Finalmente, estando a que de acuerdo al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, la obligación de cumplir con los LMP previstos en su Anexo I 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 citado Anexo 1.

Por tal motivo, si bien la recurrente señala que el exceso del LMP aplicable al parámetro STS en los puntos de control E-14/15_(Salida) y E-17_(Salida) se habría originado por la presencia de aguas de escorrentía que ingresaban sin control al sistema de tratamiento, ello no la exonera de responsabilidad por los ilícitos sancionados; por el contrario, evidencia que ésta no adoptó medida de previsión y control alguna para contrarrestar los efectos negativos al ambiente derivados de dichas supuestas filtraciones.

En consecuencia, corresponde desestimar lo argumentado por la apelante en estos extremos.

Sobre la presentación del Plan de Cese de Proceso/ Instalación por incumplimiento del PAMA²⁷

²⁷ Entiéndase como Plan de Cese de Proceso/Instalación lo dispuesto por el artículo 52° del Decreto Supremo N° 016-93-EM:

Artículo 52°.- Procedimiento para la evaluación y aprobación del Plan de Cese de Proceso/Instalación por Incumplimiento del PAMA

El Plan de Cese de Proceso/Instalación por Incumplimiento del PAMA es el documento que contiene las medidas que adoptará el titular para, en primer lugar, eliminar, paralizar o cerrar definitivamente uno o varios procesos y/o una o varias instalaciones a fin de eliminar o neutralizar sus efectos sobre el medio ambiente; y, en segundo lugar, evitar efectos adversos al medio ambiente producidos por los residuos sólidos, líquidos o gaseosos que puedan existir o puedan aflorar en el corto, mediano o largo plazo. El Plan de Cese debe contener, en detalle, los trabajos de revalorización de las áreas alteradas o su remediación o revegetación si ha de abandonarse. Las acciones a desarrollarse y las inversiones a ejecutarse constarán en un cronograma cuyo plazo total será fijado por la Dirección General de Asuntos Ambientales y que no excederá de doce (12) meses, prorrogables por excepción debidamente fundamentada.

17. Respecto a los argumentos contenidos en los literales e) y f) del numeral 2, corresponde indicar que por disposición del Principio de Legalidad previsto en el numeral 1.1 del artículo IV 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 conferidas²⁸.

Por su parte, el Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, prevé que las decisiones de la autoridad administrativa cuando creen obligaciones a cargo de 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 cometido²⁹.

En este contexto, cabe señalar que el artículo 48° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, regula el procedimiento aplicable por la autoridad fiscalizadora en caso que los titulares mineros incurran en incumplimiento del PAMA aprobado, para lo cual se regulan dos (02) supuestos de aplicación específica, relacionados al momento en que se verifica el incumplimiento, sea antes del vencimiento o al término del plazo previsto en dicho estudio ambiental.

Sobre el particular, cabe señalar que conforme se desprende del numeral 3.4 del Rubro 3 de la resolución, en el presente caso el OSINERGMIN aplicó el procedimiento previsto en el literal B del citado artículo 48°, previsto para aquellos casos en que el incumplimiento del PAMA se verifique al término del plazo previsto, por lo que a efectos de determinar la correcta aplicación de dicho dispositivo legal, este Tribunal Administrativo considera oportuno exponer lo que sigue, debiendo considerar que el PAMA para la Unidad RAURA fue aprobado por Resolución Directoral N° 271-97-EM/DGM, cuyo periodo de ejecución venció el 31 de julio de 2002:

²⁸ 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.

²⁹ 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:

1.4. 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.

PROCEDIMIENTO APLICABLE SEGÚN LITERAL B) DEL ARTÍCULO 48° DEL REGLAMENTO APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM	PROCEDIMIENTO APLICADO
<p>1. Dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha de vencimiento del PAMA, el fiscalizador externo designado para el programa de fiscalización anual correspondiente presentará a la Dirección General de Minería un informe de auditoría ambiental, en el que señalará el grado de cumplimiento de los compromisos asumidos en el PAMA y de los niveles máximos permisibles en las emisiones y/o vertimientos.</p>	<p>El Ministerio de Energía y Minas dispuso la primera fiscalización sobre cumplimiento del PAMA aprobado por Resolución Directoral N° 271-97-EM/DGM, modificado por Resolución Directoral N° 077-2002-EM/DGAA de fecha 05 de marzo de 2002, la cual se desarrolló del 26 al 29 de noviembre de 2002, concluyéndose que se habían culminado todos los Proyectos PAMA, a excepción del Proyecto N° 11 "Tajo Niño Perdido", que presentaba un avance físico del 90% (Noventa por ciento).</p>
<p>2. Dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la recepción del informe referido en el inciso anterior, en caso de no haberse cumplido con los compromisos asumidos en el PAMA y con los niveles máximos permisibles de emisiones y/o vertimientos, la Dirección General de Minería:</p> <p>a. Aplicará una multa según la Escala de Multas y Penalidades, teniendo en cuenta el porcentaje de atraso físico en la ejecución del PAMA, con un máximo de 75 UIT.</p> <p>b. Requerirá al titular para que, dentro del plazo máximo de doce (12) meses, dentro del cronograma previamente presentado a la Dirección General de Asuntos Ambientales y una vez aprobado el mismo, cumpla con adecuarse a los niveles máximos permisibles de emisiones y/o vertimientos y con los compromisos asumidos en el PAMA. En el caso de proyectos que, por su envergadura y complejidad, requiriesen de un tiempo adicional, debidamente fundamentado, el plazo del PAMA podrá extenderse hasta un máximo de dieciocho (18) meses, según lo determine y apruebe la Dirección General de Asuntos Ambientales. En el caso de Proyectos Integrales se seguirá el procedimiento establecido en los Artículos 56, 57 y 58 del presente Reglamento. (...)</p>	<p>A través del Auto Directoral N° 047-2003-MEM/AAM de fecha 28 de noviembre de 2003, la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas aprobó retroactivamente el cronograma de reajuste, para conclusión del Proyecto N° 11 "Tajo Niño Perdido", con un plazo que venció el 30 de junio de 2004.</p>
<p>3. Dentro de los dos (2) meses de vencido el plazo indicado en el párrafo anterior, el fiscalizador externo designado para el programa de fiscalización anual correspondiente, presentará a la Dirección General de Minería un informe de auditoría ambiental en el que señalará el cumplimiento o no de los niveles máximos permisibles en las emisiones y/o vertimientos e indicará el porcentaje acumulado de avance físico de los compromisos asumidos en el PAMA.</p>	<p>Con fecha 19 al 20 de agosto de 2004, se realizó la segunda fiscalización ambiental en las instalaciones de RAURA, determinándose que ésta cumplió con implementar físicamente el 100% (Cien por ciento) de los Proyectos establecidos en el PAMA aprobado por Resolución Directoral N° 271-97-EM/DGM; detectándose además incumplimientos a LMP aprobados por Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, los cuales fueron oportunamente sancionados por el Ministerio de Energía y Minas.</p>

<p>4. Dentro de los treinta (30) días calendario con posterioridad al informe referido en el párrafo anterior, en caso que el informe de fiscalización indique que no se ha cumplido con lo dispuesto en el inciso B2.b. anterior, la Dirección General de Minería:</p> <p>a. Aplicará una multa equivalente al doble de la indicada en el inciso B2.a anterior, considerando la variación del porcentaje de atraso físico en la ejecución del PAMA si ello hubiera ocurrido.</p> <p>b. Requerirá al titular para que, en el plazo máximo de cuatro (4) meses, presente un Plan de Cese de Proceso/Instalación por Incumplimiento del PAMA, sin perjuicio de continuar realizando acciones orientadas a cumplir con los niveles máximos permisibles hasta la paralización de las operaciones.</p> <p>Para la evaluación del cumplimiento de los niveles máximos permisibles en las emisiones y/o vertimientos, se tendrá en consideración lo dispuesto por las Resoluciones Ministeriales N° 011-96-EM/VMM y N° 315-96-EM/VMM, en concordancia con los plazos establecidos para cada PAMA.</p>	<p>Por disposición del Ministerio de Energía y Minas se desarrolló una tercera fiscalización del 19 al 22 de diciembre de 2006, en la que se verificó de manera referencial los proyectos PAMA, toda vez que en la fiscalización anterior ya se había determinado su cumplimiento total; elaborándose el Informe N° 033-2007-SEGECO, que contiene los resultados de dicha fiscalización, obrante en el expediente materia de revisión.</p> <p>Así las cosas, en aplicación del literal b) del numeral 4 del punto B del artículo 48° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, el OSINERGMIN requirió a RAURA la presentación del Plan de Cese a que se refiere el artículo 2° de la parte resolutive de la resolución impugnada, por considerar que se había incumplido el Proyecto N° 2 del PAMA aprobado por Resolución Directoral N° 271-97-EM/DGM, al haberse detectado el incumplimiento del LMP aplicable al parámetro STS en los puntos de control E-14/15_(Salida) y E-17_(Salida).</p>
--	--

En atención a lo expuesto, se constata que el Proyecto N° 2: "Sistema de Colección y Tratamiento de Desagües" del PAMA aprobado por Resolución Directoral N° 271-97-EM/DGM, se encontraba culminado desde la primera fiscalización sobre cumplimiento de dicho estudio ambiental, realizado del 26 al 29 de noviembre de 2002; lo que fue corroborado durante la segunda fiscalización desarrollada del 19 al 20 de agosto de 2004, en la cual se dieron por cumplidos todos los Proyectos del PAMA de la Unidad RAURA.

En tal sentido, aun cuando durante la tercera fiscalización, llevada a cabo del 19 al 22 de diciembre de 2006, se detectó el incumplimiento del LMP aplicable al parámetro STS en los puntos de control E-14/15_(Salida) y E-17_(Salida), ello no habilitaba a dictar la medida regulada en el literal b) del numeral 4 del punto B del artículo 48° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, toda vez que no se habían configurado los supuestos regulados en los numerales 1, 2 y 3 del punto B de dicho articulado, los cuales constituyen presupuestos indispensables para requerir a RAURA la presentación del Plan de Cese de Proceso/Instalación por incumplimiento del PAMA, más aún cuando ya se había determinado el cumplimiento del mismo en su totalidad, correspondiendo estimar lo alegado por la apelante en estos extremos.

Siguiendo este orden de ideas, resulta oportuno especificar que no son acordes al ordenamiento jurídico los actos dictados por la Administración que no respeten los principios y disposiciones contenidas en la Ley N° 27444.

En virtud de lo expuesto, se concluye que el artículo 2° de la parte resolutive de la resolución recurrida se dictó en vulneración de los Principios de Legalidad y

Razonabilidad previstos en los numerales 1.1 y 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, como consecuencia de la aplicación incorrecta del literal b) del numeral 4 del punto B del artículo 48° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, incurriendo en la causal de nulidad prevista en el numeral 1 del artículo 10° de la citada Ley N° 27444.

Por tal motivo, en aplicación del artículo 217° de la Ley N° 27444, en concordancia con el literal b) del artículo 26° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución N° 005-2011-OEFA/CD, corresponde declarar la nulidad de la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería- OSINERGMIN N° 006542 de fecha 18 de febrero de 2010, en el extremo referido al pronunciamiento contenido en el artículo 2° de su parte resolutive; y, en consecuencia, dejar sin efecto la obligación de presentar el Plan de Cese de Proceso / Instalación del Proyecto N° 2: "Sistema de Colección y Tratamiento de Desagües" del PAMA aprobado por Resolución Directoral N° 271-97-EM/DGM, en atención a las consideraciones expuestas precedentemente³⁰.

Sin perjuicio de lo concluido en el párrafo precedente, corresponde precisar que conforme se desprende del Informe N° GFM-447-2010 de fecha 21 de julio de 2010 (Fojas 539 a 541), emitido por la Gerencia de Fiscalización Minera del OSINERGMIN, dicho organismo dispuso la realización de una supervisión especial al programa de monitoreo de aguas de RAURA, del 26 al 28 de febrero de 2010, constatándose, entre otros, que los efluentes correspondientes a los puntos de control E-14/15_(Salida) y E-17_(Salida) cumplen con los LMP previstos en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, recomendando se deje sin efecto la presentación del Plan de Cese materia de análisis.

18. Considerando la declaración de nulidad realizada en el numeral precedente, carece de sentido emitir pronunciamiento sobre los argumentos contenidos en los literales g) al j) del numeral 2 de la presente resolución.

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

³⁰ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 217°.- Resolución

217.1 La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimaré las pretensiones formuladas en el mismo o declarará su inadmisión.

217.2 Constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

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

Artículo 26°.- Criterios resolutivos

El Tribunal al ejercer su competencia resolutive, deberá considerar los criterios siguientes:

b) Cuando en el acto impugnado se advierta la aplicación indebida o interpretación errónea de las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico, así como de los precedentes administrativos o jurisdiccionales de observancia obligatoria, declarará fundado el recurso de apelación, revocará el acto impugnado y declarará el derecho que corresponde al impugnante, de ser el caso.

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- DECLARAR FUNDADO en parte el recurso de apelación presentado por COMPAÑÍA MINERA RAURA S.A. contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 006542 de fecha 18 de febrero de 2010; y, en consecuencia, **NULO** dicho acto administrativo en el extremo referido al artículo 2° de su parte resolutive, dejando sin efecto la obligación de presentar el Plan de Cese de Proceso / Instalación del Proyecto N° 2: “Sistema de Colección y Tratamiento de Desagües” del PAMA aprobado por Resolución Directoral N° 271-97-EM/DGM; e **INFUNDADO** en sus demás extremos, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución; quedando agotada la vía administrativa.

Artículo Segundo.- DISPONER que el monto de la multa sea depositado por la recurrente en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicar al momento de la cancelación 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 RAURA S.A. y **REMITIR** el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines correspondientes.

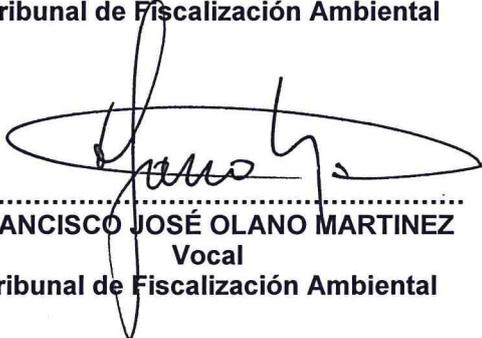
Regístrese y comuníquese



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



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



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



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

