

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 275 -2012-OEFA/TFA

Lima, 12 DIC. 2012

VISTO:

El Expediente N° 1613048 que contiene el recurso de apelación interpuesto por CONSORCIO MINERO HORIZONTE S.A.¹ (en adelante, CONSORCIO HORIZONTE) contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 006593 de fecha 19 de febrero de 2010 y el Informe N° 290-2012-OEFA/TFA/ST de fecha 30 de noviembre de 2012;

CONSIDERANDO:

1. Por Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 006593 de fecha 19 de febrero de 2010 (Fojas 411 a 414), notificada con fecha 23 de febrero de 2010, la Gerencia General del OSINERGMIN impuso a CONSORCIO HORIZONTE una multa de cincuenta y seis (56) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por la comisión de cuatro (04) infracciones; conforme se detalla a continuación:

N°	HECHOS IMPUTADOS	NORMAS INCUMPLIDAS	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
01	Incumplir la Recomendación N° 1 del Informe N° 124-2006-MEM-DGM-FMI/MA, correspondiente a la	Tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ²		02 UIT

¹ CONSORCIO MINERO HORIZONTE S.A. identificada con Registro Único de Contribuyente (R.U.C.) N° 20136150473.

² 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

	primera fiscalización ambiental de 2005: "Cumplir con la totalidad de los compromisos ambientales establecidos en la modificación del Estudio de Impacto Ambiental de la unidad (CULEBRILLAS)"	
02	Incumplir la Recomendación N° 2 del Informe N° 124-2006-MEM-DGM-FMI/MA, correspondiente a la primera fiscalización ambiental de 2005: "Implementar las recomendaciones dejadas en el estudio de estabilidad de las canchas de relave realizado por la consultora GEOSERVICES INGENIERÍA S.R.L., a fin de asegurar la estabilidad para dicha cancha. Así también implementar medidas para controlar la erosión eólica allí generada"	02 UIT
03	Incumplir la Recomendación N° 3 del Informe N° 124-2006-MEM-DGM-FMI/MA, correspondiente a la primera fiscalización ambiental de 2005: "Mejorar el tratamiento del efluente doméstico (agua residual doméstica) monitoreando en el punto E-11 (A11) a fin de mitigar las concentraciones de los parámetros STS y de los parámetros bacteriológicos"	02 UIT

infracción, hasta un máximo de 600 UIT. En los casos de pequeño productor minero la multa será de 2 UIT por infracción. (...)

El incumplimiento de las recomendaciones formuladas como consecuencia de la fiscalización y de las investigaciones de los casos de daño al medio ambiente y catástrofes ambientales, serán sancionadas adicionalmente con 2 UIT por cada recomendación incumplida, las que se adicionarán a la multa que se imponga por infracciones detectadas en los diferentes procesos de fiscalización. Para el caso de PPM la multa adicional será de 0.5 UIT por cada recomendación incumplida.

04	En el punto de control A-11, correspondiente al efluente de agua de desagüe tratada, se reportó un valor de 71.00 mg/L para el parámetro STS, superando el Límite Máximo Permissible establecido 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 ³ y artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM ⁴	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM ⁵	50 UIT
MULTA TOTAL				56 UIT

2. Con escrito de registro N° 1336111 presentado con fecha 13 de abril de 2010 (Fojas 418 a 460), ampliado con escrito de registro N° 1388569 presentado con fecha 03 de agosto de 2010 (Fojas 463 a 494), CONSORCIO HORIZONTE interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 006593, de acuerdo a los siguientes argumentos:

a) La potestad sancionadora del OSINERGMIN se encontraba prescrita a la fecha de notificación de la resolución recurrida, toda vez que las

3. **RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 011-96-EM/VMM. APRUEBA LOS NIVELES MAXIMOS PERMISIBLES PARA EFLUENTES LIQUIDOS PARA LAS ACTIVIDADES MINERO – METALURGICAS.**
Artículo 4°.- Los resultados analíticos obtenidos para cada parámetro regulado a partir de la muestra recogida del efluente minero-metalúrgico, no excederán en ninguna oportunidad los niveles establecidos en la columna "Valor en cualquier Momento", del Anexo 1 ó 2 según corresponda.

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

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

4. **DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO PARA LA PROTECCION AMBIENTALEN LA ACTIVIDAD MINERO-METALURGICA.**

Artículo 5°.- El titular de la actividad minero-metalúrgica, es responsable por las emisiones, vertimientos y disposición de desechos al medio ambiente que se produzcan como resultado de los procesos efectuados en sus instalaciones. A este efecto es su obligación evitar e impedir que aquellos elementos y/o sustancias que por sus concentraciones y/o prolongada permanencia puedan tener efectos adversos en el medio ambiente, sobrepasen los niveles máximos permisibles establecidos.

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

3. MEDIO AMBIENTE

3.2. Si las infracciones referidas en el numeral 3.1 de la presente escala, son determinadas en la investigación correspondiente, como causa de un daño al medio ambiente, se considerarán como infracciones graves y el monto de la multa será de 50 UIT por cada infracción hasta un monto máximo de 600 UIT, independientemente de las obras de restauración que está obligada a ejecutar la empresa. Para el caso de PPM, la multa será de 10 UIT por cada infracción. (...).

recomendaciones incumplidas tienen como sustento infracciones cometidas en el año 2005, habiendo transcurrido en exceso el plazo de 4 años previsto en el artículo 34° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 233-2009-OS/CD.

- b) Se ha vulnerado el Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y la regla del Control Difuso por parte de la administración, toda vez que las presuntas infracciones imputadas a CONSORCIO HORIZONTE se basan en normas sancionadoras que no tienen rango de ley, ni han sido habilitadas por ésta para establecerlas en vía reglamentaria.
- c) Se ha incumplido con el artículo 49° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 049-2001-EM, toda vez que nunca se notificó a la apelante el Informe N° 013-2006-AWS/MA ni el escrito complementario del mismo.
- d) Al no encontrarse acreditada la ocurrencia de un daño ambiental como consecuencia del incumplimiento del Límite Máximo Permisible (LMP) aplicable al parámetro STS en el punto de control A-11, corresponde sancionar a la apelante con diez (10) UIT de multa.
- e) Se ha vulnerado el Principio de Causalidad previsto en el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444, toda vez que se ha sancionado a CONSORCIO HORIZONTE 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.

Competencia

- 3. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA)⁶.
- 4. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, el OEFA es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental⁷.

⁶ DECRETO LEGISLATIVO N° 1013. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE.
SEGUNDA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL.- CREACIÓN DE ORGANISMOS PÚBLICOS ADSCRITOS AL MINISTERIO DEL AMBIENTE

1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

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

⁷ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.
Artículo 6°.- Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)

5. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la ley citada en el considerando precedente, dispone que mediante Decreto Supremo refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA⁸.
6. Con Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, publicado el 21 de enero de 2010, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN) al OEFA; y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, publicada el 20 de julio de 2010, se estableció como fecha efectiva de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería el 22 de julio de 2010.
7. En adición, el artículo 10° de la citada Ley N° 29325, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA⁹.

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.

⁸ **LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES PRIMERA.- (...)**

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

⁹ **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.

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.

Norma Procedimental Aplicable

8. Antes de realizar el análisis de los argumentos formulados por la recurrente, resulta pertinente, en aplicación del Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establecer la norma procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes¹⁰.
9. En tal sentido, siendo que a la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, corresponderá observar el contenido normativo de dicho cuerpo legal.

Sobre la Legitimidad de la Recurrente

10. De igual modo, con relación a la legitimidad activa de CONSORCIO HORIZONTE para interponer recurso de apelación, conviene señalar que de acuerdo al numeral 2 del artículo 108° del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS¹¹, aplicable de manera supletoria en atención a la Primera Disposición Final de dicha norma legal y el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, en virtud de la figura de la sucesión procesal, un sujeto ocupa el lugar de otro dentro de un procedimiento, reemplazándolo; lo que

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

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

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

Artículo 4°.- Competencia del Tribunal

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

¹⁰ **LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.
TÍTULO PRELIMINAR**

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

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

Sucesión procesal.-

Artículo 108°.- Por la sucesión procesal un sujeto ocupa el lugar de otro en un proceso, al reemplazarlo como titular activo o pasivo del derecho discutido. Se presenta la sucesión procesal cuando:

(...)

2. Al extinguirse o fusionarse una persona jurídica, sus sucesores en el derecho discutido comparecen y continúan el proceso.

ocurre al operar la fusión de personas jurídicas, cuando el nuevo titular comparece y continúa el procedimiento.

11. De conformidad con el numeral 2 del artículo 344° de la Ley N° 26887¹², Ley General de Sociedades, la absorción de una sociedad por otra existente, como mecanismo en virtud del cual la sociedad absorbente asume a título universal y en bloque los patrimonios de la sociedad absorbida, constituye una de las modalidades de fusión de personas jurídicas.
12. En este marco normativo, cabe precisar que si bien el presente procedimiento administrativo sancionador se inició a la empresa COMPAÑÍA AURÍFERA REAL AVENTURA S.A.C., a través de un procedimiento comercial de fusión, ésta fue absorbida por CONSORCIO HORIZONTE inscrito el 22 de febrero de 2010, conforme se desprende de la Partida Electrónica N° 01113631 de la Zona Registral N° IX- sede Lima y de la Partida Electrónica N° 11015199 de la Zona Registral N° V- sede Trujillo, correspondientes a ambas personas jurídicas (Fojas 438), razón por la cual operó el supuesto de sucesión procesal descrito en el numeral 11 precedente, adquiriendo así legitimidad activa para interponer el recurso de apelación materia de revisión.

Análisis

Protección constitucional al ambiente

13. 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”¹³. 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

¹² LEY N° 26887. LEY GENERAL DE SOCIEDADES.

Artículo 344°.- Concepto y formas de fusión.

Por la fusión dos o más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos por esta ley. Puede adoptar alguna de las siguientes formas: (...)

2. La absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asumen, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas.

En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen por la fusión reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, en su caso.

¹³ 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.

Pleno del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 0048-2004-AI, en su Fundamento N° 27, señaló lo siguiente¹⁴:

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

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

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

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

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

En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros¹⁵.

Ahora bien, habiéndose precisado el concepto de ambiente, cabe señalar que de acuerdo a lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el

¹⁴ La sentencia recaída en el Expediente 0048-2004-AI, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>

¹⁵ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 2°.- Del ámbito

2.3 Entiéndase, para los efectos de la presente Ley, que toda mención hecha al “ambiente” o a “sus componentes” comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.

A mayor abundamiento, resulta oportuno citar la siguiente definición de FRAUME RESTREPO:

“Ambiente.- Conjunto de elementos abióticos (energía solar, suelo, agua y aire) y bióticos (organismo vivos) que integran la delgada capa de la tierra llamada biósfera, sustento y hogar de los seres vivos. (...)”

FRAUME RESTREPO, Néstor Julio. Diccionario Ambiental. ECOE ediciones, 2° edición. Bogotá, 2007.

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

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

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

Lo expuesto se condice además con el concepto de Responsabilidad Social de las empresas, que ha sido desarrollado por el propio Tribunal Constitucional en la 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 previsor del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar. La Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no soportarán.” (El resaltado en negrita es nuestro)

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

En cuanto a la prescripción de la potestad sancionadora

14. En cuanto a lo señalado en el literal a) del numeral 2, cabe precisar que con el propósito de valorar adecuadamente los hechos imputados en este extremo resulta pertinente definir el marco legal vigente durante la supervisión con ocasión de la cual se formuló la recomendación materia de sanción, desarrollada del 15 al 17 de agosto de 2005 en las instalaciones de la Unidad Económica Administrativa CULEBRILLAS de titularidad de COMPAÑÍA MINERA AURIFERA REAL AVENTURA S.A.C. (hoy CONSORCIO HORIZONTE), cuyos resultados obran en el Informe N° 04-2005-ACOMISA, contenido en el Expediente N° 1556478-MEM.

Al respecto, de la revisión del Expediente N° 1556478-MEM se constata que la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas designó al

¹⁶ La sentencia recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>

Supervisor Externo ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A.- ACOMISA, para desarrollar la supervisión descrita en el párrafo precedente¹⁷.

Sobre el particular, debe señalarse que el marco legal aplicable al momento de la supervisión efectuada viene dado por la Ley N° 27474, Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 049-2001-EM.

En este contexto normativo, de acuerdo al numeral 3 del artículo 7° de la citada Ley N° 27474, en concordancia con el numeral 3 del artículo 8° del Decreto Supremo N° 049-2001-EM, los fiscalizadores externos se encontraban facultados a formular recomendaciones en materia ambiental, señalando plazos perentorios para el cumplimiento de las mismas; siendo el incumplimiento de dichas recomendaciones sancionable de conformidad con el tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM¹⁸.

A su vez, cabe agregar que la labor de determinación sobre el cumplimiento o no de las recomendaciones formuladas por los Supervisores Externos en la forma, modo y/o plazo especificados para su ejecución, corresponde finalmente a la autoridad encargada de la supervisión, fiscalización y sanción, siendo posible en caso de verificar una situación de incumplimiento imponer la sanción correspondiente, según lo indicado en el párrafo anterior.

Sobre el particular, conviene señalar que las recomendaciones materia de sanción fueron formuladas a través del Informe N° 124-2006-MEM-DGM-FMI/MA de fecha **16 de febrero de 2006** y notificadas a COMPAÑÍA AURIFERA REAL AVENTURA S.A.C. (Hoy CONSORCIO HORIZONTE) en mérito a la Resolución N° 226-2006-MEM-DGM/V de fecha **20 de febrero de 2006** (Foja 403), para que les dé cumplimiento dentro de los plazos otorgados.

¹⁷ En este contexto, cabe señalar que obra en el Expediente N° 1556478-MEM los términos de referencia elaborados por el Ministerio de Energía y Minas para el Programa Anual de Fiscalización – 2005 sobre Normas de Protección y Conservación del Ambiente el cual define los objetivos y alcances de las acciones de fiscalización encargadas al Supervisor Externo ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A. para el año 2005.

¹⁸ **LEY N° 27474. LEY DE FISCALIZACIÓN DE ACTIVIDADES MINERAS.**

Artículo 7°.- Facultades del Fiscalizador

Los Fiscalizadores externos, así como los funcionarios del Ministerio de Energía y Minas, designados para tal función, a fin de cumplir con su labor de fiscalización, pueden: (...)

3. Recomendar medidas de seguridad, higiene y medio ambiente, señalando plazos perentorios para su cumplimiento.

DECRETO SUPREMO N° 049-2001-EM. REGLAMENTO DE FISCALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES MINERAS.

Artículo 8°.- Para los efectos de lo establecido en el Artículo 7° de la Ley, precisase lo siguiente:

3. Efectuar recomendaciones: Sin perjuicio de lo que se señalará en el informe de fiscalización, anotar las medidas recomendadas en el Libro de Seguridad e Higiene Minera y en el Libro de Protección y Conservación del Ambiente, según corresponda, con indicación de plazo y el nombre del responsable de su cumplimiento.

De otro lado, corresponde precisar que a partir del 08 de marzo de 2008 el incumplimiento de recomendaciones formuladas por los supervisores externos, constituye infracción administrativa sancionable de acuerdo al rubro 13 de la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de la Supervisión y Fiscalización Minera, aprobada por el Anexo 1 de la Resolución N° 185-2008-OS/CD.

Posteriormente, durante la primera fiscalización ambiental del año 2006, realizada del **20 al 21 de julio de 2006**, la Supervisora Externa AWS CONSULTORIA Y MONITOREOS AMBIENTALES S.R.L. verificó el cumplimiento, entre otros, de las recomendaciones N° 1, 2 y 3 del Informe N° 124-2006-MEM-DGM-FMI/MA, fecha en la cual se detectó el incumplimiento de las mismas.

En efecto, de acuerdo al Levantamiento de Observaciones del Primer Informe de Fiscalización Semestral 2006-I (Informe N° 013-2006-AWS/MA) sobre Normas de Protección y Conservación del Ambiente elaborado por AWS CONSULTORÍA Y MONITOREOS AMBIENTALES S.R.L. remitido mediante Carta N° 0302-AWS-06 de fecha 06 de noviembre de 2006 (Fojas 288, 289, 290, 312 y 313), se determinó lo siguiente:

N°	RECOMENDACION	PLAZO VENCIDO	DETALLE	GRADO DE CUMPLIMIENTO %
1	Cumplir con la totalidad de los compromisos ambientales establecidos en la modificación del EIA de la unidad	SI	La UEA ha cumplido con presentar la absolución de este requerimiento. Según Reg. MEM N° 1612812 del 12 jun. 06. 1. Se ha realizado la capacitación. 2. Se ha realizado la impermeabilización faltando un 34% y canal de coronación. 3. Se ha implementado poza en el nv 2625.	90%
2	Implementar las recomendaciones dejadas en el estudio de estabilidad de las canchas de relave realizado por la consultora GEOSERVICIOS INGENIERÍA S.R.L., a fin de asegurar la estabilidad para dicha cancha. Así también implementar medidas para controlar la erosión eólica allí generada	SI	CUNETAS DE CORONACION. Se ha implementado al 100% la cuneta de coronación con una longitud total de 245 metros, totalmente revestida con cemento, tal como lo indica el estudio de GEOSERVICE. DEFENSA RIBEREÑA CON MURO DE GAVIONES. En la base de las canchas de relave se tiene construido un muro de gaviones de 85 metros de longitud, 2 metros de ancho, 2 metros de altura que sobresale del nivel de la rivera del río y 1,5 metros de profundidad enterrados como un colchón para asegurar la estabilidad de los mismos. Aún falta concluir. POZA DE ALMACENAMIENTO DE FLUJOS DEL DREN. Se tiene implementada una poza	60%

			<p>provisional desde la cual fluye a una estación de bombeo que recircula la solución recuperada hacia la Planta para ser reutilizada en el proceso. Se está a la espera del informe que emita SVS para la implementación definitiva de esta poza.</p> <p>CONTRAFUERTE ESTABILIZADOR. Se está a la espera del informe de SVS para empezar esta obra. Aún no concluido.</p> <p>PRESA DE TIERRA EN EL LADO NORTE DE LAS CANCHAS. Se está a la espera del informe de SVS para empezar con esta obra. Aún no concluido.</p>	
3	<p>Mejorar el tratamiento del efluente doméstico (agua residual doméstica) monitoreando en el punto E-11 (A11) a fin de mitigar las concentraciones de los parámetros STS y de los parámetros bacteriológicos</p>	SI	<p>Se dio respuesta mediante informe presentado al MEM Reg. N° 1613190 del 14/Jun/06. Se ha construido un wetland piloto. Se mantienen los niveles habiendo implementado la cloración e informado en el levantamiento de observaciones 2005-II.</p>	95%

En atención a lo expuesto, se concluye que el incumplimiento de las recomendaciones arriba citadas no constituye infracciones ocurridas el año 2005, pues ello resulta materialmente imposible considerando que las mismas fueron formuladas recién con el Informe N° 124-2006-MEM de fecha 16 de febrero de 2006 y notificadas por disposición de la Resolución N° 226-2006-MEM-DGM/V de fecha 20 de febrero de 2006; y la verificación sobre su cumplimiento o no por parte de CONSORCIO HORIZONTE, se realizó durante la supervisión desarrollada del **20 al 21 de julio de 2006**.

Habiendo aclarado ello, conviene señalar que si bien en el marco del artículo III del Título Preliminar del Código Civil, en concordancia con el artículo 103° de la Constitución Política de 1993, recoge la regla de la aplicación inmediata de la ley, en virtud de la cual las normas se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes durante su vigencia; el Principio de Irretroactividad, recogido en el numeral 5 del artículo 230° de la Ley N° 27444, habilita la aplicación retroactiva de aquellas disposiciones jurídicas que pese a no

encontrarse vigentes a la fecha de comisión de la infracción, resultan más favorables a los administrados¹⁹.

En efecto, sobre la aplicación retroactiva de las normas sancionadoras más favorables, GARBERÍ LLOBREGAT sostiene que uno de los supuestos en que se hace necesaria su aplicación, se configura cuando la nueva norma prevé plazos inferiores de prescripción de infracciones y sanciones²⁰.

Por tales motivos, toda vez que el texto del artículo 34° del Reglamento aprobado por Resolución N° 233-2009-OS/CD, resulta más favorable a CONSORCIO HORIZONTE respecto de la redacción del artículo 33° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, la solicitud de prescripción formulada en este extremo será evaluada a la luz del citado Reglamento aprobado por Resolución N° 233-2009-OS/CD²¹.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 34° del Reglamento aprobado por Resolución N° 233-2009-OS/CD, la facultad sancionadora para determinar la

¹⁹ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993.**

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

DECRETO LEGISLATIVO N° 295. CODIGO CIVIL.

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo III.- Aplicación de la ley en el tiempo

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

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:

(...)

5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

²⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, José. El Procedimiento Administrativo Sancionador. Tirant Le Branch. Quinta edición ampliada, 1998.

²¹ **RESOLUCIÓN N° 640-2007-OS/CD. REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL OSINERGMIN.**

Artículo 33°.- Prescripción

La facultad de OSINERGMIN para determinar la existencia de infracciones administrativas y la imposición de sanciones prescribe a los cinco (5) años de cometida la infracción o desde que cesó, si fuera una acción continuada.

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

Artículo 34°.- Prescripción

La potestad sancionadora del OSINERGMIN para determinar la existencia de infracciones administrativas y la imposición de sanciones prescribe a los cuatro (4) años de cometida la infracción o desde que cesó, si fuera una acción continuada. Dicho plazo corresponde al ámbito propio del ejercicio de la potestad sancionadora, la cual finaliza con la resolución sancionadora y la consiguiente notificación.

La prescripción ganada solo podrá ser alegada por los administrados en vía de defensa, para lo cual, la Administración resolverá sin abrir prueba, o pedir algún acto de instrucción que la mera constatación de los plazos vencidos, debiéndose pronunciar de modo estimatorio o desestimatorio.

El cómputo del plazo de prescripción se suspende con la notificación del inicio del procedimiento administrativo sancionador y se reanuda si el trámite del procedimiento sancionador se mantuviera paralizado por más de 25 (veinticinco) días hábiles, por causa no imputable al administrado. También se suspenderá el cómputo del plazo en aquellos casos que, por mandato judicial, la Entidad se encuentre impedida de ejercer su función sancionadora.

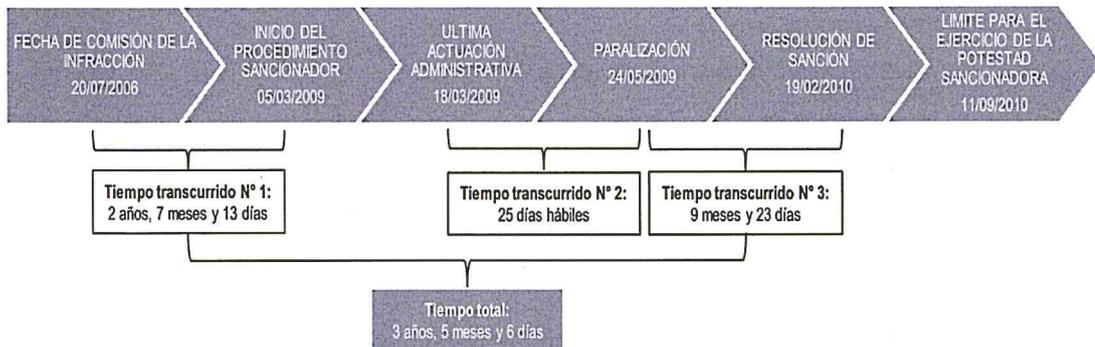
existencia de infracciones e imponer sanciones, prescribe a los cuatro (04) años de cometida la infracción o desde que cesó la misma, si fuese continuada.

A su vez, dicho dispositivo legal prevé que el cómputo del plazo de prescripción sólo se suspende con el inicio del procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de los hechos constitutivos de la infracción que sean imputados; reanudándose dicho cómputo si el trámite del procedimiento se mantuviera paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles, por causa no imputable al administrado.

Así las cosas, a efectos de realizar el cálculo del plazo prescriptorio, cabe considerar como fecha inicial del mismo el día en que se verificó las infracciones por incumplimiento de las recomendaciones N° 1, 2 y 3 incluidas en el Informe N° 124-2006-MEM de fecha 16 de febrero de 2006, esto es, el 20 de julio de 2006.

Cabe señalar que respecto al incumplimiento del LMP, igualmente cabe considerar como fecha inicial del plazo prescriptorio, la fecha de verificación de la infracción, esto es, el 20 de julio de 2006.

En tal sentido, el cálculo del plazo prescriptorio se detalla en el siguiente gráfico²²:



De este modo, considerando que la potestad sancionadora de la Administración podía ser ejercida hasta el 11 de setiembre de 2010 y la Gerencia General del OSINERGMIN emitió pronunciamiento a través de la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 006593 de fecha 19 de febrero de 2010 (Foja 411), notificada con fecha 23 de febrero de 2010 (Foja 415), esto es, dentro del plazo regulado por el artículo 34° del Reglamento aprobado por Resolución N° 233-2009-OS/CD, corresponde desestimar lo solicitado por la impugnante en estos extremos.

²² Sobre los datos consignados en el gráfico explicativo, corresponde señalar que:

- Si bien la supervisión se desarrolló el 20 y 21 de julio de 2006, se está considerando la fecha 20 para el cálculo de la prescripción por ser más favorable al administrado.
- La última actuación administrativa obrante en el expediente, que determinó el inicio del cómputo del plazo de paralización del procedimiento administrativo sancionador, consiste en el escrito con Registro de ingreso N° 1144800 de fecha 18 de marzo de 2009.
- Para el cómputo del plazo a que se refiere el tiempo transcurrido N° 2, sólo se han considerado días hábiles.
- El último recuadro contiene el plazo límite prescriptorio de cuatro (04) años partiendo del recuadro de Paralización.
- El cómputo del plazo correspondiente al tiempo transcurrido N° 1 y el tiempo transcurrido N° 3, se realiza por días naturales.

Por lo expuesto, carecen de sustento los argumentos esgrimidos por la recurrente sobre el particular.

Sobre la vulneración del Principio de Tipicidad

15. Sobre lo argumentado en el literal b) del numeral 2, con relación a la vulneración del Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, corresponde señalar que dicha regla de derecho comporta el cumplimiento, entre otros, del requisito de exhaustividad suficiente en la descripción de la conducta prohibida.

En tal sentido, considerando que la recurrente cuestiona el aspecto descrito en el párrafo precedente, corresponde determinar si el numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM satisface dicho aspecto específico del Principio de Tipicidad, al ser la norma tipificadora aplicable al presente caso.

Al respecto, cabe indicar que el numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, señala lo siguiente:

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 otras normas modificatorias y complementarias, que sean detectadas como consecuencia de la fiscalización o de los exámenes especiales el monto de la multa será de 10 UIT por cada infracción, hasta un máximo de 600 UIT (...).

*En estas infracciones, se comprende también a aquellos titulares que hayan iniciado operaciones sin tener aprobado el correspondiente Estudio de Impacto Ambiental o que **teniéndolo aprobado incumplan los compromisos asumidos en dicho estudio.***(...) (El resaltado en negrita es nuestro)

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado, a través de la sentencia recaída en el expediente N° 0010-2002-AI/TC, que en la determinación de las conductas infractoras está permitido el empleo de los llamados “conceptos jurídicos indeterminados”, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia²³. A su vez, cabe agregar que las empresas del sector minero cuentan con capacidad técnica, administrativa y financiera para identificar las obligaciones a las que están sujetas.

Ahora bien, en reiterados pronunciamientos este Tribunal Administrativo ha señalado que el artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, prevé la obligación ambiental fiscalizable consistente en cumplir con todos y cada uno de los compromisos asumidos por el titular minero en su Estudio de Impacto Ambiental, los mismos que deben ejecutarse en la forma, modo,

²³ La sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC, es una de naturaleza normativa; encontrándose disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

oportunidad y demás condiciones previstas en dicho instrumento de gestión ambiental.

Asimismo, en el marco del literal m) del artículo 23° del Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras, aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD, aplicable por encontrarse vigente a la fecha en que se desarrolló la supervisión, las empresas supervisoras se encuentran facultadas a formular recomendaciones en materia ambiental, las cuales deberán anotarse en el libro de protección y conservación del ambiente de la empresa supervisada, señalando plazos perentorios para el cumplimiento de las mismas por parte del titular minero²⁴.

Por tales motivos, el numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM prevé como infracciones sancionables el incumplimiento de los compromisos asumidos en el Estudio de Impacto Ambiental, así como de las recomendaciones formuladas con ocasión de la supervisión, lo que se desprende claramente de su texto normativo.

En atención a lo expuesto, este Cuerpo Colegiado considera que las infracciones tipificadas en el numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM no contravienen el contenido del Principio de Tipicidad, correspondiendo desestimar los argumentos formulados por la recurrente en este extremo²⁵.

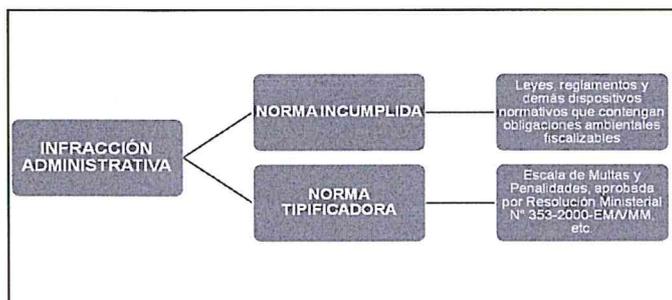
²⁴ **RESOLUCIÓN N° 324-2007-OS/CD. REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS.**

Artículo 23°.- Obligaciones de las Empresas Supervisoras

Las empresas supervisoras tienen las siguientes obligaciones (...)

m) Para el caso de las actividades mineras, sin perjuicio de lo que se señale en el informe respectivo, los supervisores deberán anotar en los libros de seguridad e higiene minera y de protección y conservación del ambiente, los hallazgos y recomendaciones, con indicación del plazo y el nombre del responsable de su cumplimiento, de acuerdo al Reglamento de Seguridad e Higiene Minera (DS 046-2001-EM) o el que lo sustituya.

²⁵ A mayor abundamiento, este Tribunal Administrativo considera pertinente explicar que la estructura de las infracciones imputadas se componen de dos elementos a saber: a) Norma sustantiva, que prevé la obligación ambiental fiscalizable cuyo incumplimiento se imputa; y b) Norma tipificadora, que califica dicho incumplimiento como infracción, atribuyéndole la respectiva consecuencia jurídica. Lo explicado se gráfica del siguiente modo:



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

En esta línea, toda vez que los requisitos derivados del Principio de Tipicidad devienen aplicables únicamente a la norma tipificadora, corresponde a este Tribunal Administrativo verificar su cumplimiento a la luz de esta última, careciendo de sustento lo alegado por CONSORCIO HORIZONTE en el sentido que el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM y la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM incumplan dichas reglas de Derecho, ya que éstos no tipifican infracciones ni sanciones aplicables.

Sobre la aplicación del control difuso que alega la apelante, cabe precisar que su aplicación se encuentra contemplada en el artículo 138° de la Constitución Política del Perú, cuando en éste se señala que de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces deben preferir la primera.

Al respecto, cabe señalar que el literal d), numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, nadie podrá ser sancionado si al momento de cometerse la infracción, ésta no se encuentra calificada por ley, como infracción punible.

Por su parte, la Ley General de Minería con el texto concordado publicado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley General de Minería, de conformidad con lo establecido en la Tercera Disposición Final de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley N° 26821; permite la remisión a disposiciones reglamentarias para el ejercicio de la potestad sancionadora en el sector minero²⁶.

En este orden de ideas, y atendiendo a la facultad señalada en el párrafo precedente, es que se emitió la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, norma que estableció la Escala de Multas y Penalidades por incumplimientos de disposiciones del TUO de La Ley General de Minería y sus normas reglamentarias, aplicable al presente caso.

Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMMM	<ul style="list-style-type: none">• Norma incumplida: Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM• Obligación ambiental fiscalizable: Cumplir con los compromisos asumidos en los instrumentos de gestión ambiental en la forma, modo, oportunidad y demás especificaciones contenidas en el estudio ambiental de que se trate.
Tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMMM	<ul style="list-style-type: none">• Obligación ambiental fiscalizable: Cumplir con las recomendaciones formuladas durante la supervisión.




²⁶

Ley N° 26821. LEY ORGANICA PARA EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES. DISPOSICIONES FINALES

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

Tercera.- Mantienen su plena vigencia, entre otras, las siguientes leyes sobre recursos naturales promulgadas con anterioridad a la presente, incluyendo sus modificatorias o complementarias: (...)

- Ley General de Minería con el texto concordado publicado por Decreto Supremo No 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería

En consecuencia, no corresponde la aplicación del Control Difuso, pues ni el Decreto Supremo N° 014-92-EM ni la Resolución N° 353-2000-EM/VMM, contravienen lo dispuesto en la Constitución Política del Perú.

Por lo tanto, debe mantenerse la infracción correspondiendo desestimar lo solicitado por la recurrente en este extremo.

Con relación a la notificación del Informe N° 013-2006-AWS/MA y el Levantamiento de Observaciones, elaborados por AWS CONSULTORÍA Y MONITOREOS AMBIENTALES S.R.L.

16. Con relación al literal c) del numeral 2, el artículo 49° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 049-2001-EM, norma aplicable por encontrarse vigente al momento de la supervisión, establece, entre otras disposiciones, que los informes que corresponden a los programas de fiscalización y exámenes especiales deberán ser presentados tanto a la Administración como a la entidad fiscalizada. Asimismo, señala que la Administración no deberá admitir informes que no cuenten con el cargo de recepción de la entidad fiscalizada²⁷.

Al respecto, de la revisión del expediente materia del presente procedimiento, se tiene que la Supervisora AWS CONSULTORÍA Y MONITOREOS AMBIENTALES S.R.L. presentó ante la Dirección General de Minería, el Informe N° 013-2006-AWS/MA y el levantamiento de observaciones a dicho informe mediante las Cartas N° 0196-AWS-06 (Foja 10) y N° 0301-AWS-06 (Foja 286), de fecha 06 de setiembre y 06 de noviembre de 2006, respectivamente.

Los documentos citados en el párrafo anterior llevan adjuntos los cargos de las Cartas N° 0195-AWS-06 (Foja 11) y N° 0302-AWS-06 (Foja 287) con fecha 06 de setiembre y 06 de noviembre de 2006, con el sello de recepción de COMPAÑÍA AURÍFERA REAL AVENTURA S.A.C. (titular minero a esa fecha). Dichos documentos acreditan que tanto el Informe N° 013-2006-AWS/MA como el levantamiento de observaciones a dicho informe fueron presentados a la entidad fiscalizada, de acuerdo a lo establecido por el artículo 49° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 049-2001-EM.

En este sentido, en el presente procedimiento sancionador se ha acreditado que AWS CONSULTORÍA Y MONITOREOS AMBIENTALES S.R.L. cumplió con la obligación de presentar el contenido íntegro del informe de fiscalización y del levantamiento de observaciones de dicho informe a la empresa fiscalizada, que en ese momento era COMPAÑÍA AURÍFERA REAL AVENTURA S.A.C., quien ejerció su derecho de defensa, tal como se acredita con los descargos

²⁷ DECRETO SUPREMO N° 049-2001-EM. REGLAMENTO DE FISCALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES MINERAS.

Artículo 49°.- Los informes que corresponden tanto al programa de fiscalización como a los exámenes especiales deberán ser presentados ante la Dirección de Fiscalización Minera y ante la entidad fiscalizada, en los casos que corresponda también deberá presentarse un ejemplar ante la Dirección General de Asuntos Ambientales. La oportunidad de la presentación de los informes será dentro de los quince (15) días calendario de culminada la inspección. No se admitirán informes que no tengan anexada la constancia o el cargo de recepción de la entidad fiscalizada. Los informes serán presentados de acuerdo a los formatos establecidos, en forma separada por cada tema.

La entidad fiscalizada, podrá presentar observaciones al informe hasta el quinto día hábil de recibido. Transcurridos los treinta (30) días hábiles de la fecha de presentación, y de no haber observación alguna por parte de la Dirección de Fiscalización Minera, el informe se entenderá aprobado.

presentados con escrito de registro N° 1144800 de fecha 18 de marzo de 2009 (Fojas 389 a 400).

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

Sobre la configuración de daño ambiental por exceso de LMP y la vulneración del Principio de Causalidad

17. Con relación a lo alegado en los literales d) y e) del numeral 2, considerando que la impugnante 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° 353-2000-EM/VMM, resulta de vital importancia determinar los alcances de la categoría "daño ambiental", en este supuesto²⁸.

Al respecto, el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611²⁹, 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 potenciales³⁰.

²⁸ ANDALUZ define el concepto y la importancia de los LMP como se indica a continuación:

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

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

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

²⁹ 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.

³⁰ 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>

De acuerdo a lo indicado, la definición de daño ambiental de la Ley N° 28611 recoge dos elementos de importancia:

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

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

A su vez, en cuanto al segundo elemento, éste se refiere a que en la configuración del daño ambiental no es indispensable que los efectos negativos del menoscabo material producido por las emisiones contaminantes al ambiente sean actuales, sino que resulta suficiente que dichos efectos negativos sean potenciales³¹. 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 nocivos³².

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


³¹ 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/qimadus/19/06_mario_penia_chacon.html


³² 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.

De esta manera, la alusión al daño ambiental incluye la potencialidad de dicho daño, aspecto que sin duda conlleva el exceso de los LMP³³.

Por lo expuesto, el exceso del LMP aplicable al parámetro STS reportado en el punto de control A-11 configura la situación de daño ambiental definida en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, exceso de LMP que se encuentra acreditado con los resultados contenidos en el Informe de Ensayo con Valor Oficial N° 10607367 (Foja 371), elaborado por el laboratorio acreditado J. RAMÓN DEL PERÚ S.A.C., cuyos resultados se expresan en el cuadro 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.

Siendo así, 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.

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.

De otro lado, 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 administrativa³⁴.

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


³³ 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.


³⁴ **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) la ocurrencia de los hechos imputados, y b) su ejecución por parte de CONSORCIO HORIZONTE.

Ahora bien, en cuanto a lo señalado en el literal a) cabe indicar que el incumplimiento de los LMP aplicables al parámetro STS, reportado en el punto de control A-11, se encuentra debidamente acreditado conforme a los resultados contenidos en el Informe de Ensayo con Valor Oficial N° 10607367 (Foja 371), elaborado por el laboratorio acreditado J. RAMÓN DEL PERÚ S.A.C.

A su vez, con relación a lo indicado en el literal b), cabe señalar que de acuerdo a la Tabla N° 3.8 Cuadro comparativo de los puntos que se descargan al ambiente (efluente) del numeral 3.12 y vista fotográfica N° 34 del Informe N° 013-2006-AWS/MA (Fojas 55 y 83), entre otros, se constata que el efluente correspondiente al referido punto de control, es producido dentro de las instalaciones de la recurrente, razón por la cual devino válida la imposición de la sanción dispuesta en este extremo.

Por consiguiente, habiéndose constatado que los hechos materia de sanción al interior del presente procedimiento sancionador son ejecutados y, por tanto, atribuibles a CONSORCIO HORIZONTE, se encuentra debidamente acreditada la relación de causalidad exigida en el marco del Principio previsto en el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

Por consiguiente, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en este extremo.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental; Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA y Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA; con la participación de los Vocales Lenin William Postigo de la Motta, José Augusto Chirinos Cubas, Francisco José Olano Martínez y Héctor Adrián Chávarry Rojas y la abstención de la vocal Verónica Violeta Rojas Montes;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación presentado por CONSORCIO MINERO HORIZONTE S.A. contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGIN N° 006593 de fecha 19 de febrero de 2010, 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 CONSORCIO MINERO HORIZONTE S.A. y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.



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



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



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



.....
HECTOR ADRIÁN CHÁVARRY ROJAS
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental

