

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N°156-2013-OEFA/TFA

Lima, 23 JUL. 2013

VISTOS:

El Recurso de Apelación interpuesto por PERUBAR S.A. contra la Resolución Directoral N° 016-2013-OEFA/DFSAI emitida por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental el 10 de enero de 2013, en el Expediente N° 166-08-MA/E; y el Informe N° 162-2013-OEFA/TFA/ST del 01 de julio de 2013;

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes

1. El procedimiento administrativo sancionador se inició como consecuencia de la supervisión especial llevada a cabo los días 4, 6, 9 y 10 de diciembre de 2008, en las instalaciones de la Unidad Minera ROSAURA de titularidad de PERUBAR S.A. (PERUBAR)¹, ubicada en el distrito de Chicla, provincia de Huarochirí, departamento de Lima; en la cual se detectaron infracciones a la normativa sobre Límites Máximos Permisibles. Como producto de dicha supervisión, se elaboró el Informe de Resultados por Unidades Mineras de la Novena Campaña de Monitoreo Cuenca del río Rímac UEA Rosaura Diciembre 2008.²
2. En la Resolución Directoral N° 016-2013-OEFA/DFSAI³ notificada el 11 de enero de 2013, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA (en adelante, DFSAI) incluyó el siguiente cuadro que muestra el resultado obtenido en el punto de control E-06 (P-C):

¹ Registro Único de Contribuyente N° 20100136237.

² Fojas 3 a 50.

³ Fojas 721 a 726.

Punto de Monitoreo	Parámetro	Anexo 1 Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Día	Turnos	Resultados del análisis
P-C (E-06)	STS	50 mg/L	06/12/2008	3° Turno	211.3 mg/L

3. En atención a los resultados, DFSAI impuso a PERUBAR una multa de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de una (01) infracción; conforme se detalla a continuación:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
En el punto de control E-06 (código OSINERGMIN) y P-C (código del Ministerio de Energía y Minas) correspondiente al efluente de descarga de la planta de aguas ácidas, se reportaron valores para el parámetro Sólidos Totales en Suspensión (STS) que incumplen los Límites Máximos Permisibles establecidos en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ⁴	Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ⁵	50 UIT

4. Mediante escrito presentado el 24 de enero de 2013⁶, PERUBAR interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 016-2013-OEFA/DFSAI del 10 de enero de 2013, sosteniendo lo siguiente:

- a) Se ha vulnerado el principio del debido procedimiento contenido en el Numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, toda vez que durante el procedimiento de supervisión no se ha observado lo previsto en los Artículos 55° y 104° del citado cuerpo normativo, en tanto no se informó a la apelante acerca del

⁴ Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM - Aprueban los Niveles Máximos Permisibles para efluentes líquidos para las actividades minero-metalúrgicas, publicada en el diario oficial El Peruano el 13 de enero de 1996.-

"Artículo 4°.- Resultados analíticos no excederán los niveles contemplados en el Anexo 1 o 2, según sea el caso.

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

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, publicada en el diario oficial El Peruano el 2 de setiembre de 2000.-

"ANEXO

3. MEDIO AMBIENTE

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

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

⁶ Fojas 729 a 752.

alcance y naturaleza de la supervisión especial efectuada, colocando a PERUBAR en situación de indefensión.

En virtud de la Resolución N° 732-2007-OS/CD, las supervisiones especiales de monitoreo ambiental se realizarían con la finalidad de obtener información para una evaluación de la situación ambiental por parte de la propia autoridad minera, no para iniciar procedimientos sancionadores e imponer multas a los titulares mineros, por ello no se ha cumplido con el procedimiento previsto en la ley.

- b) Se ha vulnerado el principio del debido procedimiento contenido en el Numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, pues PERUBAR se ha visto imposibilitada de solicitar oportunamente un proceso de dirimencia para cuestionar los resultados del monitoreo de efluentes obtenidos por el laboratorio INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C., debido a que el Informe de Supervisión con el contenido de dichos resultados se le notificó extemporáneamente al periodo de custodia de la muestra dirimente.
- c) Con fecha 27 de noviembre de 2008, se comunicó a la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas la paralización de sus actividades mineras en la Unidad Minera ROSAURA. Es por ello, que el incumplimiento del LMP sancionado no se originó por actividades mineras de la apelante, sino que se debió a un error en la toma de las muestras, alteración de la cadena de custodia o en el incumplimiento del protocolo de monitoreo.

Además, los resultados de la muestra supervisada no deriva de alguna actividad u operación desarrollada por la apelante, toda vez que las actividades administrativas y de mantenimiento en la Unidad Minera ROSAURA se realizan durante el día, a excepción del bombeo de agua de mina a superficie para su posterior tratamiento y disposición final.

- d) No se ha tomado en cuenta los resultados contenidos en los informes trimestrales de monitoreo de efluente líquidos presentados al Ministerio de Energía y Minas durante el 2008, así como los monitoreos realizados en los meses de junio, agosto y octubre de 2008 durante las supervisiones ambientales dispuestas por el OSINERGMIN, de los cuales se concluye que no se ha excedido los LMP para el parámetro STS.
- e) Las condiciones del cuerpo receptor han mantenido su régimen regular, dado que se mantiene por debajo de los LMP para el parámetro STS durante los días secos e incrementándose por las lluvias en el día y en la noche.
- f) En el informe de laboratorio no se adjunta los controles de calidad de los ensayos y cadenas de custodia que permitan confirmar la calidad de la muestra y el ensayo realizado; por lo cual, en aplicación del Principio de Presunción de Licitud establecido en el Numeral 9 del Artículo 230° de la Ley N° 27444, correspondía considerar que PERUBAR actuó apegado a sus deberes.

5. Mediante escrito presentado el 7 de febrero de 2013⁷, EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A. (QUENUALES) interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 016-2013-OEFA/DFSAI, solicitando su nulidad por haber sido vulnerado el principio del debido procedimiento, su derecho de defensa y las normas que regulan la intervención de terceros al habersele denegado el uso de la palabra.

II. Competencia

6. 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 Ambiente⁸, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.
7. En mérito a lo establecido en los Artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental⁹, el OEFA es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental.
8. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325 dispone que mediante Decreto Supremo, refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA¹⁰.

⁷ Fojas 756 a 841.

⁸ Decreto Legislativo N° 1013 - Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, publicado en el diario oficial El Peruano el 14 de mayo de 2008.-
"1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental
Créase el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA como organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, constituyéndose en pliego presupuestal, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental que corresponde."

⁹ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de marzo de 2009.-
"Artículo 6°.- Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)
El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, que constituye un pliego presupuestal. Se encuentra adscrito al MINAM, y se encarga de la fiscalización, supervisión, evaluación, control y sanción en materia ambiental, así como de la aplicación de los incentivos, y ejerce las funciones previstas en el Decreto Legislativo N° 1013 y la presente Ley. El OEFA es el ente rector del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental.
(...)

Artículo 11°.- Funciones generales

11.1 El ejercicio de la fiscalización ambiental comprende las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización y sanción destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables establecidas en la legislación ambiental, así como de los compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental y de los mandatos o disposiciones emitidos por Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), en concordancia con lo establecido en el artículo 17°, conforme a lo siguiente:

(...)

c) **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, de las normas ambientales, compromisos ambientales de contratos de concesión y de los mandatos o disposiciones emitidos por el ORFA, en concordancia con lo establecido en el artículo 17°. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas cautelares y correctivas."

¹⁰ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.-
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

9. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM¹¹ se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN¹²) al OEFA, y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de julio de 2010¹³, se estableció que el OEFA asumiría las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería desde el 22 de julio de 2010.
10. Por otro lado, el Artículo 10° de la Ley N° 29325¹⁴, los Artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM¹⁵, y el Artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución

PRIMERA. Mediante Decreto Supremo refrendado por los Sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA, así como el cronograma para la transferencia del respectivo acervo documental, personal, bienes y recursos, de cada una de las entidades.

- ¹¹ Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM – Aprueban inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 21 de enero de 2010.-

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

Apruébese el inicio del proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA."

- ¹² Ley N° 28964 - Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de enero de 2007.

"Artículo 18°.- Referencia al OSINERGMIN

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

- ¹³ Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD que aprobó aspectos objeto de la transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería entre el OSINERGMIN y el OEFA, publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de julio de 2010.-

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

- ¹⁴ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.-

"Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

10.1 El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) cuenta con un Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) que ejerce funciones como última instancia administrativa. Lo resuelto por el TFA es de obligatorio cumplimiento, y constituye precedente vinculante en materia ambiental, siempre que esta circunstancia se señale en la misma Resolución, en cuyo caso debe ser publicada de acuerdo a Ley."

- ¹⁵ Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 15 de diciembre de 2009.-

"Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

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

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

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

b) Proponer al Presidente del Consejo Directivo del OEFA mejoras a la normatividad ambiental, dentro del ámbito de su competencia.

c) Ejercer las demás atribuciones que correspondan de acuerdo a Ley."

N° 005-2011-OEFA/CD¹⁶, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

III. Norma Procedimental Aplicable

11. Previo al análisis de los argumentos formulados por PERUBAR, este órgano colegiado considera pertinente, en virtud del principio del debido procedimiento previsto en el Numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444¹⁷, establecer la normativa procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes.
12. En tal sentido, corresponde indicar 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; siendo aplicable posteriormente, el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, aprobada por Resolución N° 012-2012-OEFA/CD vigente desde el 14 de diciembre de 2012¹⁸.

IV. Análisis

IV.1 Protección constitucional al ambiente

13. De acuerdo con el Numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú¹⁹, toda persona tiene el derecho fundamental a "gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida".

¹⁶ Resolución de Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD - Aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 21 de julio de 2011.-

"Artículo 4°.- Competencia del Tribunal

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

¹⁷ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de abril de 2001.-

"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

(...)

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

¹⁸ Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD que aprobó el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 13 de diciembre de 2012.-

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

¹⁹ Constitución Política del Perú de 1993, publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de diciembre de 1993.-

"Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

14. El Tribunal Constitucional ha desarrollado en recurrente jurisprudencia que el contenido esencial del citado derecho fundamental está configurado por: 1) el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado; y, 2) el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado:

“En su primera manifestación, comporta la facultad de las personas de disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y sustantiva. La intervención del ser humano no debe suponer, en consecuencia, una alteración sustantiva de la indicada interrelación. (...) Sobre el segundo acápite, (...) entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. Evidentemente, tal obligación alcanza también a los particulares”²⁰.

15. Asimismo, dicho Tribunal ha señalado que, además del Numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución, existe un conjunto de disposiciones de la Carta fundamental referidas a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente, denominado “Constitución Ecológica”²¹, de las que se deriva un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar y promover con el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo. Al respecto, ha señalado:

“Así, en primer lugar, al ser los recursos naturales in totum, patrimonio de la Nación, su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de las generaciones presentes y futuras”²². (El resaltado es nuestro)

“(…) la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsora del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar. La Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que 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”²³ (El resaltado es nuestro)

16. En ese sentido, Amartya Sen advierte que: *“un medio ambiente dañado que le niegue aire limpio a las futuras generaciones (...) seguirá estando dañado sin importar cuán ricas sean esas generaciones”²⁴.*

(...)

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.”

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 4.

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de agosto de 2008, recaída en el Expediente 3610-2008-PA/TC, fundamento jurídico 33.

²² Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 11.

²³ Ibid. Fundamento jurídico 24.

²⁴ SEN, Amartya: “Continuing the Conversation: Amartya Sen Talks with Bina Agarwal, Jane Humphries e Ingrid Robeyns”. Feminist Economics N°9, 2003, p.330. Consultado el 26 de marzo de 2013:

17. Sobre lo que implica el medio ambiente, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

"(...) el medio ambiente es el mundo exterior que rodea a todos los seres 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)"²⁵.

18. En esa línea, el Numeral 2.3 del Artículo 2° de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente²⁶, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.
19. En tal contexto, cabe indicar que el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado impone a los particulares la obligación de adoptar medidas tendientes a prevenir, evitar o reparar los daños que sus actividades productivas causen o puedan causar al medio ambiente. Es por ello que dichas medidas se encuentran contempladas en el marco jurídico que regula la protección del medio ambiente y en los instrumentos de gestión ambiental.
20. En este orden de ideas, puede afirmarse que las normas sectoriales referidas a la protección y conservación del ambiente deberán interpretarse y aplicarse dentro del marco constitucional que regula el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado.

IV.2 Sobre la vulneración del principio del debido procedimiento y el derecho de defensa de PERUBAR

21. Conforme se ha señalado en el literal a) del considerando 4 de la presente Resolución, la empresa recurrente alegó que se ha vulnerado el principio del debido procedimiento toda vez que no se le informó acerca del alcance y naturaleza de la supervisión efectuada. Agrega que en virtud de la Resolución N° 732-2007-OS/CD, las supervisiones especiales de monitoreo ambiental se realizan con la finalidad de

<http://csde.washington.edu/~scurran/files/readings/April28/recommended/ContinuingtheConversation.pdf>
(traducción nuestra)

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del 1 de abril de 2005, recaída en el Expediente 0048-2004-AI, fundamento jurídico 27.

²⁶ Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de octubre de 2005.- "Artículo 2°.- Del ámbito (...)
2.3 Entiéndase, para los efectos de la presente Ley, que toda mención hecha al "ambiente" o a "sus componentes" comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros."

obtener información para una evaluación de la situación ambiental y no para iniciar procedimientos administrativos sancionadores e imponer multas.

22. Al respecto, cabe señalar que en el marco del Numeral 7.3 del Artículo 7° del Reglamento aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD - Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN, el OSINERGMIN podrá disponer la realización de supervisiones de tipo especial con el propósito de determinar la existencia de posibles incumplimientos a la normativa ambiental aplicable al sector minero²⁷.
23. En este contexto normativo, mediante Resolución N° 732-2007-OS/CD, se autorizó a la Gerencia de Fiscalización Minera del OSINERGMIN a desarrollar el programa de supervisión especial de monitoreo ambiental a nivel nacional²⁸.
24. En efecto, según señala la recurrente, mediante Oficio Múltiple N° 361-2008-OS-GFM, notificado el 14 de mayo de 2008²⁹, el OSINERGMIN comunicó a PERUBAR la realización de la Supervisión Especial de Monitoreo Ambiental de los Recursos Hídricos y Efluentes Minero – Metalúrgico a realizarse los días 4, 6, 9 y 10 de diciembre de 2008 con la finalidad de:
 - Verificar si los efluentes minero metalúrgicos de la Unidad Minera ROSAURA venían cumpliendo con los LMP del sector minero.
 - Verificar la calidad de las aguas de los cuerpos receptores vinculados a sus actividades como empresa minera – metalúrgica.
 - Estimar el impacto de los efluentes de la empresa.
 - Estimar la calidad ambiental de los cuerpos receptores del ámbito de la supervisión.

²⁷ Resolución N° 324-2007-OS/CD - Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN, publicada en el diario oficial El Peruano el 10 de junio de 2007.-

"Artículo 7°.- Minería

(...)

7.3. La Supervisión Especial es aquella que se realiza con fines específicos o circunstanciales, tal como los accidentes fatales y situaciones de emergencia de seguridad e higiene minera y de naturaleza ambiental. También están comprendidas las acciones de supervisión adicionales a las del Programa Anual de Supervisión y que a juicio de OSINERGMIN sean necesarias."

²⁸ Resolución N° 732-2007-OS/CD que dicta disposición referente a la Supervisión y Fiscalización de la actividad minera durante el año 2008 y autoriza la realización del Programa de Supervisión Especial de Monitoreo Ambiental a nivel nacional, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de diciembre de 2007.-

"Artículo 1°.- Supervisores para la actividad minera

En tanto se culmine con la designación de empresas supervisoras a que se refiere la Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS/CD, la supervisión y fiscalización a realizar en la actividad minera durante el año 2008 se efectuará con las empresas del "Directorio de Fiscalizadores Externos Habilitados 2007" del Ministerio de Energía y Minas.

Artículo 2°.- Monitoreo ambiental

Autorícese a la Gerencia de Fiscalización Minera a desarrollar el programa de supervisión especial de monitoreo ambiental a nivel nacional, utilizando para ello a las empresas a que se refiere el artículo anterior, a efectos de contar con una evaluación propia de la situación ambiental basada en mediciones de parámetros de agua, aire y suelos que sean necesarios, empleando equipos de monitoreo portátiles y/o laboratorios certificados.

La designación de las empresas mencionadas se realizará considerando la propuesta técnica para el desarrollo de los estudios de monitoreo así como su evaluación económica. Los costos que signifiquen el programa de monitoreo a que se refiere el presente artículo serán asumidos en lo pertinente por los titulares de la actividad minera."

²⁹ Foja 68.

25. Al respecto, la recurrente alega que en el procedimiento de supervisión se han contravenido los Artículos 55° y 104° de la Ley N° 27444³⁰, así como el principio del debido procedimiento previsto en el Numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la ley referida, en el sentido que no se cumplió con informar a PERUBAR acerca del verdadero alcance y naturaleza de la supervisión especial efectuada, por lo que se trataría de un procedimiento irregular, lo cual además le ha generado un estado de indefensión y la violación de sus derechos.
26. En tal sentido, este colegiado considera pertinente determinar la naturaleza del procedimiento de supervisión a efectos de establecer si los dispositivos legales antes mencionados resultaban o no aplicables al presente caso.
27. Sobre el particular, corresponde precisar que de acuerdo con las normas citadas, el procedimiento de supervisión regulado a través del Reglamento aprobado por Resolución N° 324- 2007-OS/CD, es uno de naturaleza especial establecido por el OSINERGMIN, en ejercicio de sus facultades reconocidas en el Literal c) del Numeral 3.1 del Artículo 3° de la Ley N° 27332- Ley marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, modificado por la Ley N° 27631, y Artículo 3° de la Ley N° 27699³¹.
28. Por tal motivo, en aplicación del Numeral 2 del Artículo II del Título Preliminar y la Tercera Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 27444, los dispositivos normativos invocados por PERUBAR no resultaban aplicables durante el

³⁰ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.-
"Artículo 55°.- Derechos de los administrados
 Son derechos de los administrados con respecto al procedimiento administrativo, los siguientes: (...)
 5. A ser informados en los procedimientos de oficio sobre su naturaleza, alcance y, de ser previsible, del plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación.
 (...)
Artículo 104°.- Inicio de oficio (...)
 104.2 El inicio de oficio del procedimiento es notificado a los administrados determinados cuyos intereses o derechos protegidos puedan ser afectados por los actos a ejecutar, salvo en caso de fiscalización posterior a solicitudes o a su documentación, acogidos a la presunción de veracidad. La notificación incluye la información sobre la naturaleza, alcance y de ser previsible, el plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación.
 104.3 La notificación es realizada inmediatamente luego de emitida la decisión, salvo que la normativa autorice que sea diferida por su naturaleza confidencial basada en el interés público."

³¹ Ley N° 27332 - Ley marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, publicada en el diario oficial El Peruano el 29 de julio de 2000.-
"Artículo 3°.- Funciones
 3.1. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:
 (...)
 c. **Función normativa:** comprende la facultad exclusiva de dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios."

Ley N° 27699 - Ley complementaria de fortalecimiento institucional del OSINERGMIN, publicada en el diario oficial El Peruano el 16 de abril de 2002.-
"Artículo 3°.- Procedimientos Administrativos Especiales
 El OSINERG, a través de su Consejo Directivo, está facultado para aprobar procedimientos administrativos especiales que normen los procesos administrativos vinculados con la Función Supervisora, Función Supervisora Específica y Función Fiscalizadora y Sancionadora, relacionados con el cumplimiento de normas técnicas, de seguridad y medio ambiente, así como el cumplimiento de lo pactado en los respectivos contratos de privatización o de concesión, en el Sector Energía; para lo cual tomará en cuenta los principios contenidos en la Ley de Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444."

procedimiento de supervisión; sino la regulación específica dada por el Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD, cuyo Literal a) del Artículo 22°, concordado con el Literal c) del Artículo 80° del Reglamento General del OSINERGMIN aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, dispone que las supervisiones, ya sean regulares o especiales se pueden realizar con o sin previa notificación a las entidades supervisadas³².

29. Asimismo, conforme a lo regulado en el Artículo 28° del Reglamento citado en el párrafo anterior, atañe a la Gerencia de Fiscalización correspondiente al sector, la capacidad de determinar si los hechos detectados en la supervisión ameritan el inicio de un procedimiento administrativo sancionador o no³³, por lo que PERUBAR

³² Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.-

"Título Preliminar

Artículo II.- Contenido

2. Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto."

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS Y FINALES

TERCERA.- Integración de procedimientos especiales

La presente Ley es supletoria a las leyes, reglamentos y otras normas de procedimiento existentes en cuanto no la contradigan o se opongan, en cuyo caso prevalecen las disposiciones especiales.

Resolución N° 324-2007-OS/CD - Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN.-

"Artículo 22°.- Facultades de las Empresas Supervisoras

OSINERGMIN, a través de documento escrito emitido por cada Gerencia de Fiscalización, Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente, podrá otorgar a los supervisores las facultades que considere pertinentes para el ejercicio de sus funciones, de acuerdo al marco legal vigente y a las especificaciones técnicas de su contrato, pudiendo considerar las siguientes:

a) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación a las entidades supervisadas."

Decreto Supremo N° 054-2001-PCM - Reglamento General del OSINERGMIN, publicado en el diario oficial El Peruano el 9 de mayo de 2001.-

"Artículo 80°.- Facultades de Investigación de los órganos de OSINERG

Para el ejercicio de sus funciones y de acuerdo a lo establecido en el artículo 5° de la LEY, cada ORGANO DE OSINERG tiene las siguientes facultades: (...)

c. Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las ENTIDADES o empresas bajo su ámbito y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. (...)" (El subrayado es nuestro).

³³ Resolución N° 324-2007-OS/CD - Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN.-

"Artículo 28°.- Revisión y Evaluación de los Informes de Supervisión

28.1.- La revisión y evaluación de los informes de Supervisión que se presenten a OSINERGMIN serán realizadas por las respectivas Gerencias de Fiscalización, Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente, según corresponda, en forma posterior y aleatoria, según las especialidades. Dicha revisión se efectuará de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 32° de la Ley N° 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General.

28.2.- En caso que la actividad supervisada cuente con un procedimiento específico, se obtendrá la información y se procesarán los informes, tal como lo señale dicho procedimiento, aplicándose supletoriamente el presente en lo que no está expresamente señalado.

28.3.- La Gerencia de Fiscalización correspondiente, la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente se encuentran facultadas a emitir Informes en caso de detectar observaciones o situaciones que transgredan el marco legal y técnico vigente, debiendo consignar las disposiciones que correspondan para la subsanación de todos los incumplimientos en que incurran las empresas supervisadas.

28.4.- El incumplimiento de las medidas o acciones que deberá tomar el responsable de la actividad supervisada para la subsanación o levantamiento de las observaciones notificadas o de las disposiciones emitidas por la Gerencia de Fiscalización correspondiente, la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente, dentro del plazo otorgado para la subsanación o levantamiento, podrá dar lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador y la imposición de las sanciones correspondientes.

28.5.- En caso la Gerencia de Fiscalización, la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente establezca que los hechos detectados son reiterativos o constituyen ilícitos administrativos sancionables que

incurre en error al pretender afirmar que la autoridad se encuentra en obligación de especificar antes de la realización de una supervisión, si producto de ésta se pueden iniciar procedimientos administrativos sancionadores o no. Por tanto, se concluye que no se produjo vulneración alguna al principio del debido procedimiento.

30. Sin perjuicio de lo anterior, corresponde indicar que de acuerdo con lo señalado en el considerando 25 de la presente Resolución, el regulador comunicó oportunamente a la recurrente el desarrollo de la Supervisión Especial de Monitoreo Ambiental de los Recursos Hídricos y Efluentes Minero –Metalúrgicos. Además, los resultados de la supervisión que sustentaron el hecho imputado fueron comunicados conjuntamente con el Oficio N° 395-2009-OS-GFM notificado el 12 de marzo de 2009³⁴, acto administrativo por el cual se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador. En dicho Oficio se le otorgó a la recurrente un plazo de cinco (5) días hábiles, a efectos de que pudiera ejercer su derecho de defensa y presentar sus descargos, los cuales fueron presentados por PERUBAR mediante escrito presentado el 19 de marzo de 2009.
31. Por lo expuesto, se concluye que no se ha producido vulneración alguna al principio del debido procedimiento ni al derecho de defensa de la recurrente, correspondiendo desestimar los argumentos formulados en este extremo.

IV.3 En cuanto a la vulneración del principio del debido procedimiento y la imposibilidad de solicitar la dirimencia

32. Con relación a lo señalado en el literal b) del considerando 4 de la presente Resolución, la empresa recurrente alegó que se ha vulnerado el principio del debido procedimiento, toda vez que se ha visto imposibilitada de solicitar oportunamente un procedimiento de dirimencia para cuestionar los resultados obtenidos por el laboratorio INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C. al haberse notificado dichos resultados fuera del periodo de custodia.
33. Al respecto, corresponde indicar que de acuerdo con el principio del debido procedimiento, establecido en el Numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar y 2 del Artículo 230° de la Ley N° 27444, los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento, lo que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.
34. Al respecto, sobre el contenido y aplicación del referido principio jurídico, en el Numeral 3 del Artículo 139° de la Constitución Política³⁵, el Tribunal Constitucional³⁶ ha señalado lo siguiente:

ameritan el inicio inmediato de un procedimiento administrativo sancionador no se requerirá cumplir previamente con lo establecido en los numerales 28.3 y 28.4 del presente artículo."

³⁴ Foja 51.

³⁵ Constitución Política del Perú de 1993.-
"Artículo 139°.- Principios de la Administración de Justicia
Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(...)
3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

"(...) Evidentemente, el debido proceso y los derechos que conforman su contenido esencial están garantizados no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. (...)

*Bajo esa premisa, el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, **en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés.**" (El resaltado es nuestro).*

35. En este contexto, una vez acreditados los hechos imputados a los administrados a título de infracción, en base a las actuaciones probatorias realizadas por la autoridad con dicho propósito y en consecuencia desvirtuados los efectos del principio de presunción de licitud previsto en el Numeral 9 del Artículo 230° de la Ley N° 27444, corresponde a los administrados aportar los medios probatorios que permitan dejar sin efecto la convicción formada por el órgano sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el Numeral 162.2 del Artículo 162° de la Ley N° 27444, y en concordancia con el Artículo 190° del Código Procesal Civil³⁷.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación."

³⁶ Sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/08605-2005-AA.html>

³⁷ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.-
"Artículo 162°.- Carga de la prueba

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

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.*

Resolución Ministerial N° 010-93-JUS - Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, publicada en el diario oficial El Peruano el 22 de abril de 1993.-

"Artículo 190°.- Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez.

Son también Improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer:

*1. Hechos no controvertidos, imposibles, o que sean notorios o de pública evidencia;
2. Hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de la demanda, de la reconvencción o en la audiencia de fijación de puntos controvertidos.*

Sin embargo, el Juez puede ordenar la actuación de medios probatorios cuando se trate de derechos indisponibles o presuma dolo o fraude procesales;

*3. Los hechos que la ley presume sin admitir prueba en contrario; y
4. El derecho nacional, que debe ser aplicado de oficio por los Jueces. En el caso del derecho extranjero, la parte que*

Lo invoque debe realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido.

La declaración de improcedencia la hará el Juez en la audiencia de fijación de puntos controvertidos. Esta decisión es apelable sin efecto suspensivo. El medio de prueba será actuado por el Juez si el superior revoca su resolución antes que se expida sentencia. En caso contrario, el superior la actuará antes de sentenciar."

36. De otro lado, cabe señalar que el Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM prevé la obligación ambiental fiscalizable consistente en que los efluentes generados como consecuencia del desarrollo de actividades mineras, no deben exceder en ninguna oportunidad los LMP previstos en la columna "Valor en cualquier momento" del Anexo 1, para cada uno de los parámetros allí regulados; caso contrario, el incumplimiento de dicha obligación configura el ilícito administrativo tipificado en el Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.
37. Conforme se desprende del Informe de Ensayo con Valor Oficial N° 1218056L/08-MA³⁸, documento elaborado por el laboratorio acreditado INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C., durante la supervisión especial realizada en las instalaciones de la Unidad Minera Rosaura de titularidad de PERUBAR, se verificó el exceso del LMP del parámetro STS en el punto de control P-C (E-06).
38. Al respecto, conforme al Reglamento de Dirimencias, aprobado por Resolución N° 0110-2001-INDECOPI-CRT, el administrado que no se encuentre conforme con los resultados contenidos en un informe de ensayo, puede solicitar el inicio de un procedimiento de dirimencia ante la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales del INDECOPI, a fin de que se corroboren los resultados reportados por el laboratorio en cuestión, realizándose un nuevo análisis sobre la muestra dirimente³⁹.
39. Asimismo, en el supuesto de que la solicitud sea declarada inadmisibles por haberse excedido el periodo de custodia de la muestra dirimente, el administrado se encuentra en la capacidad de solicitar a la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales del INDECOPI una supervisión a la entidad acreditada, a fin de verificar la aptitud de sus equipos, materiales y demás recursos empleados en la prestación de sus servicios⁴⁰.

³⁸ Foja 26.

³⁹ Resolución N° 0110-2001-INDECOPI-CRT. Reglamento de Dirimencias, publicado en el diario oficial El Peruano el 19 de septiembre de 2001.-

"Artículo 4°.- Definiciones (...)

a) *Dirimencia: Procedimiento a través del cual la Comisión corrobora los resultados reportados por una entidad acreditada, que han sido observados por sus clientes o los destinatarios finales de sus servicios, empleando la muestra dirimente.*

b) *Muestra Dirimente: Cantidad determinada del producto certificado o ensayado que la entidad acreditada mantiene en sus instalaciones en condiciones controladas para la conservación de sus características iniciales, y con el objetivo de ejecutar eventualmente una dirimencia.*

Artículo 5°.- Oportunidad de presentación

La dirimencia debe ser solicitada dentro del periodo señalado en el segundo párrafo del artículo 16, por los clientes de las entidades acreditadas o en su defecto por personas que puedan verse afectadas por sus servicios. La dirimencia solo es admisible ante la existencia de muestras dirimientes susceptibles de ser corroboradas por la Comisión en un nuevo ensayo."

⁴⁰ Resolución N° 0110-2001-INDECOPI-CRT. Reglamento de Dirimencias.-

"Artículo 7°.- Admisión de la solicitud.- (...) De declararse inadmisibles la solicitud de dirimencia al haber sido presentada fuera del plazo señalado en el Artículo 16, el solicitante podrá requerir la evaluación prevista en el Artículo 12°.

(...)

Artículo 12°.- Inadmisibilidad de la solicitud de dirimencia.- Cuando la solicitud resulte inadmisibles por haberse presentado fuera del periodo fijado en el Artículo 16, la Comisión podrá realizar a petición del solicitante una supervisión a la entidad acreditada cuyos resultados han sido observados a fin de verificar la aptitud de los equipos, materiales y demás recursos empleados en la prestación de sus servicios.

40. En el análisis del caso en concreto, la recurrente señala que se habría visto imposibilitada de solicitar la dirimencia, al haberse excedido el periodo de custodia de las muestras analizadas por el laboratorio INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C.
41. Asimismo, cabe indicar que PERUBAR no acredita haber solicitado el inicio de un procedimiento de dirimencia ante la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales del INDECOPI o que esta entidad haya declarado inadmisibile su solicitud por la causal que señala la recurrente, lo que aún le otorgaba el mecanismo de defensa de solicitar que se supervise las instalaciones, equipos y demás recursos empleados por el referido laboratorio en la prestación de sus servicios.
42. En este sentido, era de entera responsabilidad de PERUBAR ejercer los mecanismos de defensa en las instancias competentes, si no se encontraba conforme con los resultados obtenidos por el laboratorio INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C.

Por lo tanto, corresponde desestimar lo alegado por PERUBAR en este extremo.

IV.4 En cuanto a la validez de los resultados obtenidos en el punto de control E-06 (P-C)

43. Con relación a lo señalado en los literales c) al f) del considerando 4 de la presente Resolución, la empresa recurrente sostiene que el incumplimiento del LMP sancionado no se originó por actividades mineras de la apelante, sino que se debió a un error en la toma de las muestras, alteración de la cadena de custodia o en el incumplimiento del protocolo de monitoreo. Agrega que, no se ha tomado en cuenta los resultados de los informes trimestrales de monitoreo de efluente líquidos presentado al Ministerio de Energía y Minas durante el 2008, así como los monitoreos realizados durante las supervisiones ambientales dispuestas por el OSINERGMIN, donde se concluye que no se ha excedido los LMP para el parámetro STS.
44. Al respecto, cabe reiterar que de acuerdo con lo establecido en el Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, los resultados analíticos obtenidos para cada parámetro regulado a partir de la muestra recogida del efluente minero-metalúrgico, no deben exceder en ninguna oportunidad los niveles establecidos en la columna "Valor en cualquier momento" del Anexo 1.
45. Por tal motivo, los resultados provenientes de una muestra tomada en determinado momento serán válidos sólo para ese espacio de tiempo, siendo exigible en todo momento que se respeten los valores contenidos en el citado Anexo 1.
46. En este contexto, se tiene que si bien el valor de 211,3 mg/L para el parámetro STS en el punto de control P-C (E-06) contenido en el Informe de Ensayo con Valor

Si como resultado de la supervisión realizada se determina que los materiales o equipos empleados al momento de la prestación del servicio no reúnan las características necesarias para asegurar la confiabilidad de sus resultados, la Comisión podrá ordenar de ser el caso, la realización de un nuevo ensayo sobre la base de nuevas muestras. En dichos casos los costos de la evaluación deben ser asumidos por el Laboratorio de Ensayo u Organismo de Certificación cuyos resultados se observaron, al margen del procedimiento por infracciones a que hubiere lugar."

Oficial N° 1218056L/08-MA emitido por el laboratorio INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C., resulta elevado en comparación con otras muestras tomadas en el mismo punto de control; ello no resta validez a dicho instrumento probatorio; toda vez que, conforme a lo explicado al inicio del presente considerando, el cumplimiento de los LMP es una obligación ambiental fiscalizable de naturaleza permanente, es decir, su cumplimiento es exigible en cualquier momento.

47. De otro lado, la apelante sostiene que no se adjuntó con el informe los controles de calidad de los ensayos y las cadenas de custodia que permitan confirmar la calidad de la muestra y el ensayo realizado; no obstante, debe señalarse que en el expediente obra la cadena de custodia⁴¹ no resultando estimable lo alegado por la apelante.
48. Además, el resultado está sustentado en un informe de ensayo con valor oficial, toda vez que el laboratorio INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C. está acreditado ante el INDECOPI; razón por la cual el Informe de Ensayo N° 1218056L/08-MA emitido por el citado laboratorio es válido.
49. Respecto a que las condiciones del cuerpo receptor ha mantenido su régimen regular en la medida que no excede los niveles de los LMP para el parámetro STS durante los días secos, y sólo se incrementa por las lluvias; debe señalarse que existe una diferencia entre las normas que regulan los parámetros aplicables a efluentes cuya medición se realiza en la fuente de las emisiones o vertimientos, con el propósito de controlar, como en este caso, los efluentes provenientes de la actividad minera, de aquellas normas que regulan los parámetros a cuerpos receptores (ECA) que son competencia de la Autoridad Nacional del Agua.
50. En virtud de lo señalado, no resulta relevante en el presente caso analizar la calidad de cuerpo receptor, dado que la infracción es por exceso de los LMP; en ese sentido, sólo correspondía determinar si la apelante ha excedido los LMP, obligación que se encuentra establecida en el Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.
51. Por lo tanto, dado que está acreditada la infracción por exceso de los LMP conforme se corrobora del Informe de Ensayo con Valor Oficial N° 1218056L/08-MA emitido por el laboratorio INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C y, no habiendo la apelante ofrecido los medios probatorios que acrediten lo contrario, quedan desvirtuados los efectos de la presunción de Licitud, contenido en el Numeral 9 del Artículo 230° de la Ley N° 27444.

Por lo expuesto, corresponde desestimar los argumentos esgrimidos por la apelante en este extremo.

IV.5 Respecto al escrito presentado por EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A.

52. Con relación a lo señalado en el considerando 5 de la presente Resolución, QUENUALES refiere que se ha vulnerado el principio del debido procedimiento, su derecho de defensa y las normas que regulan la participación de terceros, al

⁴¹ Foja 489 y 492.

denegarse su apersonamiento y solicitud de uso de la palabra en el trámite del presente procedimiento administrativo sancionador.

53. Asimismo, QUENUALES señala que no se ha tomado en cuenta lo siguiente:

- a) Conforme consta del Asiento N° 0007 de la Partida N° 02027582, Asiento N° 0007 de la Partida N° 02027584 y Asiento N° 0002 de la Partida N° 11929182 del Libro de Derechos Mineros de la Zona Registral N° IX – Sede Lima de los Registros Públicos, QUENUALES es el nuevo titular de las concesiones mineras que conforman la Unidad Minera Rosaura, en virtud de la transferencia realizada por PERUBAR el 21 de julio de 2010.
- b) La legislación nacional prevé la responsabilidad de los adquirentes de concesiones mineras.
- c) Toda sanción pecuniaria que se imponga a PERUBAR deberá ser asumida y pagada por QUENUALES de acuerdo con el inciso iv) de la cláusula séptima del Testimonio de la Escritura Pública de Transferencia de Concesiones Mineras, Concesión de Beneficio y otros Activos del 21 de julio de 2010⁴²:

“Defenderá y mantendrá a LA TRANSFERENTE libre e indemne de cualquier responsabilidad que le pueda ser atribuida y que le corresponda asumir como ADQUIRIENTE, respecto de las concesiones, depósitos y desmontes, reembolsándole todos los gastos en que LA TRANSFERENTE se viera obligada a incurrir, incluyendo los de su propia defensa, costos, costas procesales, pago de daños y perjuicios a terceros, intereses y otros”.

54. Al respecto, de acuerdo con el Artículo 229° de la Ley N° 27444, en concordancia con los Artículos 1° y 2° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, los procedimientos administrativos sancionadores tienen por finalidad determinar el acaecimiento de los hechos imputados a los administrados a título de infracción, de modo tal que acreditada su responsabilidad en la comisión del mismo, se impongan las sanciones legalmente establecidas. Con este fin deberán observarse necesariamente los principios de la potestad sancionadora regulados en el Artículo 230° de la citada Ley⁴³.


⁴² Fojas 790 y 791.

⁴³ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.-

“Artículo 229°.- Ámbito de aplicación de este Capítulo

229.1 Las disposiciones del presente Capítulo disciplinan la facultad que se atribuye a cualquiera de las entidades para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados.

229.2 Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a los procedimientos establecidos en leyes especiales, las que deberán observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 230, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador.

Los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo.

(...).”

Resolución N° 640-2007-OS/CD - Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, publicado en el diario oficial El Peruano el 30 de octubre de 2007.-

“Artículo 1°.- Ámbito de Aplicación

El presente Reglamento establece el procedimiento administrativo sancionador aplicable a las actividades sujetas al ámbito de competencia de OSINERGMIN, que impliquen el incumplimiento de la base normativa de OSINERGMIN, de las obligaciones legales y técnicas en materia de Hidrocarburos, Electricidad y Minería, así como el incumplimiento de las normas legales y técnicas referidas a la salud, seguridad y a la conservación y protección

55. Al respecto, este colegiado considera oportuno precisar que el presente procedimiento administrativo sancionador tiene como finalidad determinar la responsabilidad de PERUBAR en los hechos materia de imputación; esto es, analizar la conducta referida al exceso a los límites máximos permisibles para el parámetro STS en el punto de control E-06 (P-C), conforme se detectó durante la supervisión especial realizada durante los días 4, 6, 9 y 10 de diciembre de 2008 en la Unidad Minera Rosaura, de titularidad en aquel entonces de PERUBAR. En tal sentido, todas las actuaciones que se realicen en este procedimiento deben coadyuvar al cumplimiento de dicha finalidad.
56. Respecto a lo señalado por QUENUALES, corresponde precisar que la transferencia de las concesiones mineras que conforman la Unidad Minera Rosaura se realizó con fecha posterior a la comisión de la infracción materia del presente procedimiento administrativo sancionador. Asimismo, al haberse sancionado a PERUBAR con una multa monetaria, no se ha acreditado en qué extremo o de qué forma se ha vulnerado algún derecho o interés legítimo de QUENUALES.
57. Por otro lado, las disposiciones normativas citadas por la recurrente⁴⁴ establecen la regla bajo la cual todo adquirente de concesiones mineras se encuentra en la obligación de cumplir con los instrumentos de gestión ambiental que hayan sido aprobados a sus transferentes. Sin embargo, contraria a la interpretación que pretende dar QUENUALES, dichas disposiciones no permiten que adquirentes pretendan asumir o compartir responsabilidades por la comisión de infracciones administrativas realizadas por sus transferentes.
58. Además, en virtud del contrato de transferencia de las concesiones que conforman la Unidad Minera Rosaura, QUENUALES afirma que toda sanción que se imponga a PERUBAR en virtud de sus operaciones será asumida y pagada por QUENUALES⁴⁵.

del medio ambiente en el desarrollo de dichas actividades, incluidas las que deriven del incumplimiento de las normas que regulan los procedimientos de reclamos y quejas de los usuarios de energía eléctrica y gas y de lo resuelto por la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios – JARU, así como por los Cuerpos Colegiados y Tribunal de Solución de Controversias.

Incluye, asimismo, el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión, así como de las disposiciones reguladoras, normativas y/o mandatos dictadas por OSINERGMIN.

Artículo 2°.- Principios

En el ejercicio de su potestad sancionadora, OSINERGMIN se sujetará a los principios contenidos en el Artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444."

⁴⁴ **Decreto Supremo N° 016-93-EM - Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero – Metalúrgica, publicado en el diario oficial El Peruano el 1 de mayo de 1993.-**

"Artículo 19°.- En el caso de que el titular de la actividad minera transfiera o ceda la operación, el adquirente o cesionario estará obligado a ejecutar el PAMA y/o el EIA que le haya sido aprobado a su transferente o cedente."

Decreto Supremo N° 033-2005-EM - Reglamento para el Cierre de Minas, publicado en el diario oficial El Peruano el 15 de agosto de 2005.-

"Artículo 28°.- Transferencia o cesión de la unidad minera materia de cierre

En el caso que el titular de actividad minera transfiera o ceda la unidad minera, el adquirente o cesionario estará obligado a ejecutar el Plan de Cierre de Minas aprobado. El adquirente o cesionario deberá constituir la garantía a que se refiere el artículo 5° del presente Reglamento, en remplazo o en forma complementaria a las garantías otorgadas por el transferente o cedente.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, la responsabilidad relativa al cierre de minas podrá extenderse al transferente y al adquirente, o en su caso, al cedente y al cesionario."

⁴⁵ Al respecto, resulta pertinente citar lo señalado por Quenuales en su escrito (Fojas 760 y 761):

59. Cabe señalar que, respecto a la fuerza que tienen los contratos privados para imponer sus pactos a las normas ambientales⁴⁶ y pretender de este modo modificar las reglas de derecho, BIBILONI señala lo siguiente⁴⁷:

"(...) La preservación del ambiente, por su misma esencia, siempre afecta derechos de terceros y, además, por la aplicación de los principios generales que la rigen, es una cuestión de orden público no disponible por las partes, por lo que excede del marco discrecional que el orden jurídico adjudica a la autonomía de la voluntad contractual (...)". (El subrayado es agregado)

60. Por lo tanto, el pacto asumido por QUENUALES frente a PERUBAR no es oponible frente a la Administración Pública.
61. En este sentido, corresponde desestimar la participación de EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A., en el procedimiento sancionador seguido contra PERUBAR S.A.

Teniendo en cuenta los considerandos expuestos, y de conformidad con lo establecido en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 29325 - Ley del Sistema 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 la Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 014-2012-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA;

SE RESUELVE:

Artículo primero.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación presentado por PERUBAR S.A. contra la Resolución Directoral N° 016-2013-OEFA/DFSAI del 10 de enero de 2013, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución, quedando agotada la vía administrativa.

"Adicionalmente, la Resolución impugnada no ha tomado en cuenta que cualquier eventual sanción pecuniaria que se imponga a Perubar derivada de sus operaciones mineras en la Unidad Minera "Rosaura", tendría que ser asumida y pagada por Los Quenuales, más aún, si en el Literal (v) de la cláusula séptima del Testimonio de la Escritura Pública de Transferencia de Concesiones Mineras, Concesión de Beneficio y otros Activos de fecha 21 de julio de 2010, Los Quenuales asumió –entre otros- la siguiente obligación frente a Perubar:

'Defenderá y mantendrá a LA TRANSFERENTE libre e indemne de cualquier responsabilidad que le pueda ser atribuida y que le corresponda asumir como ADQUIERIENTE, respecto de las concesiones, depósitos y desmontes, reembolsándole todos los gastos en que LA TRANSFERENTE se viera obligada a incurrir, incluyendo los de su propia defensa, costos, costos procesales, pago de daños y perjuicios a terceros, intereses y otros''

⁴⁶ De acuerdo con el Numeral 7.2 del Artículo 7° de la Ley N° 28611, las normas ambientales en general son de orden público y deben aplicarse e interpretarse siguiendo los principios, lineamientos y normas contenidas en dicha Ley marco. En este sentido, resulta que de acuerdo con el principio de Responsabilidad Ambiental regulado en el Artículo IX del Título Preliminar de esta Ley, la responsabilidad debe recaer sobre el causante de la degradación ambiental.

⁴⁷ BIBILONI, Héctor Jorge. El Proceso Ambiental. Objeto. Competencia. Legitimación. Prueba. Recursos. Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires. 1° edición, 2005.

Artículo segundo.- DISPONER que el monto de la multa, ascendente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), sea depositado en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicar al momento de la cancelación al número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

Artículo tercero.- NOTIFICAR la presente resolución a PERUBAR S.A. y a EMPRESA MINERA LOS QUENUALES 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



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