

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N°163-2013-OEFA/TFA

Lima, 23 JUL. 2013

VISTOS:

El Recurso de Apelación interpuesto por VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A. contra la Resolución Directoral N° 376-2012-OEFA/DFSAI emitida por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental el 4 de diciembre de 2012, en el Expediente N° 191-08-MA/E; y el Informe N° 175-2013-OEFA/TFA/ST del 12 de julio de 2013;

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes

1. El presente procedimiento administrativo sancionador se inició como consecuencia de la supervisión especial llevada a cabo del 21 al 24 de octubre de 2008, en las instalaciones de la Unidad Minera Cerro de Pasco, ubicada en el distrito de Simón Bolívar, provincia de Pasco, departamento de Pasco, de titularidad de VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A.¹ (en adelante, VOLCAN), obrante en el Informe N° 2b UEA Cerro de Pasco, Campaña 7, elaborado por Consorcio EMAIMEHSUR S.R.L.- PROING & SERTEC S.A. ING. ASOC.²
2. En la Resolución Directoral N° 376-2012-OEFA/DFSAI del 4 de diciembre de 2012³, notificada en la misma fecha, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental-OEFA (en adelante, DFSAI) incluyó los siguientes cuadros que muestran los resultados obtenidos en los puntos de control E-3, E-4 y E-5 (código OSINERGMIN)⁴:

¹ Con Registro Único de Contribuyente N° 20383045267.

² Fojas 3 a 111.

³ Fojas 179 a 185.

⁴ Los citados puntos de control son identificados también mediante los siguientes códigos del Ministerio de Energía y Minas: 202, 203 y 204, respectivamente.

Punto de Monitoreo	Parámetro	Anexo 1 Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Día	Turnos	Resultados del análisis (mg/L)
E-3 (202)	STS	50	Día 1 21/10/2008	1° Turno	113 (Foja 148)
			Día 3 24/10/2008	1° Turno	56 (Foja 164)
				3° Turno	123 (Foja 165)
	Pb Disuelto	0.400	Día 3 24/10/2008	2° Turno	0.529 (Foja 164)
	Zn Disuelto	3.00	Día 1 21/10/2008	1° Turno	3.916 (Foja 149)
			Día 2 22/10/2008	3° Turno	3.070 (Foja 157)
			Día 3 24/10/2008	3° Turno	3.974 (Foja 165)
	Fe Disuelto	2.00	Día 1 21/10/2008	1° Turno	8.300 (Foja 148)
				2° Turno	5.700 (Foja 148)
				3° Turno	3.00 (Foja 149)
			Día 2 22/10/2008	1° Turno	3.200 (Foja 156)
				2° Turno	3.900 (Foja 156)
3° Turno				2.600 (Foja 157)	
Día 3 24/10/2008	1° Turno	4.700 (Foja 164)			
	2° Turno	8.000 (Foja 164)			

Punto de Monitoreo	Parámetro	Anexo 1 Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Día	Turnos	Resultados del análisis (mg/L)
E-4 (203)	pH	6-9	Día 3 24/10/2008	3° Turno	9.3 (Foja 88)
	STS	50	Día 1 21/10/2008	3° Turno	115 (Foja 149)
				Día 2 22/10/2008	1° Turno
			2° Turno		58 (Foja 157)
			3° Turno		100 (Foja 157)
			Día 3 24/10/2008		1° Turno
				2° Turno	328 (Foja 165)
	3° Turno	103 (Foja 165)			
	Fe Disuelto	2.00	Día 1 21/10/2008	3° Turno	2.400 (Foja 149)
				Día 2 22/10/2008	1° Turno
			2° Turno		2.400 (Foja 157)
			3° Turno		2.200 (Foja 157)
Día 3 24/10/2008			2° Turno		3.300 (Foja 165)
			3° Turno	2.600 (Foja 165)	

Punto de Monitoreo	Parámetro	Anexo 1 Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Día	Turnos	Resultados del análisis (mg/L)
E-5	Fe Disuelto	2.00	Día 3	1° Turno	2.90 (Foja 164)

(204)		24/10/2008	2° Turno	2.50 (Foja 167)
-------	--	------------	----------	-----------------

3. Al respecto, la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, que aprueba los Niveles Máximos Permisibles para efluentes líquidos minero-metalúrgicos, publicada en el diario oficial El Peruano el 13 de enero de 1996, establece en su Anexo 1 los Niveles Máximos Permisibles de emisión para las unidades minero – metalúrgicas. Los niveles aprobados en los parámetros relevantes para el caso son:

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

PARAMETRO	VALOR EN CUALQUIER MOMENTO	VALOR PROMEDIO ANUAL
pH	Mayor que 6 y Menor que 9	Mayor que 6 y Menor que 9
Sólidos Totales Suspendidos (mg/l)	50	25
Zinc (mg/l)	3.0	1.0
Fierro (mg/l)	2.0	1.0
Plomo (mg/l)	0.4	0.2

4. En atención a estos resultados, DFSAI impuso a VOLCAN una multa de ciento cincuenta (150) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), conforme se detalla a continuación:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
En el punto de control E-3 (código OSINERGMIN) / (202) (código del Ministerio de Energía y Minas) correspondiente al efluente aguas de la Planta Concentradora, se reportaron	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ⁵	Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ⁶	50 UIT

⁵ 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."

⁶ 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°s. 011-96-EM/VMM, 315-96-EM/VMM y otras normas modificatorias y complementarias, que sean*

valores para los parámetros STS, Pb disuelto, Zn disuelto, Fe disuelto, 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			
En el punto de control E-4 (código OSINERGMIN) / 203 (código del Ministerio de Energía y Minas) correspondiente al efluente aguas de la Planta de Neutralización, se reportaron valores para los parámetros pH, STS, Fe disuelto, 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	Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	50 UIT
En el punto de control E-5 (código OSINERGMIN) / 204 (código del Ministerio de Energía y Minas) correspondiente al efluente aguas de mina, se reportó un valor para el parámetro Fe disuelto, que incumple 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	Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	50 UIT
MULTA TOTAL			150 UIT

5. Mediante escrito del 26 de diciembre de 2012⁷, VOLCAN interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 376-2012-OEFA/DFSAI del 04 de diciembre de 2012, argumentando lo siguiente:

a) Se ha vulnerado el principio de legalidad, previsto en el Numeral 1 del Artículo 230° de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, dado que la sanción impuesta se sustenta en la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, la cual no tiene rango de ley ni cuenta con una remisión directa y expresa a una norma con dicho rango.

Además, alega que, a través del Artículo 17° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, se atribuyó al Ministerio del Ambiente la facultad de tipificar infracciones ambientales por vía reglamentaria, pero a la fecha de la comisión de las infracciones no fue emitida norma alguna con rango de ley que previera las sanciones aplicables.

b) Se ha vulnerado el principio de tipicidad establecido en el Numeral 4 del Artículo 230° de la Ley N° 27444, toda vez que la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM no define con precisión las conductas constitutivas de infracción administrativa

detectadas como consecuencia de la fiscalización o de los exámenes especiales el monto de la multa será de 10 UIT por cada infracción, hasta un máximo de 600 UIT. (...)."

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

sancionable, limitándose a señalar como infracción el incumplimiento de obligaciones derivadas de diversas normas legales allí estipuladas, por lo que constituye una ley sancionadora en blanco. Asimismo, la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM tampoco puede considerarse como la norma base de la tipificación.

- c) Se ha sancionado a VOLCAN bajo una interpretación extensiva de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, la misma que exige que el daño ambiental haya quedado demostrado durante la investigación; sin embargo, ello no ha ocurrido, en la medida que en el informe de supervisión no se consigna que la apelante haya generado algún daño, razón por la cual se ha transgredido el principio de tipicidad establecido en el Numeral 4 del Artículo 230° de la Ley N° 27444.
- d) Se han vulnerado los principios del debido procedimiento y verdad material, contenidos en los Numerales 1.2 y 1.11 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, toda vez que no existe prueba que demuestre que el exceso de los Límites Máximos Permisibles (en adelante LMP) ha ocasionado daño al ambiente. Además, la sola verificación del exceso de los LMP no determina la configuración de un menoscabo material al ambiente o sus componentes que genere efectos negativos actuales o potenciales.
- e) No se ha verificado ni establecido la relación de causalidad entre la conducta imputada a VOLCAN y el supuesto daño ambiental ocasionado.
- f) El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental realiza un ejercicio arbitrario y abusivo de su potestad sancionadora al haber transgredido los principios de legalidad y tipicidad, y haber multado a VOLCAN sin acreditar el daño ambiental y la relación causal respectiva; por ello su actuar configura el delito tipificado en el Artículo 376° del Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 635.

6. Mediante Resolución N° 109-2013-OEFA/TFA del 15 de mayo de 2013, se declaró infundado el recurso de apelación presentado por la apelante contra la Resolución Directoral N° 376-2012-OEFA/DFSAI del 4 de diciembre de 2012. Sin embargo, mediante Resolución N° 144-2013-OEFA/TFA del 2 de julio de 2013, se declaró la nulidad de oficio de la acotada Resolución N° 109-2013-OEFA/TFA, por no haberse atendido la solicitud de informe oral formulado por VOLCAN.

7. Asimismo, en la mencionada Resolución N° 144-2013-OEFA/TFA se citó a VOLCAN para la Audiencia de Informe Oral programada para el 12 de julio de 2013; sin embargo, la misma no se llevó a cabo por inasistencia de la apelante, conforme consta en la respectiva Acta⁸.

II. Competencia

⁸ Foja 259.

8. 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 Ambiente⁹, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA.
9. En mérito a lo establecido en los Artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental¹⁰, 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 ambiental.
10. 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 ambiental serán asumidas por el OEFA¹¹.

⁹ 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.-
Segunda Disposición Complementaria Final

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.

¹⁰ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 05 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 el 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 la de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones y compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental, de las normas ambientales, compromisos ambientales de contratos de concesión y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA, en concordancia con lo establecido en el artículo 17. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas cautelares y correctivas.
(...)"*

¹¹ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.-

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

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

11. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM¹² se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN¹³) al OEFA, y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de julio de 2010¹⁴, 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.
12. Por otro lado, el Artículo 10° de la Ley N° 29325¹⁵, los Artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM¹⁶, y el Artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución N° 005-2011-OEFA/CD¹⁷, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental

¹² 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.”

¹³ 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.”

¹⁴ Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD – Aprueban aspectos objeto de la transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería entre el OSINERGMIN y el OEFA, publicada 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.”

¹⁵ 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. (...).”

¹⁶ 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.”*

¹⁷ Resolución de Consejo Directivo N° 005 -2011-OEFA/CD - Aprueban Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 21 de julio de 2011.-

“Artículo 4°.- Competencia del Tribunal

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

III. Norma Procedimental Aplicable

13. Previamente al análisis de los argumentos formulados por VOLCAN, 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° 27444¹⁸, establecer la normativa procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes.
14. En tal sentido, corresponde indicar que a la fecha de inicio del presente procedimiento administrativo sancionador 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, aprobado por Resolución N° 012-2012-OEFA/CD, vigente desde el 14 de diciembre de 2012¹⁹.

IV. Análisis

IV.1 Protección constitucional al ambiente

15. De acuerdo al Numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú²⁰, toda persona tiene el derecho fundamental a "gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida".

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.

¹⁸ 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.

(...)."

¹⁹ Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD – Aprueban 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."

²⁰ 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.

(...)."

16. El Tribunal Constitucional señala 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”²¹.

17. Asimismo, dicho Tribunal ha señalado que, además del Numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú, existe un conjunto de disposiciones de la Carta fundamental referidas a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el ambiente, denominado “Constitución Ecológica”²², de las que se deriva un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar y promover frente a las actividades humanas que pudieran afectar al ambiente tal como se aprecia a continuación:

*“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”²³. (Resaltado nuestro)*

*“(...) la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsora del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar. **La Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que 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”²⁴ (Resaltado nuestro)*

18. En ese sentido, 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”²⁵.*

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, Fundamento Jurídico 4.

²² Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de agosto de 2008, recaída en el Expediente N° 3610-2008-PA/TC, Fundamento Jurídico 33.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, Fundamento Jurídico 11.

²⁴ Ibid. Fundamento Jurídico 24.

²⁵ 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:

19. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha definido al ambiente en los siguientes términos:

"(...) 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)"²⁶.

20. En esa línea, el Numeral 2.3 del Artículo 2° de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente²⁷ 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.
21. 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 ambiente. Es por ello que dichas medidas se encuentran contempladas en el marco jurídico que regula la protección del ambiente y en los instrumentos de gestión ambiental.
22. 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 Con relación a la vulneración al principio de legalidad

23. Respecto a lo alegado en el literal a) del considerando 5 de la presente Resolución, cabe señalar que la legalidad de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM quedó establecida a través de la Ley General de Minería, cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-

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

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del 1 de abril de 2005, recaída en el Expediente 0048-2004-AI, Fundamento Jurídico 27.

²⁷ 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."*

EM, de conformidad con lo establecido en la Tercera Disposición Final de la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales; norma con rango de ley que permite la remisión a disposiciones reglamentarias para el ejercicio de la potestad sancionadora en el sector minero²⁸.

24. En efecto, de acuerdo al Literal l) del Artículo 101° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, corresponde imponer sanciones y multas a los titulares de derechos mineros que incumplan sus obligaciones o infrinjan las disposiciones señaladas en dicha Ley, su Reglamento y el Código del Medio Ambiente²⁹.
25. Es bajo el marco planteado que se emitió la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, norma que estableció la Escala de Multas y Penalidades por incumplimientos, entre otros, de obligaciones ambientales, dentro de las cuales se encuentran aquellas contenidas en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.
26. Asimismo, se tiene que mediante Ley N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERGMIN, se declaró que en tanto se aprueben por el regulador los procedimientos de fiscalización de las actividades mineras a su cargo, seguirán vigentes las disposiciones sobre esta materia contenidas, entre otras, en la Escala de Sanciones y Multas aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, siendo de aplicación todas las normas complementarias que se encontraban vigentes a la fecha de la promulgación de esta Ley.
27. A su vez, con relación a la vigencia de la citada Resolución Ministerial, corresponde señalar que a través del Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, en concordancia con la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA. Así, el Artículo 4° de la mencionada Ley, autorizó al OEFA a sancionar las infracciones en materia ambiental empleando el marco normativo y escalas de sanciones que venía aplicando el regulador³⁰.

²⁸ Ley N° 26821 - Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Disposiciones finales,

Vigencia de convenios de estabilidad y de leyes especiales sobre recursos naturales, publicada en el diario oficial El Peruano el 26 de junio de 1997.-

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.

²⁹ Decreto Supremo N° 014-92-EM - Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, publicada en el diario Oficial El Peruano el 04 de junio de 1992.-

"Artículo 101°.- Son atribuciones de la Dirección General de Minería, las siguientes:

l) Imponer sanciones y multas a los titulares de derechos mineros que incumplan con sus obligaciones o infrinjan las disposiciones señaladas en la presente Ley, su Reglamento y el Código de Medio Ambiente."

³⁰ 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, publicada en el diario oficial El Peruano el 21 de enero de 2010.-

"Artículo 4°.- Referencias Normativas

28. Por lo tanto, la legalidad de la Escala de Multas y Sanciones, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, viene dada por la Ley General de Minería y complementada por las Leyes N° 28964 y N° 29325; y, en ese sentido, deviene en válidamente aplicable por el OEFA.
29. De otro lado, cabe indicar que el Artículo 103° de la Constitución Política, en concordancia con el Artículo III del Título Preliminar del Código Civil, establece la regla de la aplicación inmediata de la ley, lo que implica que desde su entrada en vigencia, esta se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. De este modo, los hechos cumplidos bajo la antigua ley se rigen por aquélla, mientras que los efectos o hechos producidos luego de la entrada en vigencia de la nueva ley se rigen por esta³¹.
30. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha explicado la citada regla de derecho, entre otros, a través de los Fundamentos Jurídicos N° 72, 73 y 74 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional recaída en el expediente N° 00008-2008-PI/TC, cuyo texto es el siguiente³²:

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

31. Asimismo, el principio de irretroactividad regulado en el Numeral 5 del Artículo 230° de la Ley N° 27444, prevé que serán 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.
32. En este marco normativo cabe indicar que, a la fecha en que se configuraron los hechos que sustentaron la infracción imputada, resultaba aplicable la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-

Al término del proceso de transferencia de funciones, toda referencia a las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental que realiza el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, se entenderá como efectuada al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, pudiendo este último sancionar las infracciones en materia ambiental que hayan sido tipificadas mediante normas y reglamentos emitidos por el OSINERGMIN, aplicando la escala de sanciones que para tal efecto hubiere aprobado dicho organismo regulador."

³¹ Constitución Política del Perú 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 - Código Civil, publicada en el diario oficial El Peruano el 25 de julio de 1984.-
"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."

³² Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el N° 00008-2008-PI/TC. Disponible en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00008-2008-AI.html#_ftn22

EM/VMM. Por tal razón, correspondía sancionar a VOLCAN según los tipos infractores contenidos en dicho dispositivo legal, lo que es conforme a las reglas de aplicación temporal de las normas arriba citadas.

33. De otro lado, a través del Artículo 17° de la Ley N° 29325, modificado por el Artículo único de la Ley N° 29514, se estableció la potestad tipificadora de infracciones ambientales por vía reglamentaria a favor del Ministerio del Ambiente. Por ello, dicha entidad emitió el Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM, que aprueba el Cuadro de Tipificación de Infracciones Ambientales y Escala de Multas y Sanciones aplicables a la Gran y Mediana Minería respecto de Labores de Explotación, Beneficio, Transporte y Almacenamiento de Concentrados de Minerales, publicado el 10 de noviembre de 2012³³.
34. Sin embargo, pese a lo alegado por la recurrente, dicho Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escalas de Multas y Sanciones aprobado por Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM, no resulta aplicable al presente caso dado que no se encontraba vigente a la fecha de comisión de la infracción, ni constituye una norma sancionadora más favorable a VOLCAN. Esto último, por cuanto se mantienen las infracciones por incumplimiento de los LMP incluso con una multa mayor a la prevista en la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, la que alcanza hasta diez mil (10,000) UIT.

Por las consideraciones expuestas, corresponde desestimar lo alegado por la apelante.

IV.3 Respecto a la vulneración al principio de tipicidad

35. Con relación a lo alegado en el literal b) del considerando 5 de la presente Resolución, resulta oportuno indicar, que dentro de las exigencias derivadas del principio de tipicidad previsto en el Numeral 4 del Artículo 230° de la Ley N° 27444, se encuentra la exigencia de exhaustividad suficiente en la descripción de la conducta prohibida, de modo tal que se identifiquen los elementos de la conducta sancionable.
36. En tal sentido, considerando que la apelante cuestiona el aspecto descrito en el párrafo precedente, corresponde determinar si el Numeral 3.2 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.

33

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

"Artículo 17°.- Infracciones

Mediante decreto supremo, refrendado por el Ministro del Ambiente y en vía reglamentaria, se tipifican las conductas sancionables administrativamente por infracciones ambientales previstas en la Ley núm. 28611, Ley General del Ambiente, y demás normas sobre la materia."

Ley N° 29514 - Ley que modifica el artículo 17° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, y dicta otras disposiciones, publicada en el diario El Peruano el 26 de marzo de 2010.-

Segunda.- Vigencia y derogatoria

La presente Ley entra en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano y deroga toda disposición que se le oponga.

37. 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:

*“3.1 **Infracciones de las disposiciones referidas a medio ambiente** contenidas en el TUO, Código del Medio Ambiente o Reglamento de Medio Ambiente, aprobado por D.S. N° 016-93-EM y su modificatoria aprobado por D.S. N° 059-93-EM; D.S. N° 038-98-EM, Reglamento Ambiental para Exploraciones; D. Ley N° 25763, Ley de Fiscalización por Terceros y su Reglamento aprobado por D.S. N° 012-93-EM, **Resoluciones Ministeriales N°s. 011-96-EM/VMM, 315-96-EM/VMM y otras normas modificatorias y complementarias, que sean detectadas como consecuencia de la fiscalización o de los exámenes especiales el monto de la multa será de 10 UIT por cada infracción, hasta un máximo de 600 UIT. En los casos de pequeño productor minero la multa será de 2 UIT por infracción (...)**”.* (El resaltado es nuestro)

38. Adicionalmente, en el Numeral 3.2 del Punto 3 de la referida norma se establecen los supuestos específicos que ameritan el incremento de la sanción, como se observa a continuación:

“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, (...)”.

39. 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 experiencia³⁴. 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.

40. En ese sentido, de la revisión de lo señalado en el Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, se verifica que dicha norma establece como obligación ambiental fiscalizable, que los resultados analíticos obtenidos para cada parámetro regulado a partir de las muestras provenientes de los efluentes minero-metalúrgicos, deben cumplir con los LMP regulados en su Anexo 1; obligación de tipo permanente, cuyo incumplimiento acarrea la configuración de daño ambiental, descrito en el Numeral 142.2 del Artículo 142° de la Ley N° 28611³⁵.

41. Conforme a lo expuesto, es válido concluir que el incumplimiento de la obligación ambiental fiscalizable contenida en el Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, constituye infracción grave y sancionable conforme al tipo

³⁴ Sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0010-2002-AI.html>

³⁵ Sobre la configuración del daño ambiental como consecuencia del incumplimiento de los LMP corresponde remitirse al numeral IV.5. de la presente Resolución.

contenido en el Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM³⁶.

42. En atención a lo expuesto, este cuerpo colegiado considera que la infracción tipificada en el Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM no contraviene el contenido del principio de tipicidad, en particular en lo relativo a la exhaustividad en la descripción de la conducta típica.

En base a las consideraciones antes expuestas, corresponde desestimar lo alegado en este extremo.

IV.4 Sobre la vulneración del principio de tipicidad debido a la interpretación extensiva del Numeral 3.2 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM

43. En la misma línea de lo señalado en el numeral IV.3 de la presente Resolución, el principio de tipicidad regulado en el Numeral 4 del Artículo 230° de la Ley N° 27444 impone a la Administración, entre otros, el deber de realizar una adecuada subsunción de los hechos a la descripción típica de la infracción imputada, excluyéndose la interpretación extensiva o aplicación analógica de la norma tipificadora.

44. En tal contexto, conforme a lo detallado en el literal c) del considerando 5 de la presente Resolución, la recurrente sostiene que DFSAI habría realizado una aplicación extensiva del Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, toda vez que el daño no se habría demostrado durante la supervisión.

45. Al respecto, resulta oportuno señalar que la infracción imputada a VOLCAN, tipificada en el Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, prevé dos elementos como parte de su supuesto de hecho:

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

46. Ahora bien, en cuanto al elemento previsto en el literal a) corresponde remitirse a lo indicado en el considerando 2 de la presente Resolución, donde se verifica el exceso de los LMP aplicables a los parámetros STS, Pb disuelto, Zn disuelto, Fe disuelto y pH, cuyos resultados constan en los Informes de Ensayo con Valor Oficial N° MA806695, MA806630-1, MA806645-1 y MA806695-1, emitidos por el laboratorio SGS DEL PERÚ S.A.C. acreditado ante el INDECOPI.³⁷

³⁶ En este sentido, se aprecia que la conducta ilícita tipificada en el Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución N° 353-2000-EM/VMM es una infracción precisa e inequívoca, respecto del incumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables que se imponen al titular minero. Y, asimismo, se verifica que existe una predeterminación normativa de la conducta y sanción correspondiente, no dando lugar a posibles interpretaciones extensivas o analógicas al momento de aplicar las normas que contienen la infracción tipificada.

³⁷ Fojas 88, 147 a 167.

47. A su vez, con relación al elemento descrito en el literal b), resulta oportuno señalar que conforme se desprende de los Cuadros N° 5-4, 5-5 y 5-6 del Informe de Supervisión N° 2b UEA CERRO DE PASCO - Campaña 7³⁸, el muestreo realizado en los referidos puntos de control se practicó los días 21 al 24 de octubre de 2008, esto es durante la supervisión especial llevada a cabo en las instalaciones de la recurrente por la Supervisora Externa Consorcio EMAIMEHSUR S.R.L.- PROING & SERTEC S.A. ING ASOC, arrojando resultados que exceden los LMP aplicables a los parámetros sancionados.
46. En esta misma línea, resulta oportuno precisar que contrariamente a lo expuesto por VOLCAN, el tipo infractor no exige que la Supervisora Externa sea quien determine la configuración o no de ilícitos administrativos, toda vez que de acuerdo a los Numerales 28.3 y 28.5 del Artículo 28° del Reglamento aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD, corresponde al OEFA (antes, Gerencias de Línea del OSINERGMIN) evaluar el contenido de los informes de supervisión y determinar la naturaleza de los hechos constatados por la Supervisora, contando con la facultad de iniciar el respectivo procedimiento sancionador de considerar que éstos constituyen infracción administrativa³⁹.
48. Por tal motivo, si bien en el Informe de Supervisión N° 2b UEA CERRO DE PASCO - Campaña 7, no se señala textualmente que se haya causado un daño al ambiente, dicho instrumento sí concluye que se incumplió el LMP aplicable a los parámetros:
- STS, Pb disuelto, Zn disuelto, Fe disuelto reportado en el punto de control E-3 (código OSINERGMIN) / 202 (código del Ministerio de Energía y Minas);
 - pH, STS, Fe disuelto para el punto de control E-4 (código OSINERGMIN) / 203 (código del Ministerio de Energía y Minas);
 - Fe disuelto en el punto de control E-5 (código OSINERGMIN) / 204 (código del Ministerio de Energía y Minas).
49. De esta manera, se configura la situación de daño ambiental definida en el Numeral 142.2 del Artículo 142° de la Ley N° 28611, lo que a su vez fue determinado por el OSINERGMIN al inicio del presente procedimiento

³⁸ Fojas 14 a 16.

³⁹ Resolución N° 324-2007-OS-CD - Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN, publicado en el diario oficial El Peruano el 10 de junio de 2007.-
"Artículo 28°.- Revisión y Evaluación de los Informes de Supervisión
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 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."

administrativo sancionador, y confirmado por la primera instancia del OEFA en la resolución recurrida.

50. Por lo expuesto, habiéndose acreditado la configuración de los componentes del supuesto de hecho de la infracción sancionada, se concluye que no se ha realizado una interpretación extensiva del Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, por lo que no se ha vulnerado el principio de tipicidad.

En base a las consideraciones antes expuestas corresponde desestimar lo alegado por la apelante en este extremo.

IV.5 Sobre la configuración de daño ambiental por exceso de los LMP y la vulneración de los principios de debido procedimiento y verdad material

51. En relación a lo alegado en el literal d) del considerando 5 de la presente Resolución, conviene señalar que por disposición del principio del debido procedimiento, establecido en el Numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, los administrados tienen el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho, lo que implica que los pronunciamientos de la autoridad administrativa deben sustentarse en la debida aplicación e interpretación del conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico vigente.

52. Por su parte, el principio de verdad material regulado en el Numeral 1.11 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444⁴⁰, prevé que los pronunciamientos que emiten las entidades al interior de los procedimientos administrativos sancionadores sólo podrán sustentarse en aquellos hechos que se encuentren debidamente probados.

53. En este contexto, VOLCAN cuestiona que no existe prueba que demuestre que el exceso de los LMP⁴¹ ha ocasionado daño al ambiente. Además, según indica VOLCAN, la sola verificación del exceso de los LMP no determina la configuración de un menoscabo material al ambiente o sus componentes que genere efectos negativos actuales o potenciales. En tal sentido, resulta importante en este procedimiento determinar los alcances de la categoría "**daño ambiental**".

⁴⁰ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.-


Título Preliminar

"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo


1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.
(...)."


⁴¹ Al respecto, cabe indicar que la doctrina considera que "[e]l LMP es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y/o biológicos que caracterizan a un efluente o a una emisión, que al ser expedida causa o puede causar daño a la salud, al bienestar humano y al ambiente. (...) Los LMP sirven para el control y fiscalización de los agentes que producen efluentes y emisiones, a efectos de establecer si se encuentran dentro de los parámetros considerados inocuos para la salud, el bienestar humano y el ambiente. Excederlos acarrea responsabilidad administrativa, civil o penal, según el caso". Véase: ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*. Lima: IUSTITIA 2011, p. 458.

54. Al respecto, el Numeral 142.2 del Artículo 142° de la Ley N° 28611⁴² define el daño ambiental como todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, tenga origen o no en la contravención a normas de protección y conservación del ambiente, cuyos efectos negativos pueden ser **actuales o potenciales**⁴³.
55. En ese sentido, conforme al pronunciamiento emitido por este Tribunal mediante la Resolución N° 082-2013-OEFA/TFA⁴⁴, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 15 de abril de 2013, la definición de daño ambiental prevista en la Ley N° 28611 recoge dos elementos de importancia:
- a) El daño ambiental debe importar un menoscabo material al ambiente y/o a alguno de sus componentes.
 - b) El referido menoscabo material debe generar efectos negativos, que pueden ser **actuales o potenciales**.
56. Con relación al primer elemento, referido al menoscabo material, cabe señalar que ello involucra toda afectación⁴⁵ al ambiente que se produce, por ejemplo, al emitir sustancias contaminantes que deterioran la calidad física o química de alguno o varios de los elementos del ambiente, alterando su estado natural en mayor o menor medida.
57. A su vez, el segundo elemento hace referencia a que en la configuración del daño ambiental no es indispensable que los efectos negativos del menoscabo material producido en el ambiente sean actuales, sino que resulta suficiente que dichos efectos negativos sean potenciales⁴⁶, entendiendo como potencial aquello que puede suceder o existir⁴⁷.


 ⁴² 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."

 ⁴³ Sobre el concepto de daño ambiental, la doctrina sostiene que "(...) un daño ambiental es una lesión física no limitada a un espacio o a un tiempo determinados, por eso sus consecuencias se expanden rápidamente irradiando en todas sus direcciones, tanto en el espacio como en el tiempo (...) Un hecho generador de daño ambiental hoy constituye siempre la posibilidad de otro daño mañana". Véase: BIBILONI, Héctor Jorge. "El proceso ambiental". Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005. p. 86 – 87.

 ⁴⁴ Procedimiento administrador sancionador seguido contra NYRSTAR ANCASH S.A., tramitado en el expediente N° 157-09-MA/E.

⁴⁵ SANCHEZ YARINGAÑO, Gadwyn. "El principio de responsabilidad ambiental y su aplicación por la administración pública en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores: Una perspectiva crítica". Lima: Themis XXXV N°58, 2010. p. 279.

 ⁴⁶ En esa línea, Peña Chacón sostiene que "[d]e esta forma, se rompe con uno de los elementos característicos del derecho de daños, por el cual este debe ser siempre cierto, efectivo, determinable, evaluable, individualizable y no puramente eventual o hipotético, pues, tratándose del daño ambiental, es necesario únicamente su probabilidad futura para determinar su existencia y tomar las medidas necesarias con el fin de impedir sus efectos nocivos". Véase: PEÑA CHACÓN, Mario. "Daño Ambiental y Prescripción". Consultado el 18 de febrero de 2013 http://huespedes.cica.es/aliens/qimadus/19/06_mario_penia_chacon.html

⁴⁷ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

58. Tal como señala Sánchez Yaringaño *“el efecto negativo del daño ambiental no necesariamente debe ser inmediato y actual, sino que puede ser potencial y futuro. Al respecto, es necesario distinguir entre causas y efectos. De acuerdo a la Ley, solamente los efectos pueden ser actuales o potenciales, las causas que generan esos efectos sí tienen que verificarse en la realidad (...) a través de los métodos propios de la ciencia y de la tecnología”*⁴⁸.
59. En tal sentido, el menoscabo material se configura frente a toda acción u omisión, que altere, trastorne o disminuya algún elemento constitutivo del ambiente; mientras que lo potencial son los efectos negativos de ese menoscabo, es decir, la probabilidad futura en grado de verosimilitud de que ocurran dichos efectos negativos.
60. De acuerdo con lo establecido en el Numeral 32.1 del Artículo 32° de la Ley N° 28611, el LMP *“es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos que caracterizan a un efluente o una emisión, que **al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente (...)**”*⁴⁹ (Resaltado nuestro).
61. Por ello, si una empresa excede los LMP, causa o puede causar un daño que, de acuerdo con la definición del Numeral 142.2 del Artículo 142° de la Ley N° 28611 desarrollada en los considerandos 54 a 60 de la presente Resolución, constituye daño ambiental. En este caso, el menoscabo material se verifica mediante la debida comprobación del exceso de los LMP, es decir, la superación de los niveles tolerables de descargas al ambiente respecto de un determinado parámetro; mientras que los efectos negativos de tal menoscabo material pueden ser actuales o potenciales, conforme a lo señalado en el Numeral 32.1 del Artículo 32° de la Ley N° 28611.
62. De lo expuesto, se tiene que el exceso de los LMP implica la existencia de daño ambiental; y, por tanto, configura la infracción grave prevista en el Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, referida a la generación de daño al ambiente⁵⁰.

⁴⁸ SANCHEZ YARINGAÑO, Gadwyn. Ibid. loc. cit.

⁴⁹ Ley N° 28611 – Ley General del Ambiente.-
“Artículo 32°.- Del Límite Máximo Permisible.-
(...)”

32.1 *El Límite Máximo Permisible - LMP es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos que caracterizan a un efluente o una emisión, que **al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente. Su determinación corresponde al Ministerio del Ambiente. Su cumplimiento es exigible legalmente por el Ministerio del Ambiente y los organismos que conforman el Sistema Nacional de Gestión Ambiental. Los criterios para la determinación de la supervisión y sanción serán establecidos por dicho Ministerio.***

(...)”
(Resaltado es nuestro)

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

63. En este contexto, en el presente caso se evidencia que VOLCAN ha generado daño ambiental al haber excedido los LMP aplicables a los parámetros STS, Pb disuelto, Zn disuelto, Fe disuelto y pH, tal como ha quedado acreditado mediante los Informes de Ensayo con Valor Oficial N° MA806695, MA806630-1, MA806645-1 y MA806695-1, emitidos por el laboratorio SGS DEL PERÚ S.A.C. acreditado ante el INDECOPI, cuyos resultados han sido detallados en el considerando 2 de la presente Resolución.
64. En consecuencia, siguiendo lo señalado en los considerandos 53 al 63 de la presente Resolución, VOLCAN ha incurrido en la comisión de la infracción grave prevista en el Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM al haber excedido los LMP permitidos; y, por tanto, no se ha vulnerado los principios de debido procedimiento y verdad material alegados por la recurrente.

En base a las consideraciones antes expuestas, corresponde desestimar lo alegado por la apelante.

IV.6 Sobre la relación de causalidad entre la conducta imputada a VOLCAN y el supuesto daño ambiental ocasionado

65. Respecto a lo alegado en el literal e) del considerando 5 de la presente Resolución, corresponde precisar que como regla derivada del principio de causalidad previsto en el Numeral 8 del Artículo 230° de la Ley N° 27444⁵¹, la sanción debe recaer sobre el administrado que realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de la infracción administrativa.
66. En tal sentido, a efectos de determinar la correcta aplicación del citado principio en el presente procedimiento, este Tribunal considera oportuno verificar los siguientes aspectos:
- a) La ocurrencia de los hechos imputados; y
 - b) La ejecución de los hechos por parte de VOLCAN.
67. Al respecto, cabe indicar que el incumplimiento del LMP aplicable al parámetro STS, Pb disuelto, Zn disuelto, Fe disuelto y pH, se encuentra debidamente acreditado mediante los Informes de Ensayo con Valor Oficial N° MA806695, MA806630-1, MA806645-1 y MA806695-1, emitidos por el laboratorio SGS DEL PERÚ S.A.C. acreditado ante el INDECOPI.
68. A su vez, cabe precisar que en el punto 6 referente a las conclusiones del Informe de Supervisión N° 2b UEA CERRO DE PASCO - Campaña 7, se detalla lo siguiente:

⁵¹

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."

- Efluente activo aguas de la planta concentradora, corresponde al punto de control E-3 (código OSINERGMIN) / 202 (código del Ministerio de Energía y Minas);
- Efluente activo aguas de la planta neutralización, corresponde al punto de control E-4 (código OSINERGMIN) / 203 (código del Ministerio de Energía y Minas), y;
- Efluente activo aguas de mina, corresponde al punto de control E-5 (código OSINERGMIN) / 204 (código del Ministerio de Energía y Minas).

69. Por ello, se ha verificado que el exceso del LMP aplicable para los parámetros STS, Pb disuelto, Zn disuelto, Fe disuelto y pH, proviene de los efluentes producidos dentro de las instalaciones de la Unidad Minera Cerro de Pasco, de titularidad de la recurrente; razón por la cual devino válida la imposición de la sanción impuesta en este extremo al acreditarse la causalidad de la conducta infractora.
70. En consecuencia, de acuerdo al análisis formulado en los párrafos precedentes se ha verificado que no se ha vulnerado el principio de causalidad al haberse acreditado fehacientemente dentro del curso del presente procedimiento sancionador que VOLCAN incurrió en la conducta infractora; en consecuencia, corresponde desestimar lo alegado por la apelante en este extremo.

IV.7 Sobre el presunto ejercicio arbitrario y abusivo de la potestad sancionadora

71. Respecto a lo alegado en el literal f) del considerando 5 de la presente Resolución, cabe señalar que, conforme al análisis expuesto por este órgano colegiado en los numerales IV.2 y IV.3 de la presente Resolución, se ha respetado el contenido de los principios de legalidad y tipicidad, previstos en los Numerales 1 y 4 del Artículo 230° de la Ley N° 27444, razón por la cual el ejercicio de la potestad sancionadora de la primera instancia administrativa se realizó según lo establecido en el Numeral 229.1 del Artículo 229° de la referida ley, careciendo de sustento lo alegado por VOLCAN en el sentido que se haya incurrido en un ejercicio abusivo del mismo⁵².
72. Asimismo, en relación a la supuesta configuración del delito tipificado en el Artículo 376° del Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 635, conviene recalcar que, de acuerdo al Numeral 162.2 del Artículo 162° de la Ley N° 27444, en concordancia con el Artículo 190° del Código Procesal Civil, aplicable de manera supletoria de conformidad con la primera Disposición Final del mismo cuerpo legal; las alegaciones que formulen los administrados al interior de los procedimientos administrativos sancionadores, deben referirse de manera directa a los hechos materia de análisis, en aplicación de la regla de la pertinencia⁵³.

⁵² 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.*"

⁵³ 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,*

73. A su vez, cabe agregar que los procedimientos administrativos sancionadores tienen por finalidad determinar la ocurrencia de los hechos imputados a los administrados a título de infracción, de modo tal que acreditada su comisión, se impongan las sanciones legalmente establecidas.
74. En tal sentido, considerando que lo señalado por VOLCAN no se vincula con los hechos materia de sanción ni con el objeto de los procedimientos administrativos sancionadores, sino que pretende establecer una supuesta responsabilidad de tipo penal como consecuencia del ejercicio de la potestad sancionadora del OEFA, en aplicación del Numeral 163.1 del Artículo 163° de la Ley N° 27444, corresponde desestimar lo alegado por impertinente⁵⁴.
75. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que la apelante tiene expedito su derecho para hacer uso de los medios de defensa legal que le franquea el ordenamiento jurídico para cuestionar lo resuelto por esta entidad, lo que debe encausarse a través de las vías procedimentales correspondientes.

Por lo tanto, corresponde desestimar lo alegado por VOLCAN 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, modificada por

proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones."

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

"Artículo 190°.- Pertinencia e improcedencia.-

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:

Sistema Peruano de Información Jurídica Ministerio de Justicia

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."

54

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

"Artículo 163°.- Actuación probatoria

163.1 Cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija, la entidad dispone la actuación de prueba, siguiendo el criterio de concentración procesal, fijando un período que para el efecto no será menor de tres días ni mayor de quince, contados a partir de su planteamiento. Sólo podrá rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios." (El subrayado es nuestro)

Resolución 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 VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A. contra la Resolución Directoral N° 376-2012-OEFA/DFSAI del 04 de diciembre de 2012, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución, quedando agotada la vía administrativa.

Artículo segundo.- DISPONER que el monto de la multa, ascendente a ciento cincuenta (150) 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 VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.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 CÚBAS
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental


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


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