

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 252-2013-OEFA/TFA

Lima, 29 NOV. 2013

VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto por SOCIEDAD MINERA EL BROCAL S.A.A. contra la Resolución Directoral N° 346-2013-OEFA/DFSAI emitida por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental el 31 de julio de 2013, en el Expediente N° 014-10-MAE; y el Informe N° 260-2013-OEFA/TFA/ST del 10 de octubre de 2013;

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes

1. El presente procedimiento administrativo sancionador se inició como consecuencia de la supervisión especial que se llevó a cabo el 11 de diciembre de 2009 en la Unidad Minera "Colquijirca", ubicada en el distrito de Tinyahuarco, provincia y departamento de Pasco, de propiedad de SOCIEDAD MINERA EL BROCAL S.A.A.¹ (en adelante, EL BROCAL); en la cual se detectó infracciones a la normativa sobre Límites Máximos Permisibles. Como producto de dicha supervisión se elaboró el "Informe Integrado del Monitoreo Participativo de Efluentes de las Empresas Mineras ubicadas en la Cuenca del Río San Juan y parte del Río Mantaro" – Informe N° 001-2010-MP (en adelante, el Informe de Supervisión)².
2. Mediante Resolución Directoral N° 346-2013-OEFA/DFSAI del 31 de julio de 2013³, notificada el 12 de agosto de 2013, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA (en adelante, DFSAI) incluyó la siguiente información que muestra los

¹ Registro Único de Contribuyente N° 20100017572.

² Fojas 3 a 58.

³ Fojas 129 a 138.

resultados obtenidos en los puntos de control E-UNISH y la descarga de agua del depósito de relaves N° 5:

Punto de Monitoreo	Parámetro	Anexo 1 Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Resultados del análisis (mg/l)
E - UNISH	Zn	3.0 mg/l	3.245 mg/l (Foja 28)

Punto de Monitoreo	Parámetro	Anexo 1 Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Resultados del análisis (mg/l)
Descarga de agua de la relavera N° 5	Cu	1.0 mg/l	8.802 mg/l (Foja 27)
	STS	50 mg/l	55 mg/l (Foja 26)
	pH	Mayor que 6 y Menor que 9	10.30 (Foja 26)

3. En atención a los resultados, la DFSAI impuso a EL BROCAL una multa de ciento diez (110) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), conforme se detalla a continuación:

N°	HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	En el punto de control E-UNISH correspondiente al efluente de las aguas servidas de Colquijirca más el drenaje del socavón Lumbrerapampa, que desemboca en el río Ocshapampa, se reportó un valor para el parámetro Zn, que incumple el Límite Máximo Permisible establecido en el rubro "valor en cualquier	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 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°s. 011-96-EM/VMM, 315-96-EM/VMM y otras normas modificatorias y complementarias, que sean detectadas como consecuencia de la fiscalización o de los exámenes especiales el monto de la multa será de 10 UIT por cada infracción, hasta un máximo de 600 UIT. (...)*

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

	momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.			
2	En la descarga de agua proveniente del depósito de relaves N° 5 (punto identificado en las coordenadas UTM N8806016 y E359273) que desemboca en el río San Juan, se reportó valores para los parámetros Cu, STS y pH 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
3	El efluente proveniente del depósito de relaves N° 5 no se encuentra autorizado en estudio ambiental alguno, ni cuenta con punto de control.	Artículo 7° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ⁶	Numeral 3.1 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	10 UIT
MULTA TOTAL				110 UIT

4. El 3 de setiembre de 2013⁷, EL BROCAL interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 346-2013-OEFA/DFSAI, argumentando lo siguiente:

- a) El punto de control E-UNISH no corresponde a un efluente, sino a un cuerpo receptor que es el río Ocshapampa. Dicho punto de monitoreo es la unión del drenaje de las aguas servidas de Colquijirca, el drenaje del socavón Lumbrerapampa y el drenaje que proviene desde el relleno sanitario de material piritoso de la vía férrea Cerro de Pasco – Lima. Agrega EL BROCAL que desde el 2000 el socavón Lumbrerapampa está cerrado.

El aviso que identifica el punto de control E-UNISH se colocó en cumplimiento de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, cuando incorrectamente era considerado como efluente minero; sin embargo, se ha solicitado que se modifique dicho punto de control como correspondiente a un cuerpo receptor.

Durante la supervisión se solicitó la toma de contramuestras en todos los puntos de monitoreo que fue aceptada por los supervisores. Dichas muestras fueron tomadas conjuntamente con las muestras de la entidad supervisora, constituyendo así un medio probatorio a favor de EL BROCAL.

La supervisión especial se realizó con el objetivo de realizar el monitoreo participativo de efluentes de las empresas mineras ubicadas en el río San Juan

⁶ 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 7°.- Los titulares mineros están obligados a establecer en el EIA y/o PAMA o Declaración Jurada de PAMA, un punto de control en cada efluente líquido minero-metalúrgico, a fin de determinar la concentración de cada uno de los parámetros regulados y el volumen de descarga en metros cúbicos por día, que será medido al momento de efectuar la toma de la muestra. Dicho punto de control deberá ser identificado de acuerdo a la ficha del Anexo 3 que forma parte de la presente Resolución Ministerial."

⁷ Fojas 140 a 150.

y parte del río Mantaro; sin embargo, el río Ocshapampa, no descarga ni es afluente del río San Juan o Mantaro.

- b) El efluente proveniente del depósito de relaves N° 5 se encuentra, desde el año 2002, en el PAMA aprobado mediante Resolución Directoral N° 306-2002-EM-DGM del 8 de noviembre de 2002 bajo la denominación de E-3, en donde se consideró su monitoreo permanente.

Además, los depósitos de relaves están ubicados en una planicie que cuenta con una sola quebrada por donde puede drenar las aguas superficiales al río San Juan y donde está ubicado el punto de monitoreo de control E-3 y la tubería de descarga verificada durante la supervisión.

- c) Solo se ha indicado en la resolución apelada que el incumplimiento de los límites máximos permisibles (en adelante, LMP) implica una infracción grave generadora de daño ambiental, pero no se ha demostrado cuál ha sido el menoscabo material ni los efectos actuales o potenciales de dicho menoscabo.

Si bien el incumplimiento de los LMP configura contravención a una norma, como es el caso de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, aquello no basta para determinar la configuración de daño ambiental.

No se ha probado la relación de causalidad entre el incumplimiento de los LMP, ni la existencia de menoscabo material y la generación de efectos negativos.

- d) Se ha vulnerado el principio de legalidad, contenido en el Numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador, toda vez que no se realizó una investigación a fin de determinar si el exceso de los LMP causó un daño al ambiente, de acuerdo con lo establecido en el Numeral 3.2 del Punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-200-EM/VMM.

- e) Se ha vulnerado los principios del debido procedimiento y razonabilidad, contenidos en los Numerales 1.2 y 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar y el Numeral 3 del Artículo 230° de la Ley N° 27444, toda vez que no se ha señalado qué criterios fueron tomados en consideración para llevar a cabo la graduación de la multa.

- f) La resolución apelada no cumple con los requisitos de validez de los actos administrativos, dado que no se ha motivado el menoscabo material producido por el incumplimiento de los LMP, la relación causal entre este menoscabo y los efectos negativos que se pretende atribuir, tampoco se ha cumplido con señalar cuales han sido los criterios para graduar la multa.

II. Competencia

5. 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 - OEFA.

6. 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 ambiental.
7. 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 OEFA¹⁰.
8. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM¹¹ se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental del

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.-

"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.

⁹ 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.

(...)"

¹⁰ 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 documentario, 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

Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, 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.

9. 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 3° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución N° 032-2013-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.

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 - 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."

- 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."*

- ¹⁶ Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-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 2 de agosto de 2013.-

"Artículo 3°.- Competencia del Tribunal de Fiscalización Ambiental

El Tribunal de Fiscalización Ambiental es competente para pronunciarse sobre los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones emitidas por los órganos de línea del OEFA, las quejas por defectos de tramitación y otras funciones que le asigne la normativa de la materia".

III. Norma Procedimental Aplicable

10. Previamente al análisis de los argumentos formulados por EL BROCAL, 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 administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes.
11. En tal sentido, corresponde indicar que el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución N° 012-2012-OEFA/CD, vigente desde el 14 de diciembre de 2012¹⁸, es el aplicable al presente procedimiento.

IV. Análisis

IV.1 Protección constitucional al ambiente

12. De acuerdo al 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".
13. 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

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 – Aprueban Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 13 de diciembre de 2012.-

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

¹⁹ 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.

(...)."

de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. Evidentemente, tal obligación alcanza también a los particulares”²⁰.

14. 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”²¹, 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”²². (Resultado agregado)

“(…) 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 énfasis es agregado)

15. 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”²⁴.
16. En adición, 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)”²⁵.

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

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de agosto de 2008, recaída en el Expediente N° 3610-2008-PA/TC, Fundamento Jurídico 33.

²² Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente N° 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: <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.

17. 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.
18. 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.
19. 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 el punto de control E-UNISH

20. En relación a lo señalado en el Literal a) del Considerando 4 de la presente Resolución, el titular minero sostiene que el punto de control E-UNISH no corresponde a un efluente, sino a un cuerpo receptor que es el río Ocshapampa.
21. Al respecto, en la Tabla 1: Ubicación del Punto de Monitoreo de Efluentes Minero – Metalúrgicos del Informe de Supervisión²⁷ se indica lo siguiente:

Estación	Ubicación	Origen	Cuerpo Receptor	Coordenadas UTM	
E-UNISH	Unión del drenaje de las aguas servidas de Colquijirca más el drenaje del socavón Lumbrerapampa	Aguas servidas de Colquijirca más el drenaje del socavón Lumbrerapampa	Río Ocshapampa	8808495	362544

22. De lo expuesto se verifica que el flujo proveniente de la unión de las aguas servidas del Colquijirca más el drenaje del socavón Lumbrerapampa se subsume dentro de la definición de efluente líquido minero - metalúrgico establecida en el Literal a) del Artículo 13° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM. Así, el referido

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".

²⁷ Foja 12.

artículo define como efluente líquido minero - metalúrgico a los flujos descargados al ambiente, que provienen de cualquier labor, excavación o trabajo efectuado en el terreno, o de cualquier planta de tratamiento de aguas residuales asociadas con labores, excavaciones o trabajos efectuados dentro de los linderos de la unidad minera²⁸.

23. Por lo tanto, el punto de control E-UNISH sí corresponde a un efluente, toda vez que en dicho punto se monitorea un flujo que cumple con los requisitos de la definición de efluente líquido minero - metalúrgico; en tal sentido, la muestra tomada en dicho punto de control es válida a efectos de analizar el cumplimiento de los LMP establecidos en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.
24. De otro lado, EL BROCAL sostiene que el aviso que identifica el punto de control E-UNISH se colocó en cumplimiento de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, cuando incorrectamente era considerado como efluente minero; sin embargo, se ha solicitado que se modifique dicho punto de control como correspondiente a un cuerpo receptor.
25. Al respecto, debe señalarse que la referida solicitud fue presentada por EL BROCAL ante el Ministerio de Energía y Minas el 28 de octubre de 2011²⁹, es decir, con fecha posterior a la supervisión especial que originó el presente procedimiento administrativo sancionador, realizado el 11 de diciembre de 2009 en la Unidad Minera "Colquijirca". Por lo tanto, este argumento no modifica el hecho que a la fecha de la supervisión especial el punto de control E-UNISH era considerado un efluente minero - metalúrgico.
26. Asimismo, EL BROCAL alega que en el punto de control E-UNISH solicitó la toma de contramuestras durante la supervisión, lo que fue aceptado por los supervisores. Al respecto, debe señalarse que el Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM indica que 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 de la referida resolución ministerial. Por tal motivo, los resultados provenientes de una muestra tomada en un momento determinado serán válidos sólo para ese espacio de tiempo, en el cual es obligatorio el cumplimiento de los valores contenidos en el citado Anexo 1.
27. En ese contexto, de la revisión del Informe de Ensayo con Valor Oficial N° DIC1141.RO9 emitido por el laboratorio CIMM PERÚ S.A.³⁰, que sustentó la

²⁸ Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM - Aprueban los Niveles Máximos Permisibles para efluentes líquidos para las actividades minero-metalúrgicas.-

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

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

a) De cualquier labor, excavación o trabajo efectuado en el terreno, o de cualquier planta de tratamiento de aguas residuales asociadas con labores, excavaciones o trabajos efectuados dentro de los linderos de la Unidad Minera. (...)"

²⁹ Foja 87.

³⁰ Foja 28.

infracción por exceso de LMP en el punto de control E-UNISH, correspondiente al efluente proveniente de la Unidad Minera "Colquijirca" para el parámetro Zn, se corrobora que la toma de la muestra la realizó el laboratorio CIMM PERÚ S.A., el 11 de diciembre de 2009 a las **09:38 a.m.**

28. En atención a ello, conforme a lo dispuesto por el Numeral 162.2 del Artículo 162° de la Ley N° 27444, corresponde a los administrados presentar los medios de prueba que permitan desvirtuar los hechos imputados³¹. Siendo esto así, de la revisión del Informe de Ensayo con Valor Oficial N° MA908375 emitido por el laboratorio SGS DEL PERÚ S.A.C.³², ofrecido como medio probatorio por EL BROCAL para contradecir el resultado respecto al parámetro Zn en el punto de control E-UNISH, se verifica que la muestra se tomó el 11 de diciembre de 2009 a las **01:30 p.m.**
29. En efecto, de la cadena de custodia para la muestra de agua presentada por EL BROCAL³³, se verifica que la toma de la muestra en el punto de control E-UNISH fue realizada el día 11 de diciembre de 2009 a las 01:30 p.m.
30. De ello se desprende que el resultado contenido en el Ensayo con Valor Oficial N° MA908375 emitido por el laboratorio SGS DEL PERÚ S.A.C., que fue ofrecido por EL BROCAL, corresponde a un momento distinto al que sustentó la infracción por LMP, y siendo que los resultados provenientes de una muestra tomada en un momento determinado serán válidos sólo para ese espacio de tiempo, dicho medio probatorio no desvirtúa el hecho imputado.
31. EL BROCAL tampoco ha presentado otros medios probatorios que acrediten que la toma de la muestra se ha realizado cumpliendo con el Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua aprobado por Resolución Directoral N° 004-94-EM/DGAA, lo cual resulta necesario pues la misma no fue realizada por el laboratorio SGS DEL PERÚ S.A.C., conforme se verifica de la cadena de custodia presentada por EL BROCAL.
32. Por tanto, no existe certeza respecto de la validez de la toma de la muestra realizada por EL BROCAL en el punto de control E-UNISH, por lo que independientemente que el resultado esté sustentado en el Informe de Ensayo con Valor Oficial N° MA908375 emitido por el laboratorio SGS DEL PERÚ S.A.C., lo afirmado por EL BROCAL no resulta suficiente para desvirtuar los resultados contenidos en el Informe de Ensayo con Valor Oficial emitido por el laboratorio CIMM PERÚ S.A, que sustentó la infracción por exceso de los LMP.
33. No obstante ello, EL BROCAL alega que la supervisión especial se realizó con el objetivo de realizar el monitoreo participativo de efluentes de las empresas mineras

³¹ 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"

³² Foja 90.

³³ Foja 67.


ubicadas en el río San Juan y parte del río Mantaro; sin embargo, el río Ocshapampa, no descarga ni es afluente del río San Juan o Mantaro.


34. Al respecto, debe señalarse que la supervisión especial se realizó en todas aquellas unidades mineras que tienen descargas a receptores de la cuenca del río San Juan y parte del río Mantaro, ubicadas en los departamentos de Cerro de Pasco y Junín³⁴, a fin de verificar la condición de los efluentes vertidos; siendo ello así, conforme se aprecia del plano "Monitoreo Ambiental Participativo UEA Colquijirca"³⁵ el río Ocshapampa está ubicado en el área de influencia del río San Juan.


Por las consideraciones antes expuestas, corresponde desestimar lo alegado por EL BROCAL.

IV.3 Sobre el efluente proveniente del depósito de relaves N° 5

35. En relación a lo señalado en el Literal b) del Considerando 4 de la presente Resolución, el titular minero sostiene que el efluente proveniente del depósito de relaves N° 5 se encuentra ubicado en dicho lugar desde el año 2002, cuando se aprobó la ejecución del PAMA mediante Resolución Directoral N° 306-2002-EM-DGM del 8 de noviembre de 2002 bajo la denominación de E-3, en donde se consideró su monitoreo permanente. Agrega que los depósitos de relaves están ubicados en una planicie que cuenta con una sola quebrada por donde pueden drenar las aguas superficiales al río San Juan y donde está ubicado el punto de monitoreo de control E-3 y la tubería de descarga verificada durante la supervisión.
36. Sobre el particular, cabe indicar que el flujo proveniente del rebose del depósito de relaves N° 5 que descarga al río San Juan cumple con la definición de efluente líquido minero - metalúrgico establecida en el Literal b) del Artículo 13° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, en tanto esta norma señala que son efluentes líquidos minero-metalúrgicos "*los flujos descargados al ambiente, que provienen: (...) b) De depósitos de relaves u otras instalaciones de tratamiento que produzcan aguas residuales. (...)*".

- 
37. En tal sentido, la toma de la muestra en dicho punto de control es válida y por ello correspondía imputarle exceso de LMP para los parámetros Cu, STS y pH, conforme al resultado contenido en el Informe de Ensayo con Valor Oficial N° DIC1141.R09³⁶.

- 
38. Ahora bien, el supervisor externo durante la supervisión detectó lo siguiente:



"Según su PAMA el agua residual industrial del depósito de relaves N° 5 debía ser recirculadas (...) hacia la planta concentradora, no debiendo generar ningún efluente (flujo cero en el punto de monitoreo E-03). A la fecha del monitoreo participativo se comprobó que no hubo descarga por el punto de monitoreo E-03

³⁴ Detallado en los Términos de Referencia elaborados por el OSINERGMIN (Foja 8).

³⁵ Foja 57.

³⁶ Fojas 26 y 27.

pero se encontró una descarga en la parte posterior al punto de monitoreo E-03, por donde se estuvo descargando directamente el agua de rebose del depósito de relaves N° 5 al río San Juan. (Resaltado agregado).

39. Tal afirmación se complementa con las fotografías N° 3, N° 4 y N° 5³⁷, en las cuales se observa la descarga del efluente hacia el río San Juan a través de una tubería proveniente del depósito de relaves N° 5.
40. Si bien EL BROCAL estableció en su PAMA el punto de control E-3 que corresponde a la descarga del área de relaves³⁸; durante la supervisión que motivó la sanción se detectó otra descarga que no estaba autorizada, ni se encontraba contenida en un estudio ambiental.
41. Es por ello que lo alegado por la apelante no resulta estimable, en la medida que EL BROCAL tenía que cumplir con establecer un nuevo punto de control para el efluente proveniente del rebose del depósito de relaves N° 5; independientemente de la obligación de mantener los efluentes líquidos provenientes de la Unidad Minera "Colquijirca" por debajo de los LMP, conforme se desprende de la Resolución Directoral N° 306-202-EM/DGM que aprobó la ejecución del PAMA³⁹.
42. En tal sentido, se ha verificado la infracción al Artículo 7° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, el cual establece la obligación de los titulares mineros de indicar en su respectivo EIA y/o PAMA un punto de control en cada efluente líquido minero-metalúrgico, a fin de determinar la concentración de cada uno de los parámetros regulados. Por tanto, era obligación de EL BROCAL establecer un nuevo punto de control para el flujo proveniente del rebose del depósito de relaves N° 5, en su respectivo instrumento de gestión ambiental.

Sobre la base de lo antes expuesto corresponde desestimar lo alegado por EL BROCAL.

IV.4 Sobre la configuración de daño ambiental por exceso de los LMP y la vulneración del principio de legalidad y causalidad

43. En relación a lo señalado en los Literales c) y d) del Considerando 4 de la presente Resolución, el titular minero sostiene que en la resolución apelada solo se ha indicado que el incumplimiento de los LMP implica una infracción grave generadora de daño ambiental, pero no se ha demostrado cuál ha sido el menoscabo material ni los efectos actuales o potenciales de dicho menoscabo, ni se ha probado la relación de causalidad. Agrega que se ha vulnerado el principio de legalidad, toda vez que se debió realizar una investigación a fin de determinar si el exceso de los LMP ha causado un daño al ambiente.

44. Al respecto, conforme al principio de legalidad previsto en el Numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, las autoridades administrativas


³⁷ Fojas 18 y 19.


³⁸ Foja 102.

³⁹ Foja 96.


deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que les estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

45. En este contexto, siendo que EL BROCAL cuestiona que no existiría prueba para demostrar que el exceso de los LMP⁴⁰ haya ocasionado daño al ambiente o alguno de sus componentes, generando efectos negativos actuales o potenciales, resulta importante en este procedimiento determinar los alcances de la categoría "**daño ambiental**".
46. Al respecto, el Numeral 142.2 del Artículo 142° de la Ley N° 28611⁴¹ 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**⁴².
47. En ese sentido, conforme con el pronunciamiento emitido por este Tribunal mediante la Resolución N° 082-2013-OEFA/TFA⁴³, 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**.
48. Con relación al primer elemento, referido al menoscabo material, cabe señalar que ello involucra toda afectación material de la calidad ambiental que se produce al emitir sustancias contaminantes al ambiente o alguno de los elementos que lo


⁴⁰ 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 expedita causa o puede causar daño a la salud, al bienestar humano y al ambiente. (...) Los LMP sirven para el control y fiscalización de los agentes que producen efluentes y emisiones, a efectos de establecer si se encuentran dentro de los parámetros considerados inocuos para la salud, el bienestar humano y el ambiente. Excederlos acarrea responsabilidad administrativa, civil o penal, según el caso". Véase: ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*. Lima: IUSTITIA 2011, p. 458.


⁴¹ 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".


⁴² 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.

⁴³ Procedimiento administrativo sancionador seguido contra NYRSTAR ANCASH S.A., tramitado en el Expediente N° 157-09-MA/E. Dicha resolución fue publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de abril de 2013.



conforman, y que perjudican su calidad física o química, alterando su estado natural en mayor o menor medida⁴⁴.

49. 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 potenciales⁴⁵, entendiendo como potencial aquello que puede suceder o existir⁴⁶.

50. Tal como señala Fernando Gamarra:

"(...) los daños al ambiente pueden, por lo tanto, tener consecuencias insospechadas, que sobrepasan los límites de lo previsible. Al afectarse un componente de la naturaleza, no solo este resulta dañado; también resultan afectados todos los demás elementos, funciones y procesos que dependen inmediata o remotamente del componente dañado. En ocasiones no es preciso producir un daño inmediato a algún componente ambiental para que ya se empiecen a advertir consecuencias perniciosas en el ecosistema. (...) Las consecuencias dañinas, por otro lado, no son todas inmediatas. Muchas de ellas se manifiestan o descubren con posterioridad. Incluso, hay daños producidos de cuya existencia no disponía de evidencia científica, y solo con el avance de la ciencia y tecnología se han ido descubriendo"⁴⁷.

51. 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 es la probabilidad futura en grado de verosimilitud de que ocurran efectos negativos al ambiente⁴⁸.



44 Sobre menoscabo ambiental la doctrina sostiene que "El daño ambiental lo sufre el ambiente o sus componentes, y representa por lo tanto un "menoscabo material". Sus efectos pueden incluir daños "no materiales", pero, nuevamente, ellos no forman parte de aquel. ¿Qué es el ambiente y sus componentes? La Ley General del Ambiente señala que lo comprenden "...los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en que se desarrolla la vida" pero son muchos los elementos que conforman el medio. Por ello, la ley precisa que son "...los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros" (Artículo 2.3). Así, cuando uno introduce un contaminante al ambiente que tuviera la posibilidad de modificar el medio humano y dañar su salud, esta generando un daño ambiental." Véase en: LANEGRA, Iván. *El daño ambiental*. Derecho Ambiental. Dialogo y Debate sobre Derecho y Política Ambiental e Indígena: <http://blog.pucp.edu.pe/item/77336/el-dano-ambiental>.

45 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

46 Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.


47 FERRANDO GAMARRA, Enrique. *La Responsabilidad por el Daño Ambiental en Perú*. En: Publicación N° 5, La Responsabilidad por el Daño Ambiental. PNUMA. México.1996. P. 519.

48 PEÑA CHACÓN, Mario. *Daño, responsabilidad y reparación ambiental*: http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10_penachacon03.pdf.

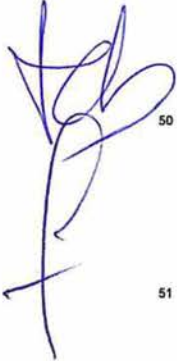


52. De acuerdo con lo establecido en el Numeral 32.1 del Artículo 32° de la Ley N° 28611, el LMP *“es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos que caracterizan a un efluente o una emisión, que **al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente (...)**”*⁴⁹ (Resaltado agregado).
53. 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 45 al 52 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 con lo señalado en el Numeral 32.1 del Artículo 32° de la Ley N° 28611.
54. 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.
55. En este contexto, se evidencia que EL BROCAL ha generado daño ambiental por haber excedido los LMP aplicables a los parámetros pH, Cu, Zn, y STS, tal como ha quedado comprobado mediante los Informes de Ensayo N° DIC1141.R09, emitido por el laboratorio CIMM PERÚ S.A. acreditado ante el INDECOPI⁵¹, cuyos resultados han sido detallados en el Considerando 2 de la presente Resolución.
56. En consecuencia, siguiendo lo señalado en los Considerandos precedentes de la presente Resolución, EL BROCAL 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 por haber excedido los LMP; por lo que no se ha vulnerado el principio de legalidad.


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 agregado)


⁵⁰ Resulta pertinente precisar que en el Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM publicado en el diario oficial El Peruano 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.




⁵¹ Fojas 26, 27 y 28.

57. De otro lado, corresponde precisar que como regla derivada del Principio de Causalidad previsto en el Numeral 8 del Artículo 230° de la Ley N° 27444⁵², la sanción debe recaer sobre el administrado que realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de la infracción administrativa.
58. En tal sentido, a efectos de determinar la correcta aplicación del citado principio en el presente procedimiento, este Tribunal Administrativo considera oportuno verificar los siguientes aspectos:
- a) La ocurrencia de los hechos imputados; y
 - b) La ejecución de los hechos por parte de EL BROCAL.
59. Al respecto, cabe indicar que el incumplimiento de los LMP aplicable a los parámetros Cu, STS, Zn y pH, se encuentra debidamente acreditado, conforme se ha señalado en el considerando 55 de la presente Resolución.
60. A su vez, dicho exceso de los LMP aplicable a los parámetros Cu, STS, Zn y pH proviene de los efluentes producidos dentro de las instalaciones de la Unidad Minera "Colquijirca", de titularidad de EL BROCAL, conforme se verifica de la Tabla 1: Ubicación del Punto de Monitoreo de Efluentes Minero – Metalúrgicos del Informe de Supervisión⁵³; razón por la cual devino válida la sanción impuesta en este extremo al acreditarse la causalidad de la conducta infractora.

Por lo tanto, corresponde desestimar lo alegado por EL BROCAL.

IV.5 Sobre la vulneración del principio del debido procedimiento y razonabilidad

61. En relación a lo señalado en el Literal e) del Considerando 4 de la presente Resolución, el titular minero señala que se ha vulnerado los principios del debido procedimiento y razonabilidad, toda vez que no se ha señalado qué criterios fueron tomados en consideración para llevar a cabo la graduación de la multa.
62. Al respecto, el Numeral 3 del Artículo 230° de la Ley N° 27444, regula el principio de razonabilidad aplicable en el marco de la potestad sancionadora administrativa, precisando que la comisión de la conducta sancionable no debe resultar más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los criterios de graduación⁵⁴.




⁵² Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001.-
Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
8. Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

⁵³ Foja 12.

⁵⁴ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.-
"Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

63. De otro lado, de acuerdo con el Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Escala de Multas y Penalidades, aprobado por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, cada infracción por exceso de los LMP cometida por EL BROCAL se ha sancionado con una multa de cincuenta (50) UIT, debido a que la referida Escala de Multas y Penalidades establece una multa fija por cada infracción; por lo que no resulta aplicable los criterios de graduación de sanción que establece el Numeral 3 del Artículo 230° de la Ley N° 27444.
64. De igual modo, por la infracción al Artículo 7° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM le correspondía a EL BROCAL una multa de 10 UIT, de acuerdo al Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.
65. Por último, se constata que la multa total impuesta no ha sido mayor a la determinada en la Escala de Multas y Penalidades, aprobado por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM; por lo que no se ha vulnerado el principio de debido procedimiento y razonabilidad.

Sobre la base de lo antes expuesto, corresponde desestimar lo alegado por EL BROCAL.

IV.6 Sobre la motivación de la resolución apelada

66. En relación a lo señalado en el Literal f) del Considerando 4 de la presente Resolución, el titular minero sostiene que la resolución apelada no cumple con los requisitos de validez de los actos administrativos, dado que no se ha motivado el menoscabo material producido por incumplimiento de los LMP, la relación causal entre este menoscabo y los efectos negativos que se le pretende atribuir, y tampoco se ha cumplido con señalar cuales han sido los criterios para graduar la multa.
67. Sobre el particular, se debe tener presente lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 4123-2011-PA/TC⁵⁵, en cuanto señala:

"(...) [El] derecho a la motivación de las resoluciones administrativas es de especial relevancia. Consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de todo administrado a que las sentencias estén motivadas, es decir, que

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

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

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

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del 30 de noviembre de 2011, recaída en el Expediente N° 4123-2011-PA/TC, fundamento jurídico 4.

exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican. (...)

La motivación de la actuación administrativa, es decir, la fundamentación con los razonamientos en que se apoya, es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos, imponiéndose las mismas razones para exigirla tanto respecto de actos emanados de una potestad reglada como discrecional.

(...)

En esa medida, este Tribunal debe enfatizar que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad, en la medida en que es una condición impuesta por la Ley N° 27444. Así, la falta de fundamento racional suficiente de una actuación administrativa es por sí sola contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo'. (STC 00091-2005-PA/TC, F.J. 9, párrafos 3, 5 a 8, criterio reiterado en las SSTC 294-2005-PA/TC, 5514-2005-PA/TC, entre otras.).

Adicionalmente se ha determinado en la STC 8495-2006-PA/TC que: 'un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando sólo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión. De modo que, motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente bajo qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta –pero suficiente– las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada' ".

68. En ese contexto, corresponde verificar si la resolución emitida por la DFSAI incluye la motivación correspondiente respecto del menoscabo material producido por incumplimiento de los LMP, y la relación causal entre este menoscabo y los efectos negativos que se le pretende atribuir. Al respecto, de una lectura del Numeral IV.1.1 de la resolución apelada, se aprecia que la DFSAI ha motivado respecto del daño producido por exceso de LMP.
69. Asimismo, en cuanto a la determinación de la sanción en los Numerales IV.1.2, IV.2.1 y IV.3.1, se verifica que se ha fijado las respectivas multas por cada una de las infracciones incurridas por EL BROCAL en función a lo dispuesto por la Escala de Multas y Penalidades.
70. En tal sentido, la resolución apelada sí cumple con los requisitos de validez de los actos administrativos, en la medida que la primera instancia realizó una debida motivación estableciendo la relación concreta y directa de los hechos probados con la exposición de las razones jurídicas que justificaron la decisión adoptada, conforme lo dispone el Numeral 6.1 del artículo 6° de la Ley N° 27444⁵⁶.

En base a lo antes expuesto, corresponde desestimar lo alegado por EL BROCAL.

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 - Aprueba la Ley de Creación,

⁵⁶ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.-

"Artículo 6°.-Motivación del acto administrativo

6.1.La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM - Aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA y Resolución del Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD - Aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA;

SE RESUELVE:

Artículo primero.- CONFIRMAR la Resolución Directoral N° 346-2013-OEFA/DFSAI del 31 de julio de 2013, 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 diez (110) 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 SOCIEDAD MINERA EL BROCAL 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 CUBAS
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental



FRANCISCO JOSÉ OLANO MARTINEZ
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental



HÉCTOR ADRIÁN CHÁVARRY ROJAS
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental