

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 008-2014-OEFA/TFA

EXPEDIENTE : N° 054-2011-DFSAI/PAS
ADMINISTRADO : VOLCAN COMPAÑIA MINERA S.A.A.
SECTOR : MINERÍA
APELACIÓN : RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 517-2013-OEFA/DFSAI

SUMILLA: "Se confirma la sanción impuesta al recurrente por el incumplimiento de la normatividad ambiental al haber infringido los artículos 5° y 6° del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-Metalúrgica, Decreto Supremo N° 016-93-EM, y el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM que aprueba los Niveles Máximos Permisibles para efluentes líquidos minero-metalúrgicos".

Lima, 31 ENE. 2014

I. ANTECEDENTES

1. Volcan Compañía Minera S.A.A.¹ (en adelante Volcan) es titular de la unidad de producción "Ticlio", ubicada en el distrito de Morococha, provincia de Yauli, departamento de Junín.
2. El 7 y 8 de octubre de 2009, TECNOLOGIA XXI S.A., por encargo del Organismo de Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN) realizó una supervisión regular, la cual verificó que Volcan incumplió la normativa relativa a las obligaciones de previsión y control, la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental y los límites máximos permisibles (en adelante, LMP), conforme se

¹ Registro Único de Contribuyente N° 20383045267

desprende del "Informe de supervisión ambiental - Unidad de Producción Ticlio" (en adelante, Informe de Supervisión)²

3. El 24 de mayo de 2011, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (en adelante DFSAI) del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA) notificó a Volcan la Carta N° 069-2011-OEFA/DFSAI, comunicándole el inicio del procedimiento administrativo sancionador por los incumplimientos señalados en el considerando anterior, atendiendo a los hechos verificados en la supervisión.
4. El 21 de junio de 2011, Volcan presentó a la DFSAI su escrito de descargos respecto a la imputación realizada mediante la Carta N° 069-2011-OEFA/DFSAI³.
5. El 7 de junio de 2013, DFSAI emite la Resolución Subdirectoral N° 469-2013-OEFA-DFSAI/SDI, que dispone variar la norma incumplida y la norma sancionadora correspondiente a la tercera imputación consignada en la Carta N° 069-2011-OEFA/DFSAI, disponiendo que el Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM que aprueba los límites máximos permisibles para efluentes líquidos minero-metalúrgicos (en adelante, Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM), es la norma incumplida, y la norma sancionadora el Numeral 3.2. del Punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, Aprueban escala de multas y penalidades a aplicarse por incumplimiento de disposiciones del TUO de la Ley General de minería y sus normas reglamentarias (en adelante, Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM).⁴
6. El 12 de noviembre de 2013, la DFSAI expidió la Resolución Directoral N° 517-2013-OEFA/DFSAI⁵, que dispuso sancionar a Volcan con una multa ascendente a setenta (70) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), conforme se detalla a continuación:

Cuadro N° 1: Cuadro de infracciones

N°	Hecho imputado	Norma incumplida	Tipificación	Sanción
1	El titular minero no evitó ni impidió la filtración de agua en las paredes laterales de la poza de sedimentación de lodos del sector industrial de	Artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM ⁶ .	Numeral 3.1 del Punto 3 del anexo de la Resolución Ministerial	10 UIT

² Fojas 8 a 344.

³ Fojas 435 a 455.

⁴ Fojas 459 a 461.

⁵ Fojas 507 a 518.

⁶ Decreto Supremo N° 016-93-EM, Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minera Metalúrgica, publicado en el diario oficial El Peruano el 1 de mayo de 1993.

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

	Huacracochoa, la misma que descarga al ambiente		N° 353-2000-EM/VMM ⁷ .	
2	En el punto de acopio ubicado a la salida de la bocamina San Nicolás, destinado al acopio de residuos domésticos, según lo establecido en el estudio de impacto ambiental, se colocó residuos industriales; asimismo, se verificó que los residuos sólidos fueron colocados en el suelo, el mismo que no contaba con una loza de concreto, pese a estar contemplado en el referido estudio.	Artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM ⁸	Numeral 3.1 del punto 3 del anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	10 UIT
3	El titular minero ha excedido el nivel máximo permisible (NMP) aplicable al parámetro Zinc disuelto (3.0 mg/l), reportándose del análisis de la muestra tomada del efluente que descarga a la laguna Huacracochoa (estación de monitoreo EF-1), un valor de 3,1359 mg/l.	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ⁹ .	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ¹⁰ .	50 UIT
Multa Total				70 UIT

⁷ Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, Aprueban Escala de Multas y Penalidades a aplicarse por incumplimiento de disposiciones del TUO de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias, publicada en el diario oficial El Peruano el 2 de setiembre de 2000.

ANEXO

"3. MEDIO AMBIENTE

3.1. Infracciones de las disposiciones referidas a medio ambiente contenidas en el TUO, Código del Medio Ambiente o Reglamento de Medio Ambiente, aprobado por D.S. N° 016-93-EM y su modificatoria aprobado por D.S. N° 059-93-EM; D.S. N° 038-98-EM, Reglamento Ambiental para Exploraciones; D. Ley N° 25763 Ley de Fiscalización por Terceros y su Reglamento aprobado por D.S. N° 012-93-EM, Resoluciones Ministeriales N° 011-96-EM/VMM, 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. (...)"

⁸ Decreto Supremo N° 016-93-EM.

"Artículo 6°.- Sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 225° de la Ley, es obligación del titular poner en marcha y mantener programas de previsión y control contenidos en el Estudio de Impacto Ambiental y/o Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, basados en sistemas adecuados de muestreo, análisis químicos, físicos y mecánicos, que permitan evaluar y controlar en forma representativa los afluentes o residuos líquidos y sólidos, las emisiones gaseosas, los ruidos y otros que puedan generar su actividad, por cualquiera de sus procesos cuando éstos pudieran tener un efecto negativo sobre el medio ambiente Dichos programas de control deberán mantenerse actualizados, consignándose en ellos la información referida al tipo y volumen de los afluentes o residuos y las concentraciones de las sustancias contenida en éstos."

⁹ 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 o 2 según corresponda".

ANEXO 1

NIVELES MAXIMOS PERMISIBLES DE EMISIÓN PARA LAS UNIDADES MINERO-METALURGICAS

PARAMETRO	VALOR EN CUALQUIER MOMENTO	VALOR PROMEDIO ANUAL
Zinc (mg/l)	3.0	1.0

¹⁰ Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.

ANEXO

"3. MEDIO AMBIENTE

(...)

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

7. La Resolución Directoral N° 517-2013-OEFA/DFSAI se sustentó en los siguientes fundamentos jurídicos:

Fundamentos jurídicos de la Resolución Directoral N° 517-2013-OEFA/DFSAI

- (i) Las disposiciones contenidas en la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, no vulneran los principios de legalidad y tipicidad propios del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, en tanto la aplicación de la referida Resolución se efectúa dentro de las facultades sancionadoras atribuidas por una norma con rango de ley; es decir, la Ley General de Minería.
- (ii) La Resolución N° Seis emitida por el Octavo Juzgado Transitorio Especializado en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el proceso judicial seguido entre Volcan y OSINERGMIN, donde se concluye que la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM vulnera el principio de legalidad, se ha verificado que se encuentra apelada con efecto suspensivo.

La eficacia de la referida resolución queda suspendida hasta la notificación de lo resuelto por la instancia superior; en ese sentido, no resulta exigible a la Autoridad Administrativa, en tanto no presenta la calidad de título ejecutivo.

- (iii) Sobre el titular minero recae la obligación de cuidado y preservación del medio ambiente, lo cual se traduce en evitar e impedir que emisiones, vertimientos o desechos causen o puedan causar efectos adversos, en razón a su grado de concentración o tiempo de permanencia en el ambiente, o sobrepasen los niveles máximos permisibles que resulten aplicables, conforme a lo señalado en el Artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM

De acuerdo al Informe de Supervisión, se evidencia que Volcan no evitó la filtración de aguas en las paredes laterales de la poza de sedimentación de lodos, lo cual se complementa con la fotografía N° II.14.10 del referido informe. Esta situación contraviene la obligación contenida en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, consistente en adoptar acciones de previsión y control necesarias para impedir o evitar, entre otros, que los elementos y/o sustancias generadas como consecuencia de la actividad minera causen o puedan causar efectos adversos al ambiente.

- (iv) De la revisión del Informe de Supervisión se evidenció deficiencia en la recolección en una de estas zonas destinada al acopio temporal de residuos sólidos domésticos, en tanto se verificó que: *El punto de acopio temporal ubicado a la salida de la boca mina San Nicolás se encuentra con residuos industriales (...), notándose deficiencia en el proceso de recolección.* Este hecho se constata con la fotografía N° II.14.2, la cual además permite verificar que el área para los residuos sólidos domésticos no cuenta con loza de

concreto y que los cilindros destinados para el acopio están en contacto directo con el suelo.

- (v) Las muestras tomadas en el Punto de Monitoreo EF-1, en la descarga del efluente a la Laguna Huacracocha, fueron realizadas por el Laboratorio Inspectorate Services Perú S.A.C., el cual sustentó a través del Informe de Ensayo con Valor Oficial N° 109776L/09-MA-MB, que el valor obtenido en el punto de control EF-1 incumple los valores para el parámetro Zn establecido en la columna "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, incumpliendo así lo establecido en el Artículo 4° de la referida norma.
8. El 2 de diciembre de 2013, Volcan interpuso recurso de apelación solicitando la nulidad de la resolución apelada¹¹.

Fundamentos jurídicos del recurso de apelación

- (i) 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, respectivamente, debido a 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.
- (ii) Se ha vulnerado el principio de tipicidad, toda vez que la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, no establece en forma precisa y clara las conductas sancionables. Así también lo ha establecido la Resolución N° Seis emitida por el Octavo Juzgado Transitorio Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima, en proceso seguido por Volcan contra el OSINERGMIN en materia de Seguridad e Higiene Minera.
- (iii) Para imputar la infracción por exceso del LMP en virtud del numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, el daño ambiental debe haber quedado demostrado durante la investigación. Sin embargo, se realiza una interpretación errónea, en tanto no se ha demostrado que se haya generado algún daño en los términos del numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley General del Ambiente.
- (iv) No se presentó descargas de efluentes de la poza de lodos del sector industrial Huacracocha, en tanto el Informe de Supervisión no indicó que dicha filtración de aguas en las paredes laterales de la poza de sedimentación sea resultado de un vertimiento producto de sus procesos mineros.

Por lo que, habiéndose imputado el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, la única manera que un vertimiento pueda tener efectos adversos en el medio ambiente, será cuando

¹¹ Mediante escrito con registro N° 35759 (Fojas 520 a 547).

este sobrepase los LMP; no habiéndose probado en el presente caso ni que el efluente provenga de la actividad de la empresa, ni el exceso de los LMP.

II. COMPETENCIA

9. 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 Ambiente¹², se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA.
10. En mérito a lo establecido en los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, Ley N° 29325)¹³, 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.
11. 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 OEFA¹⁴.

¹² Decreto Legislativo N° 1013, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, publicado en el diario oficial El Peruano el 14 de mayo de 2008.

"1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

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

¹³ Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de marzo de 2009.

"Artículo 6°.- Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)

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

Artículo 11°.- Funciones generales

11.1. El ejercicio de la fiscalización ambiental comprende las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, y sanción destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables establecidas en la legislación ambiental, así como de los compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental y de los mandatos o disposiciones emitidos por 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.

(...)"

¹⁴ Ley N° 29325.

"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".

12. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM¹⁵ se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental del OSINERGMIN¹⁶ al OEFA, y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de julio de 2010¹⁷ 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.
13. Por otro lado, el artículo 10° de la Ley N° 29325¹⁸, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM¹⁹, y el artículo 3° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución N° 032-2013-OEFA/CD ²⁰,

¹⁵ 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".

¹⁶ 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".

¹⁷ 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".

¹⁸ Ley N° 29325.

"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. (...)"

¹⁹ 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:

- 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.
- Proponer al Presidente del Consejo Directivo del OEFA mejoras a la normatividad ambiental, dentro del ámbito de su competencia.
- Ejercer las demás atribuciones que correspondan de acuerdo a Ley".

²⁰ Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD que 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.

disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

III. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL AMBIENTE

14. Previamente al planteamiento de las cuestiones controvertidas a resolver, este Tribunal considera importante resaltar que el ambiente es el ámbito donde se desarrolla la vida y comprende elementos naturales, vivientes e inanimados, sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivientes (plantas, animales y microorganismos)²¹.
15. En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente²², 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.
16. En esa situación, cuando las sociedades pierden su armonía con el entorno y perciben su degradación, surge el ambiente como un bien jurídico protegido. En esa situación, cada Estado define cuánta protección otorga al ambiente y a los recursos naturales, pues el resultado de proteger tales bienes incide en el nivel de calidad de vida de las personas.
17. En nuestro sistema jurídico, el primer nivel de protección al ambiente es formal y viene dado por elevar a rango constitucional el conjunto de normas jurídicas que regulan los bienes ambientales, lo cual ha dado origen al reconocimiento de una "Constitución Ecológica", dentro de la Constitución Política del Perú, que fija las relaciones entre el individuo, la sociedad y el ambiente²³.
18. El segundo nivel de protección otorgado al ambiente es material y viene dado por su consideración (i) como *principio jurídico* que irradia todo el ordenamiento jurídico; (ii)

"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".

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-AI. Fundamento jurídico 27.

²² 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.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC.

como *derecho fundamental*²⁴ cuyo contenido esencial lo integra el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida; y el derecho a que dicho ambiente se preserve²⁵; y, (iii) como *conjunto de obligaciones* impuestas a autoridades y particulares en su calidad de contribuyentes sociales²⁶.

19. Sobre la base de este sustento constitucional, el Estado hace efectiva la protección al ambiente, frente al incumplimiento de la normativa ambiental, a través del ejercicio de la potestad sancionadora en el marco de un debido procedimiento administrativo, así como mediante la aplicación de tres grandes grupos de medidas: (i) medidas de reparación frente a daños ya producidos, (ii) medidas de prevención frente a riesgos conocidos antes que se produzcan; y (iii) medidas de precaución frente a amenazas de daños desconocidos e inciertos²⁷.
20. En tal contexto, 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. Tales medidas se encuentran contempladas en el marco jurídico que regula la protección del ambiente y en los respectivos instrumentos de gestión ambiental.
21. Bajo este marco constitucional que tutela el ambiente adecuado y su preservación, este Tribunal interpretará las disposiciones generales y específicas, así como las obligaciones de los particulares en el marco de la tramitación del procedimiento administrativo sancionador.

IV. CUESTIONES CONTROVERTIDAS A RESOLVER

22. La resolución de las controversias planteadas en el presente caso se puede realizar a partir de resolver cuestiones controvertidas sobre los aspectos relevantes del expediente. De acuerdo con esta metodología, las respuestas a las controversias jurídicas, formuladas a modo de preguntas principales, que a su vez se pueden



²⁴ 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.



²⁵ Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 03343-2007-PA/TC (Fundamento jurídico 4) ha señalado lo siguiente:

"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".

²⁶ Sobre la triple dimensión de la protección al ambiente se puede revisar la Sentencia T-760/07 de la Corte Constitucional de Colombia, así como la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03048-2007-PA/TC. Fundamento jurídico 9.

sustentar en preguntas y respuestas secundarias que resuelven la controversia planteada²⁸.

23. A juicio de este Tribunal, las cuestiones controvertidas principales y secundarias en el presente caso son las siguientes:
- (i) Primera cuestión controvertida: Si la Resolución Directoral N° 517-2013-OEFA/DFSAI vulnera los principios de legalidad y tipicidad.
 - Si la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM vulnera el principio de legalidad por no tener la condición de norma con rango de ley.
 - Si la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM vulnera el principio de tipicidad por no precisar las conductas que constituyen infracciones.
 - (ii) Segunda cuestión controvertida: Si se ha acreditado que el exceso de los LMP haya ocasionado daño ambiental.
 - (iii) Tercera cuestión controvertida: Si está acreditada la responsabilidad por no evitar ni impedir la filtración de agua en las paredes laterales de la poza de sedimentación de lodos.

V. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

V.1. Primera cuestión controvertida: Si la Resolución Directoral N° 517-2013-OEFA/DFSAI vulnera los principios de legalidad y tipicidad

24. En atención a los argumentos expuestos en el fundamento (i) del considerando 8 de la presente resolución, Volcan sostiene que la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM no tiene rango de ley ni cuenta con una remisión directa y expresa a una norma con dicho rango.

Si la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM vulnera el principio de legalidad por no tener la condición de norma con rango de ley.

25. Sobre la base de esta diferenciación, se determinará, en primer lugar, si efectivamente la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, vulnera el principio de legalidad del procedimiento sancionador por no tener la condición de norma con rango de ley.

²⁸ Una metodología para el trabajo jurídico similar a la adoptada por el Tribunal es propuesta por Marcial Rubio Correa que señala lo siguiente:

"Del cotejo de los hechos de la realidad y los elementos aportados al caso por el sistema jurídico, aparecen los problemas que deben ser solucionados desde el Derecho. Los problemas son de dos tipos: principales (o centrales) y accesorios (o secundarios), ambos importantes. El problema principal es aquel cuya respuesta resuelve el caso planteado (...). Los problemas accesorios son los que contribuyen a resolver el problema principal (...). Los problemas deben ser formulados clara y distintamente (primera regla de Descartes) y analizados hasta en sus unidades de problema más elementales (segunda regla)".

Ver: RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Sexta Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1993. pp. 360 - 361.

26. Para ello, en primer lugar se debe considerar que el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM (en adelante, "TUO de la Ley General de Minería") estableció la posibilidad de que la autoridad administrativa impusiera sanciones y multas a los titulares de derechos mineros que incumplan con sus obligaciones o infrinjan las disposiciones normativas del sector²⁹.
27. Posteriormente, la Tercera Disposición Final de la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales dispuso que mantuvieran su vigencia las leyes sobre recursos naturales promulgadas con anterioridad, incluyendo entre ellas al TUO de la Ley General de Minería, así como sus normas modificatorias o complementarias.
28. En desarrollo del TUO de la Ley General de Minería, se expidió la Resolución Ministerial N° 310-99-EM/VMM, de fecha 1 de julio de 1999, que aprobó la escala de multas y penalidades a aplicarse en caso de incumplimiento de las disposiciones contenidas en el TUO de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias (en adelante, "Resolución Ministerial N° 310-99-EM/VMM").
29. La Resolución Ministerial N° 310-99-EM/VMM fue dejada sin efecto el 3 de setiembre del 2000 por el Artículo 6° de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, norma que desde ese momento hasta la emisión del 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, era la única que regulaba la escala de multas y penalidades a aplicarse por incumplimiento de disposiciones del TUO de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias. En ese sentido, la Resolución Ministerial N° 310-99-EM/VMM resulta el antecedente inmediato de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM vigente desde el 3 setiembre del año 2000.
30. Posteriormente, el 24 de enero de 2007, la Ley N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERGMIN (en adelante, Ley N° 28964), estableció en sus disposiciones finales lo siguiente:

"PRIMERA.- En tanto se aprueben por el OSINERGMIN, los procedimientos de fiscalización de las actividades mineras a su cargo, seguirán vigentes las disposiciones sobre esta materia contenidas en la Ley N° 27474 y continuarán aplicándose los procedimientos establecidos en el Reglamento de Fiscalización de Actividades Mineras, aprobado por Decreto Supremo N° 049-2001-EM y sus normas modificatorias, así como la Escala de Sanciones

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

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

I) 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."

y Multas, aprobada por Resolución Ministerial N° 310-2000-EM, siendo de aplicación todas las normas complementarias de estas disposiciones que se encuentren vigentes a la fecha de promulgación de la presente Ley (...).
(Subrayado agregado)

31. De acuerdo con la Primera Disposición Complementaria Transitoria citada, "seguirán vigentes" y "continuarán aplicándose" las disposiciones que aprueban la Escala de Sanciones y Multas y las normas complementarias de estas que se encuentren "vigentes a la fecha de promulgación de la Ley N° 28964", entre las cuales se encuentra, evidentemente, la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM que, precisamente, aprobó la escala de multas y penalidades a aplicarse por incumplimiento de disposiciones del TUO de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias, y era la norma vigente al momento de la entrada en vigencia de la Ley N° 28964".
32. En ese contexto, resulta particularmente importante destacar que la citada Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 28964 no contiene un supuesto de colaboración reglamentaria, esto es de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM que complementa o desarrolla la Ley N° 28964, sino el reconocimiento de la Ley N° 28964 de que las disposiciones aprobadas mediante la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM "seguirán vigentes y continuarán aplicándose". Utilizando este recurso, la Ley N° 28964 hace suyas las disposiciones de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM otorgándole cobertura legal y garantizando, de esta manera, el cumplimiento del principio de legalidad de la Ley N° 27444.
33. Asimismo, 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.
34. El artículo 4° del Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM autorizó al OEFA a sancionar las infracciones en materia ambiental empleando el marco normativo y escalas de sanciones que venía aplicando el propio OSINERGMIN, entre las cuales se encuentra la referida Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM cuya legalidad había sido garantizada previamente³⁰.
35. En suma, la legalidad de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM viene garantizada por la cobertura que le otorgan la Ley General de Minería, la Ley

³⁰ Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM.

"Artículo 4°.- Referencias Normativas

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".

N° 29325 y la Ley N° 28964. Por consiguiente, corresponde desestimar el argumento planteado por la recurrente sobre la vulneración del principio de legalidad.

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

Si la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM vulnera el principio de tipicidad por no precisar las conductas que constituyen infracciones

36. En atención a los argumentos expuestos en los fundamentos (ii) del considerando 8 de la presente resolución, Volcan alega que la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM no define con precisión las conductas constitutivas de infracción administrativa sancionable, por lo que constituye una norma sancionadora en blanco.
37. Al respecto, resulta oportuno indicar que el principio de tipicidad, previsto en el Numeral 4 del Artículo 230° de la Ley N° 27444, exige que la descripción de la conducta tipificada como infracción tenga una exhaustividad suficiente que permita al administrado identificar los elementos de la conducta sancionable.
38. Sobre la aplicación de este principio en el derecho administrativo sancionador ambiental, la Corte Constitucional de Colombia, en opinión que comparte este Tribunal, ha señalado que "a la tipificación en el derecho sancionatorio de la administración, el sistema le impone recurrir a la prohibición, a la advertencia, al deber, etc., para seguidamente establecer la sanción"³¹. En efecto, resulta posible recurrir a la prohibición general, la advertencia o el deber como supuestos de tipificación de infracciones sin que ello implique la afectación del principio de tipicidad.
39. Al respecto, 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°. 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 (...)"

(Resaltado agregado)

³¹ Sentencia C-595/10. Numeral 5.5.

40. Adicionalmente, el numeral 3.2 del punto 3 de la referida norma establece los supuestos específicos que ameritan el incremento de la sanción, entre los cuales se observa la existencia de daño, tal 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, (...)”.

41. En ese sentido, a juicio de este Tribunal, el numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM contiene la prohibición general de incumplir las disposiciones contenidas en la legislación ambiental, entre ellas, el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM referido al cumplimiento de los LMP y los artículos 5° y 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM.
42. El referido artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM 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 cumplan los LMP de acuerdo a los estándares previstos en su Anexo 1. El incumplimiento de esta obligación configura el supuesto de daño ambiental descrito en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, conforme se desarrolla en el Numeral V.2 de la presente Resolución.
43. Por consiguiente, 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 contenido en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM³². Como se aprecia, tanto la obligación sustantiva, como la infracción tipificada resultan plenamente identificadas de un análisis ordinario.
44. De igual modo, el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, contiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para impedir o evitar, entre otros, que los elementos y/o sustancias generados como consecuencia de la actividad minera causen o puedan causar efectos adversos al ambiente, cuyo incumplimiento constituye una infracción sancionable conforme al tipo contenido en el numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.
45. Asimismo, conviene indicar que la exigibilidad de todos los compromisos ambientales asumidos en los EIA por parte del titular minero se deriva de lo dispuesto en el Artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, el cual traslada a los titulares mineros la obligación de poner en marcha y mantener la totalidad de los programas de

³² 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 análogas al momento de aplicar las normas que contienen la infracción tipificada.

previsión y control contenidos en sus instrumentos de gestión ambiental, llámese Estudio de Impacto Ambiental y/o Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, debidamente aprobados.

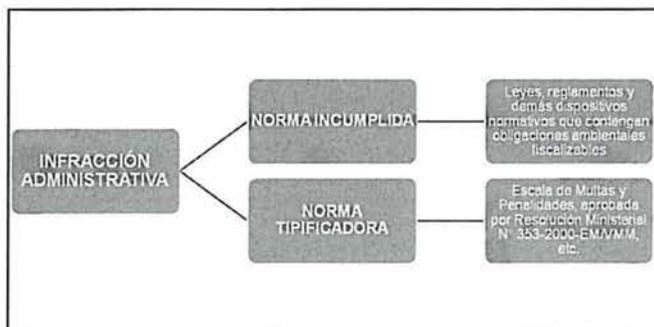
46. Por lo tanto, este Tribunal considera que las infracciones tipificadas en los numerales 3.1 y 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM no contravienen el contenido del principio de tipicidad, en particular en lo relativo a la exhaustividad en la descripción de la conducta típica³³.
47. En cuanto a la sentencia emitida por el Octavo Juzgado Transitorio Especializado en lo Contencioso Administrativo se debe precisar que la misma se encuentra referida al caso de la Resolución del Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería del OSINERGMIN N° 131-2011-OS/TASTEM-S2 y Resolución de Gerencia General N° 7499, recaídas en un procedimiento administrativo sancionador distinto al presente, por lo que la decisión adoptada en dicho expediente judicial no resulta vinculante al presente procedimiento.

En conclusión, la Resolución Directoral N° 517-2013-OEFA/DFSAI no vulnera los principios de legalidad y tipicidad. Consecuentemente, corresponde desestimar los argumentos planteados por Volcan en este extremo.

V.2. Segunda cuestión controvertida: Si se ha acreditado que el exceso de los LMP haya ocasionado daño ambiental

48. En atención a los argumentos expuestos en el fundamento (iii) del considerando 8 de la presente resolución, Volcan alega que no existe prueba que demuestre que el exceso de los LMP haya ocasionado daño ambiental, por ello 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.

³³ A mayor abundamiento, este Tribunal Administrativo considera pertinente explicar que la estructura de las infracciones imputadas se componen de dos elementos a saber: a) Norma sustantiva, que prevé la obligación ambiental fiscalizable cuyo incumplimiento se imputa; y b) Norma tipificadora, que califica dicho incumplimiento como infracción, atribuyéndole la respectiva consecuencia jurídica. Lo explicado se gráfica del siguiente modo:



49. Al respecto, el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611³⁴ 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**³⁵.
50. En ese sentido, conforme al pronunciamiento emitido por este Tribunal mediante la Resolución N° 082-2013-OEFA/TFA³⁶, 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 alguno de sus componentes.
 - b) El referido menoscabo material debe generar efectos negativos, que pueden ser **actuales o potenciales**.
51. Con relación al primer elemento, referido al menoscabo material, cabe señalar que ello involucra toda afectación al ambiente que se produce al emitir sustancias contaminantes al ambiente o alguno de los elementos que lo conforman, y que perjudican su calidad física o química, alterando su estado natural en mayor o menor medida³⁷.
52. 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 los vertimientos contaminantes al ambiente sean actuales, sino que



³⁴ Ley N° 28611.
"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".



³⁵ 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. pp. 86–87.

³⁶ Procedimiento administrador sancionador seguido contra NYRSTAR ANCASH S.A., tramitado en el expediente N° 157-09-MA/E.



³⁷ 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>.

resulta suficiente que dichos efectos negativos sean potenciales³⁸, entendiendo como potencial aquello que puede suceder o existir³⁹.

53. Tal como señala Ferrando 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"⁴⁰.

54. 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 para determinar su existencia y tomar las medidas necesarias con el fin de impedir sus efectos nocivos⁴¹.

55. 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 (...)"⁴² (Resaltado agregado).


³⁸ 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/gimadus/19/06_mario_penia_chacon.html


³⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

⁴⁰ 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.

⁴¹ PEÑA CHACÓN, Mario. *Daño responsabilidad y reparación ambiental*: http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10_penachacon03.pdf


⁴² Ley N° 28611.

"Artículo 32°.- Del Límite Máximo Permissible.-

32.1. El Límite Máximo Permissible - 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".

56. 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 precedentes, 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.
57. 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 ambiente⁴³.
58. En este contexto, en el presente caso, se evidencia que Volcan ha generado daño ambiental al haber excedido los LMP aplicables al parámetro Zinc (Zc), tal como ha quedado acreditado mediante el Informe de Ensayo con Valor Oficial N° 109776L/09-MA-MB⁴⁴ emitido por el Laboratorio Inspectorate Services Perú S.A.C. acreditado ante el INDECOPI.
59. En consecuencia, siguiendo lo señalado en los considerandos precedentes, 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, por haber excedido los LMP.

En conclusión, si se ha acreditado que el exceso de los LMP haya ocasionado daño ambiental. Consecuentemente, corresponde desestimar los argumentos planteados por Volcan en este extremo.

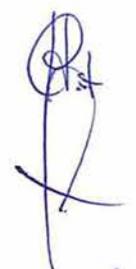
V.3 Tercera cuestión controvertida: Si está acreditada la responsabilidad por no evitar ni impedir la filtración de agua en las paredes laterales de la poza de sedimentación de lodos

60. En atención al fundamento (iv) del considerando 8 de la presente resolución, Volcan precisa que no se presentaron descargas de efluentes de la poza de lodos del sector industrial de Huacracocha, en tanto el Informe de Supervisión no señaló que la filtración de aguas en las paredes laterales de la poza de sedimentación sea resultado de un vertimiento producto de sus labores mineras. Asimismo, la única manera que un vertimiento pueda tener efectos adversos en el medio ambiente es sobrepasando los LMP.

⁴³ 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.

⁴⁴ Folio 299.

61. Sobre el particular, cabe señalar que la infracción sancionada mediante Resolución Directoral N° 517-2013-OEFA/DFSAI se sustentó en un incumplimiento a la obligación contemplada en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, al haberse verificado la filtración de agua en la paredes laterales de la poza de sedimentación de lodos del sector industrial Huacracocho al ambiente.
62. Dicha disposición prevé que el titular minero es responsable por las emisiones, vertimientos y disposición de desechos al medio ambiente que se produzcan como resultado de las actividades efectuadas en el área de su concesión. Razón por la cual, el titular de la actividad tiene la obligación de cuidado y preservación del medio ambiente que se traduce en evitar e impedir que dichas emisiones, vertimientos o desechos causen o puedan causar efectos adversos, en razón de su grado de concentración o tiempo de permanencia en el medio ambiente; o sobrepasen los niveles máximos permisibles que resulten aplicables.
63. Entonces, corresponde señalar que las obligaciones que subyacen del citado artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM se traducen en las siguientes exigencias:
- a) La adopción de las medidas necesarias para impedir o evitar, entre otros, que los elementos y/o sustancias generados como consecuencia de la actividad minera causen o puedan causar efectos adversos al ambiente.
 - b) No exceder los niveles máximos permisibles.
64. Ello se condice con lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley N° 28611, en el sentido que las normas ambientales son de orden público y se interpretan siguiendo los principios y normas contenidos en dicha Ley, la cual recoge las obligaciones ambientales fiscalizables descritas en el considerando 63 de la presente resolución⁴⁵.
65. En efecto, la obligación descrita en el literal a) del considerando 63 de la presente Resolución se encuentra prevista, a su vez, en el artículo 74° y el numeral 1 del artículo 75° de la Ley N° 28611, que establecen el régimen de responsabilidad general para los titulares mineros respecto de todos los efectos negativos derivados del desarrollo de sus actividades y que obliga a la adopción de las medidas de prevención y control del riesgo y daño ambiental; mientras que el numeral 32.1 del artículo 32° del mismo cuerpo legal recoge la obligación de no exceder los LMP, a que se refiere el literal b) del considerando antes señalado⁴⁶.



⁴⁵

Ley N° 28611.

"Artículo 7°.- Del carácter de orden público de las normas ambientales

7.1. Las normas ambientales, incluyendo las normas en materia de salud ambiental y de conservación de la diversidad biológica y los demás recursos naturales, son de orden público. Es nulo todo pacto en contra de lo establecido en dichas normas legales.

7.2. El diseño, aplicación, interpretación e integración de las normas señaladas en el párrafo anterior, de carácter nacional, regional y local, se realizan siguiendo los principios, lineamientos y normas contenidas en la presente Ley y, en forma subsidiaria, en los principios generales del derecho".

⁴⁶

Ley N° 28611.

"Artículo 74°.- De la responsabilidad general

66. En el marco de lo antes mencionado, cabe señalar que se procederá al análisis del incumplimiento al artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM por el que se sancionó a Volcan en el presente procedimiento administrativo sancionador.
67. Sobre el particular, en el presente caso se imputó a Volcan, entre otros, el no evitar ni impedir la filtración de agua en las paredes laterales de la poza de sedimentación de lodos del sector industrial de Huacracocha, la misma que descarga al ambiente.
68. De acuerdo con lo expuesto, se evidencia que el hecho imputado citado se condice con la obligación señalada en el literal a) del considerando 63 de la presente resolución, es decir, no adoptar las medidas necesarias para impedir o evitar que los elementos y/o sustancias generados como consecuencia de la actividad minera causen o puedan causar efectos adversos al ambiente.
69. Al respecto, se debe indicar que de acuerdo con el Informe de Supervisión, el supervisor verificó que: "La poza de lodos del sector industrial de Huacracocha no se encuentra impermeabilizada, producto de ello hay filtración de agua en las paredes laterales"⁴⁷. Tal afirmación, se corrobora con la vista fotográfica N° II.14.10 del Informe de Supervisión, en la cual se describe que existe filtración de agua por la pared del dique de la poza de sedimentación de lodos.
70. Asimismo, de la lectura de la Tabla III-1 – Matriz de Evaluación se consigna en el componente "Otros Efluentes AGUA INDUSTRIAL SECTOR HUACRACOCHA", que en cuanto al manejo de los lodos generados en los sistemas de tratamiento, se verificó una mala colección, transporte y disposición final de los mismos, detallándose nuevamente que la poza de lodos del sector industrial de Huacracocha no se encuentra impermeabilizada, producto de lo cual hay filtración de agua en las paredes laterales⁴⁸.



Todo titular de operaciones es responsable por las emisiones, efluentes, descargas y demás impactos negativos que se generen sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, como consecuencia de sus actividades. Esta responsabilidad incluye los riesgos y daños ambientales que se generen por acción u omisión".

Artículo 75°.- Del manejo integral y prevención en la fuente

75.1. El titular de operaciones debe adoptar prioritariamente medidas de prevención del riesgo y daño ambiental en la fuente generadora de los mismos, así como las demás medidas de conservación y protección ambiental que corresponda en cada una de las etapas de sus operaciones, bajo el concepto de ciclo de vida de los bienes que produzca o los servicios que provea, de conformidad con los principios establecidos en el Título Preliminar de la presente Ley y las demás normas legales vigentes (...)"

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 (...)"




⁴⁷ Foja 23.

⁴⁸ Foja 44.

71. Por su parte, el Acta de Supervisión (apertura-cierre), señala como hecho constatado N° 10, que la poza de lodos del sector industrial de Huacracocha no se encuentra impermeabilizada, producto de lo cual se observa filtración de agua en las paredes laterales. Cabe resaltar que dicha Acta fue firmada por el personal de Volcan presente durante la supervisión, sin registrar alguna observación respecto a su contenido⁴⁹.
72. En razón a ello, la apelante debió implementar las medidas de previsión y control necesarias a efecto de evitar tales filtraciones.
73. En este contexto, de acuerdo con lo expuesto precedentemente, en aplicación del artículo 165° de la Ley N° 27444, los hechos comprobados como resultado del ejercicio de las labores de supervisión se encuentran sujetos a la presunción de veracidad; por lo tanto, se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que se afirman, salvo prueba en contrario; en ese sentido, en aplicación del numeral 162.2 del artículo 162° de la Ley N° 27444, correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que desvirtuaran el contenido de lo verificado, lo que tampoco ocurrió.

En conclusión, se ha acreditado la responsabilidad de Volcan por no haber tomado medidas para evitar o impedir la filtración de agua en las paredes laterales de la poza de sedimentación de lodos del sector industrial Huacracocha; por lo que, corresponde desestimar los argumentos planteados por Volcan en este extremo.

De conformidad con lo establecido en la Ley N° 27444; Ley N° 29325; Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA; y la Resolución del Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA;

SE RESUELVE:

Artículo primero.- CONFIRMAR la Resolución Directoral N° 517-2013-OEFA/DFSAI del 12 de noviembre 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 setenta (70) 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 el número de la presente resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

⁴⁹ Foja 87.

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 CUBAS
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental



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



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