

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N°029-2014-OEFA/TFA

EXPEDIENTE : N° 078-09-MA/E
ADMINISTRADO : COMPAÑIA MINERA PODEROSA S.A.
SECTOR : MINERÍA
APELACIÓN : RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 496-2013-OEFA/DFSAI

SUMILLA: "El incumplimiento de límites máximos permisibles en los efluentes minero-metalúrgicos constituye daño al ambiente"

Lima, 28 FEB. 2014

I. ANTECEDENTES

1. Compañía Minera Poderosa S.A.¹ (en adelante, Poderosa) es titular de la unidad minera La Libertad, ubicada en el distrito y provincia de Patate, departamento de La Libertad.
2. El 13, 14 y 15 de setiembre de 2009, Auditec S.A.C., por encargo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN) realizó una supervisión especial denominada "Monitoreo Ambiental (Efluentes y Recursos Hídricos) en Zonas Mineras Priorizadas de la Región La Libertad" en la Unidad Minera "La Libertad" de titularidad de Poderosa.
3. En la supervisión se verificó que Poderosa excedió los límites máximos permisibles (en adelante, LMP) en el punto de monitoreo PMER-R (E-15 código de OSINERGMIN), conforme se desprende del Informe Primera Campaña – CIA. Minera Poderosa S.A. Unidad Minera "La Libertad" (en adelante, Informe de Supervisión)².

¹ Registro Único de Contribuyente N° 20137025354.

² Fojas 3 a 59.

4. De acuerdo con el informe de ensayo con valor oficial N° SEP1185.R09³, contenido en el Informe de Supervisión, el resultado obtenido para el parámetro Sólidos Totales en Suspensión (en adelante, STS) en el punto de monitoreo PMER-R (E-15), fue el siguiente:

Cuadro N° 1: Resultados de la supervisión

Punto de monitoreo	Parámetro	LMP según Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM/VMM	Día	Resultado de la supervisión
PMER-R (E-15)	STS	50 mg/L	13/09/09 día 1, Turno 3	81 mg/L (foja 28)
			14/09/09 día 2, Turno 1	57 mg/L (foja 28)
			14/09/09 día 2, Turno 2	168 mg/L (foja 28)
			14/09/09 día 2, Turno 3	208 mg/L (foja 28)
			15/09/09 día 3, Turno 2	56 mg/L (foja 34)
			15/09/09 día 3, Turno 3	54 mg/L (foja 34)

Elaboración: Dirección de Fiscalización y Aplicación de Incentivos

5. El 7 de junio de 2010, el OSINERGMIN notificó a Poderosa el Oficio N° 871-2010-OS-GFM⁴, comunicándole el inicio de un procedimiento administrativo sancionador por el incumplimiento de la normativa sobre LMP, atendiendo a los hechos verificados en la supervisión.
6. El 15 de junio de 2010, Poderosa presentó al OSINERGMIN su escrito de descargos⁵ respecto a la imputación realizada mediante el Oficio N° 871-2010-OS-GFM.
7. El 20 de febrero de 2013, la Subdirección de Instrucción e Investigación de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (en adelante, DFSAI) del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA) requirió a la empresa Auditec S.A.C. que efectuó precisiones respecto al Informe de Supervisión y que remita documentación complementaria a la misma⁶.
8. El 10 de abril de 2013, Auditec S.A.C. respondió el requerimiento formulado por la DFSAI y remitió la Carta INF LAB0277-2013/CERTIMIN elaborada por el laboratorio Certimin S.A.

³ Fojas 26 a 44.

⁴ Foja 60.

⁵ Foja 62 a 66.

⁶ Mediante Carta N° 042-2013-OEFA/DFSAI/SDI (Foja 67).

9. El 23 de abril de 2013, OEFA remitió a Poderosa copia de los documentos entregados por Auditec S.A.C., otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para formular las observaciones que considerase necesarias respecto a los documentos remitidos⁷.
10. El 25 de octubre de 2013, la DFSAI emitió la Resolución Directoral N° 496-2013-OEFA/DFSAI⁸, a través de la cual impuso a Poderosa una multa de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), conforme se detalla a continuación:

Cuadro N° 2: Sanción Impuesta

N°	Hecho imputado	Norma incumplida	Tipificación	Sanción
1	Incumplimiento de los Límites Máximos Permisibles respecto del parámetro Sólidos Totales en Suspensión en el punto identificado como PME-R (E-15 código OSINERGMIN) correspondiente al efluente de mina Nivel 2450 que descarga a la Quebrada Honda, que a su vez desemboca en el río Francés.	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ⁹ .	Numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ¹⁰ .	50 UIT

⁷ Mediante Carta N° 135-2013-OEFA/DFSAI/SDI (Foja 86).

⁸ Fojas 174 a 184.

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
STS (mg/l)	50	25

¹⁰ 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, N° 315-96-EM/VMM y otras normas modificatorias y complementarias, que sean detectadas como consecuencia de la fiscalización o de los exámenes especiales el monto de la multa será de 10 UIT por cada infracción, hasta un máximo de 600 UIT (...).

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

Multa	50 UIT
-------	--------

Elaboración: DFSAI

11. La Resolución Directoral N° 496-2013-OEFA/DFSAI se sustentó en los siguientes fundamentos jurídicos:

Fundamentos jurídicos de la Resolución Directoral N° 496-2013-OEFA/DFSAI

- (i) Del análisis de las muestras tomadas en el punto de monitoreo identificado como PMER-R (E-15), contenido en el informe de ensayo N° SEP1185.R09 elaborado por el laboratorio acreditado ante el INDECOPI, CIMM Perú S.A. (actual CERTIMIN S.A.), se determinó que el valor obtenido para el parámetro STS en el punto de monitoreo excedió el LMP establecido en la columna "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.
- (ii) Según el Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua del Ministerio de Energía y Minas las muestras son puntuales, es decir, se toman en determinado momento y lugar en el recorrido del flujo de agua; por tanto, no se requiere regularidad o frecuencia en la toma de las mismas, a fin de verificar el incumplimiento de los LMP y, la consiguiente infracción al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.
- (iii) Del Informe de Supervisión se desprende que al momento de la supervisión, el laboratorio CIMM Perú S.A. se encontraba acreditado por el INDECOPI; en tal sentido, en atención al artículo 18° del Reglamento de los Sistemas Nacionales de Normalización y Acreditación, aprobado por Decreto Supremo N° 081-2008-PCM, los informes y certificados emitidos por un organismo acreditado son prueba suficiente del cumplimiento de cualesquiera de los requisitos técnicos exigidos en normas legales.
- (iv) Las muestras destinadas al análisis de metales disueltos fueron filtradas en campo y almacenadas en *coolers* con refrigerantes, en cumplimiento de lo dispuesto en el Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua; asimismo, se cumplió con las medidas de control de calidad de las muestras, al contar con los resultados conformes del análisis de los blancos de viaje o blancos de botella.
- (v) Auditec S.A.C. aclaró el Informe de Supervisión según lo requerido por la Subdirección de Instrucción e Investigación del OEFA, adjuntando la Carta N° INF LAB0277-2013/CERTIMIN del laboratorio CIMM Perú S.A., laboratorio que fue contratado para efectuar las tomas de muestras y el análisis de las mismas, por lo que resulta pertinente que la empresa supervisora haya consultado a dicho laboratorio sobre la ausencia de datos en el formato "Cadena de custodia" contenido en el Informe de Supervisión.

Cabe señalar que no se presentaron los datos completos de la "Cadena de custodia" contenida en el Informe de Supervisión porque los mismos fueron completados en el laboratorio.

No obstante, de la información contenida en la "Cadena de custodia" remitida por el laboratorio CIMM Perú S.A., a través de la Carta N° INF LAB277-2013/CERTIMIN se aprecia que las muestras fueron recibidas por el referido laboratorio el 19 de setiembre de 2009, dentro del plazo máximo de almacenamiento de las mismas.

- (vi) En el Informe de Supervisión se consignó por error que el Protocolo de Monitoreo de la Calidad de Aguas del Sub Sector Minería del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, Protocolo de Monitoreo) era del año 1984; sin embargo, dicho error no afecta su contenido.
 - (vii) El resultado de los análisis de las muestras tomadas durante la supervisión demuestran que Poderosa excedió el LMP para el parámetro STS establecido en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, lo cual implica la existencia de daño ambiental.
12. El 18 de noviembre de 2013, Poderosa interpuso recurso de apelación solicitando a este Tribunal dejar sin efecto la infracción imputada y archivar el procedimiento administrativo sancionador¹¹.

Fundamentos jurídicos del recurso de apelación

- a) Auditec S.A.C. debió asumir la responsabilidad por el contenido del Informe de Supervisión; sin embargo, la referida empresa supervisora solo se limitó a remitir a la DFSAI la "Cadena de custodia" alcanzada por el laboratorio Certimin S.A.; por lo tanto, no cumplió con sustentar la información solicitada, no pudiendo constituir estos documentos medios probatorios válidos.
- b) En la cadena de custodia remitida por OSINERGMIN con la imputación de cargos no se registra la fecha y hora de la recepción de las muestras, ni el nombre y firma del personal del referido laboratorio que las recibió. Por lo tanto, motivar la referida imputación en dicho documento implicaría aceptar irregularidades en la toma de muestras y en la cadena de custodia lo cual generaría una afectación a los principios de predictibilidad y debido procedimiento.

Asimismo, en ninguna de las cinco (5) páginas de la cadena de custodia contenida en el Informe de Supervisión, se indicó que los efluentes fueron filtrados en campo, medida necesaria para garantizar una adecuada toma de muestras.

¹¹ Mediante escrito con registro N° 34677 (Fojas 186 a 236).

- c) El Informe de Supervisión carece de validez porque fue entregado a OSINERGMIN fuera del plazo establecido en las bases de su proceso de contratación.
- d) En el Informe de Supervisión se señaló que durante la supervisión se utilizó el Protocolo de Monitoreo de Calidad del Agua del año 1984, el cual no existe.
- e) La calibración del equipo Tester HI98129, marca HANNA no se realizó por una empresa acreditada ante el INDECOPI, por lo que los resultados obtenidos del referido equipo carecen de validez.

No se constató la medición de los parámetros de campo durante el cierre de la supervisión.

- f) No se presentó los resultados de los blancos de viaje, de campo y duplicados de campo que permitieran verificar la representatividad de las muestras y el cumplimiento de garantía de calidad (QA)/control de calidad (QC), lo cual confirma los vicios del Informe de Supervisión.
- g) No se ha acreditado el daño ambiental supuestamente ocasionado, ni el nexo causal entre el hecho imputado y el referido daño.

II. COMPETENCIA

- 13. 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.
- 14. En mérito a lo establecido en los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental¹³, el OEFA es un

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

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.

15. 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.
16. 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.
17. 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

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".

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

N° 022-2009-MINAM¹⁹, y el artículo 3° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución N° 032-2013-OEFA/CD²⁰, 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

18. 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.
19. En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (en adelante, Ley N° 28611)²², 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

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.

"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.

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.

20. 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.
21. 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.
22. 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) 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.
23. 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.

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

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.

24. 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.
25. 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

26. La resolución de las controversias planteadas en el presente caso se puede realizar a partir del análisis de los aspectos relevantes de las cuestiones controvertidas en el expediente. De acuerdo con esta metodología, las respuestas a las controversias jurídicas, formuladas a modo de preguntas principales, que a su vez se pueden sustentar en preguntas y respuestas secundarias que resuelven la controversia planteada.
27. A juicio de este Tribunal, las cuestiones controvertidas principales y secundarias en el presente caso son las siguientes:
- (i) Primera cuestión controvertida: Si resulta válida la incorporación al expediente de los documentos presentados por Auditec S.A.C., como medios probatorios.
- Si la documentación incorporada al expediente está avalada y es atribuible a la empresa supervisora, Auditec S.A.C.
- (ii) Segunda cuestión controvertida: Si existe certeza respecto al contenido de la cadena de custodia.
- (iii) Tercera cuestión controvertida: Si el Informe de Supervisión resulta válido para sustentar la infracción imputada a Poderosa.
- Si la presentación del Informe de Supervisión fuera del plazo establecido en las bases del proceso de contratación de Auditec S.A.C., acarrea la invalidez del mismo.
 - Si los errores materiales contenidos en el Informe de Supervisión determinan la invalidez del mismo.
 - Si la calibración del equipo Tester HI98129, Marca HANNA debió ser realizada por una empresa acreditada por el INDECOPI.
 - Si se realizó los análisis de garantía de calidad y control de calidad (QA/QC) que corroboren la exactitud de los resultados contenidos en el Informe de Supervisión.

- (iv) Cuarta cuestión controvertida: Si se ha acreditado que el exceso de los LMP haya ocasionado daño ambiental.

V. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

V.1. Primera cuestión controvertida: Si resulta válida la incorporación de los documentos presentados por Auditec S.A.C., como medios probatorios, al expediente

28. Según lo señalado en el literal a) del considerando 12 de la presente resolución, Poderosa sostiene que Auditec S.A.C., en su calidad de supervisora, debió sustentar directamente la información requerida por el OEFA, aclarando el contenido del Informe de Supervisión; sin embargo, solamente remitió la documentación alcanzada por el laboratorio Certimin S.A.; por lo tanto, dicha documentación no constituiría un medio probatorio válido.
29. Por tanto, a efectos de determinar si la incorporación de los documentos presentados por Auditec S.A.C. resultan válidos como medios probatorios en el presente procedimiento administrativo sancionador; es preciso determinar previamente si dicha empresa cumplió con avalar la referida documentación.

Si la documentación incorporada al expediente está avalada y es atribuible a la empresa supervisora, Auditec S.A.C.


30. Conforme al literal f) del artículo 23° del Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS/CD (en adelante, Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS/CD), las empresas supervisoras tienen como obligación absolver dentro del plazo establecido por OSINERGMIN (ahora OEFA), las observaciones y requerimientos que la autoridad encargada le formule sobre los informes de supervisión.
31. Corresponde tener en consideración que el Informe de Supervisión posee el carácter de Declaración Jurada, de acuerdo con lo señalado en el artículo 27° de la Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS/CD, debiendo ser suscrito por el representante legal de la empresa supervisora.
32. En el presente caso, mediante Carta N° 042-2013-OEFA/DFSAI/SDI, el OEFA solicitó a Auditec S.A.C., aclarar el Informe de Supervisión, específicamente en cuanto al documento denominado "Cadena de custodia" contenido en el mismo, dado que durante su revisión se observó que no se había registrado la fecha y hora de la recepción de las muestras, ni el nombre y firma del personal del laboratorio que recibió las mismas; asimismo, tampoco se consignó la firma del supervisor que dio conformidad a dicho documento²⁸.

²⁸ Corresponde recordar que se denominada "Cadena de custodia" al documento que se incorpora en los informes de supervisión donde se realizaron análisis de efluentes, el mismo que tiene como finalidad brindar seguridad respecto a la integridad de las muestras desde su colecta hasta la emisión del Informe de Ensayo del laboratorio respectivo,


33. A través de la Carta N° 084-OEFA-2013, suscrita por el representante legal de Auditec S.A.C., el señor Germán Guerrero De Los Ríos, Auditec S.A.C. respondió el requerimiento de la DFSAI, adjuntando una copia de la "Cadena de custodia" remitida por el laboratorio Certimin S.A., cumpliendo así con lo establecido en el literal f) del artículo 23° de la Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS/CD.
34. Cabe señalar que de la revisión de la Carta N° 084-OEFA-2013 se desprende que Auditec S.A.C. indicó que el laboratorio Certimin S.A. fue la entidad que brindó soporte para el servicio de supervisión realizado por encargo de OSINERGMIN.
35. En consecuencia si bien las actividades de supervisión eran encargadas por OSINERGMIN a empresas consultoras debidamente acreditadas en su registro de terceros supervisores, no todas estas empresas cuentan con un laboratorio propio acreditado ante INDECOPI, que permita realizar ciertas actividades de supervisión, tales como la toma de muestras y su análisis respectivo.
36. Es así que para el ejercicio de su encargo, algunas empresas contratan a su vez laboratorios acreditados por INDECOPI para que estos realicen la toma y preservación de las muestras (rotulado y conservación), el transporte al laboratorio y el análisis de las mismas, conforme a lo establecido en las metodologías estandarizadas y el Protocolo de Monitoreo aprobado por el Ministerio de Energía y Minas (en adelante MINEM).

En ese sentido, si bien las actividades de supervisión fueron encargadas a Auditec S.A.C. por OSINERGMIN, la incorporación de muestras tomadas por un laboratorio acreditado por INDECOPI, como Certimin S.A., no invalida, ni deslegitima el valor de las muestras tomadas, ni el análisis de las mismas.

37. De allí que resulte válido que, para cumplir con la solicitud formulada por el órgano instructor, la información complementaria fue solicitada por Auditec S.A.C. al laboratorio Certimin S.A., a fin de ser posteriormente presentada a la DFSAI a través de un documento suscrito por su representante legal.




Por lo tanto, se evidencia que Auditec S.A.C. sí avaló los documentos al momento de remitirlos como respuesta al requerimiento de información realizada por el OEFA; en tal sentido, resulta válida su incorporación como medios probatorios en el presente procedimiento administrativo sancionador.



V.2. Segunda cuestión controvertida: Si existe certeza respecto al contenido de la cadena de custodia

38. Por otra parte, de acuerdo a los argumentos expuestos en el literal b) del considerando 12 de la presente Resolución, Poderosa alega que en la cadena de custodia no se registra datos sobre la recepción de las muestras por parte del



en tanto que contiene información detallada sobre el número de muestras, la firma del colector, los requisitos de preservación, fecha, hora y punto del muestreo, entre otros.

laboratorio Certimin S.A.; asimismo, tampoco se indica que los efluentes fueron filtrados en campo.

39. Al respecto, cabe reiterar que el OEFA requirió a Auditec S.A.C., aclarar la "Cadena de custodia" contenida en el Informe de Supervisión, en vista que durante su revisión se observó que no se había registrado la fecha y hora de la recepción de las muestras, ni el nombre y firma del personal del laboratorio que recibió las mismas.
40. Por su parte, de la revisión de la "Cadena de custodia" remitida por Auditec S.A.C., se advierte que guarda identidad con la "Cadena de custodia" contenida en el Informe de Supervisión que fue notificado a Poderosa con la imputación cargos²⁹.
41. Efectivamente, al cotejar la "Cadena de custodia" remitida por Auditec S.A.C. con la "Cadena de custodia" contenida en el Informe de Supervisión se observa que los datos sobre el tipo agua, fecha, hora, ubicación geográfica de las muestras, entre otros aspectos, son coincidentes.
42. A partir de dicha revisión, se confirma la identidad y validez de ambos documentos en tanto se presenta plena coincidencia en datos como la razón social del cliente: Auditec S.A.C.; ubicación del muestreo: Pataz, Pataz, La Libertad; empresa monitoreada: Compañía Minera Poderosa / La Libertad; fecha de monitoreo: 13, 14 y 15 de setiembre de 2009 y puntos de monitoreo o control: PME-2, PME-8, PME-X, PME-1 y PME-R, entre otros aspectos.
43. En tal medida, se observa que la "Cadena de custodia" que presentó Auditec S.A.C. completa la información que faltaba en la "Cadena de custodia" que formaba parte del Informe de Supervisión y sobre la que se solicitó una aclaración; es decir, información respecto a la fecha y hora de la conformidad otorgada por el supervisor a la cadena de custodia, así como los datos sobre la recepción de las muestras en el laboratorio y el personal que las recibió (Felipe Campos).
44. Por su parte, en cuanto a la falta de filtrado de las muestras señalado por la recurrente, corresponde precisar que de acuerdo al Protocolo de Monitoreo de la Calidad de Agua del MINEM, no todas las muestras tomadas en campo tienen que filtrarse inmediatamente.

Asimismo, siguiendo el referido Protocolo, las muestras correspondientes al parámetro físico STS – cuyo incumplimiento es objeto de sanción en el presente procedimiento administrativo sancionador – no se filtran en campo; en tanto que su análisis requiere de un ambiente adecuado (Laboratorio) donde se pueda utilizar adecuadamente los equipos e instrumentos analíticos necesarios que permitan garantizar la calidad de las muestras³⁰.

²⁹ Fojas 20 al 24

En este punto conviene resaltar que las muestras que deben ser filtradas en campo son aquellas que se toman para realizar el análisis de metales disueltos.

En ese sentido, corresponde concluir que existe certeza respecto al contenido de la información consignada en la cadena de custodia presentada por Auditec S.A.C.; es así que dicho documento resulta un medio probatorio válido y legítimo en el presente procedimiento administrativo sancionador; por otro lado, resulta impertinente lo alegado por la recurrente en cuanto al filtrado de las muestras en tanto la sanción versa sobre la infracción a los LMP para el parámetro STS y no metales disueltos; por tanto, no se ha vulnerado los principios de predictibilidad y debido procedimiento establecidos en la Ley N° 27444.

V.3. Tercera cuestión controvertida: Si el Informe de Supervisión resulta válido para sustentar la infracción imputada

45. En atención a los argumentos expuestos en los literales c) al f) del considerando 12 de la presente Resolución, Poderosa cuestiona la validez del Informe de Supervisión, pues no habría sido entregado en el plazo establecido en las bases de su proceso de contratación como supervisora; además, en dicho documento se habría consignado el uso de un documento que no existe; asimismo, no se habría consignado los resultados de los análisis de las muestras de garantía de calidad y se habría adjuntado un certificado de calibración del equipo de medición de parámetros de campo correspondiente a una empresa que no estaba acreditada ante el INDECOPI.
46. Al respecto, a fin de determinar la validez del Informe de Supervisión corresponde determinar si lo señalado por la recurrente constituye argumento suficiente para dejar sin efecto el contenido del referido documento.

Si la presentación del Informe de Supervisión fuera del plazo establecido en las bases del proceso de contratación de Auditec S.A.C., acarrea la invalidez del mismo

47. Al respecto, cabe señalar que conforme al literal a) del artículo 23° del Reglamento de Supervisión de OSINERGMIN N° 324-2007-OS/CD³¹, constituye obligación de las empresas supervisoras cumplir con realizar las acciones de supervisión en forma oportuna, conforme les fue requerido por el OSINERGMIN.
48. Por su parte, de acuerdo con el numeral 28.1 del artículo 28° del referido Reglamento, la revisión y evaluación de los Informes de Supervisión se encuentra a cargo de la Gerencia de Fiscalización del OSINERGMIN, la misma que se realiza dentro de los alcances del régimen de fiscalización posterior, establecido en el artículo 32° de la Ley N° 27444.

³¹ Resolución de Consejo Directivo Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 324-2007-OS-CD. Aprueban Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN. Publicado en el Diario Oficial El Peruano 10 de junio de 2007.
"Artículo 23°.- Obligaciones de las Empresas Supervisoras
Las empresas supervisoras tienen las siguientes obligaciones:
a) Cumplir con realizar las acciones de supervisión en forma oportuna cuando les sean requeridas por OSINERGMIN.
(...)"

49. En ese sentido, si bien Poderosa alega que la presentación del Informe de Supervisión se realizó de forma extemporánea, cabe distinguir la relación contractual entre OSINERGMIN y Auditec S.A.C, del contenido del Informe de Supervisión en cuestión. En este marco, la presentación del informe fuera del plazo establecido en las bases del proceso de contratación no invalida su contenido.
50. Asimismo, de la revisión del expediente se observa que OSINERGMIN otorgó plena validez al Informe de Supervisión; en tanto que, sobre la base del mismo, notificó a Poderosa el Oficio N° 871-2010-OS-GFM, comunicándole el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador.
51. Conforme a lo expuesto, reiteramos que la validez del contenido del Informe de Supervisión elaborado por Auditec S.A.C. no se encuentra sujeta al plazo de presentación establecido en las bases de su proceso de contratación como empresa supervisora; salvo que la instancia competente de OSINERGMIN hubiera dispuesto lo contrario luego de una verificación de su contenido, en virtud de lo dispuesto en el artículo 32° de la Ley N° 27444, hecho que no ocurrió en el presente caso.

Por lo tanto, la presentación del Informe de Supervisión fuera del plazo establecido en las bases del proceso de contratación de Auditec S.A.C. como supervisora, no acarrea la invalidez del mismo.

Si los errores materiales contenidos en el Informe de Supervisión determinan la invalidez del mismo

52. La recurrente sostiene que durante la toma de muestras la supervisora señaló que utilizó el Protocolo de Monitoreo del año 1984, el cual no existe.
53. Al respecto, corresponde precisar que de conformidad con lo establecido en el numeral 1, del artículo 201° de la Ley N° 27444, los errores materiales o aritméticos en los actos administrativos pueden ser rectificadas con efecto retroactivo, en cualquier momento de oficio o a instancia de los administrados, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión. En ese sentido, dado que se trata de un error no sustancial en la digitación de uno de los números del año correspondiente al protocolo de monitoreo utilizado, puede rectificarse de manera retroactiva.
54. En esa misma línea, este Tribunal ha sostenido en reiteradas oportunidades que los errores materiales de carácter no trascendente, es decir, que no tienen efecto sobre el fondo de los actos administrativos, más aún cuando se refieren a aspectos relativos a la fecha de publicación de las normas o error en su numeración, no afectan el contenido y validez de los informes de supervisión o las resoluciones administrativas que imponen sanciones³².

³² Con referencia a las Resoluciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental N° 236-2013 (Considerando 33) y N° 251-2013 (Considerando 54).

Por lo tanto, habiéndose verificado que se trata de un error en la digitación del año correspondiente al Protocolo de Monitoreo utilizado para la toma de muestras en la unidad supervisada, nos encontramos ante un error material que no afecta la validez del Informe de Supervisión.

Si la calibración del equipo Tester HI98129, Marca HANNA debió ser realizada por una empresa acreditada por el INDECOPI

55. Al respecto, es necesario señalar que el *equipo* Tester HI98129, Marca HANNA es un equipo utilizado para realizar mediciones in situ de parámetros como temperatura, pH, conductividad, oxígeno disuelto³³. Y, no para la medición del parámetro STS, cuyo incumplimiento es materia del presente procedimiento administrativo sancionador.
56. En ese sentido, cabe mencionar que por la existencia de partículas en el medio ambiente que pueden afectar el proceso de filtración, aumentando la cantidad de sólidos en el papel filtro que se analiza, y distorsionar el resultado final del parámetro STS, es necesario que éste se realice dentro de las instalaciones adecuadas de un **laboratorio** y utilizando los instrumentos y equipos analíticos correspondientes al método de ensayo.

Por ello, para dicho análisis se utilizó el método de ensayo acreditado por el INDECOPI, Standard Methods for the Examination of Water and Wastewater (en adelante, SMEWW), 21st. 2005. Part-2540 D.APHA-AWA-WEF.

57. Por lo tanto, el análisis sobre si se debió o no calibrar el equipo Tester HI98129, Marca HANNA, no se relaciona con el análisis del parámetro STS, pues éste fue realizado por equipos de laboratorio.
58. Por otro lado, corresponde resaltar que no existe disposición normativa que requiera que los certificados de calibración de los equipos multiparámetro sean emitidos por una empresa acreditada ante el INDECOPI. Esta conclusión no se desprende de lo dispuesto por el artículo 10° del Decreto Supremo N° 018-2003-EM, en tanto dicha norma solo establece que los análisis de muestras y ensayos que se requieran para las acciones de fiscalización deben realizarse a través de laboratorios acreditados ante el INDECOPI³⁴.

En tal sentido, el argumento de Poderosa resulta claramente impertinente, pues el equipo Tester HI98129, Marca HANNA utilizado durante la supervisión para las mediciones in situ de otros parámetros, no se relaciona con el análisis del parámetro STS, cuyo exceso es objeto del presente procedimiento administrativo sancionador.

³³ Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua para El Sub-Sector Minería. p.39.

³⁴ Decreto Supremo N° 018-2003-EM - Modifican Reglamentos de Seguridad e Higiene Minera, de Fiscalización de las Actividades Mineras y de diversos títulos del TUO de la Ley General de Minería, publicado en el diario oficial El Peruano el 30 de mayo de 2003.
"Artículo 10.- Los análisis de muestras y ensayos, que se requieran para las acciones de fiscalización deberán realizarse en los laboratorios acreditados en el INDECOPI".

Si se realizó los análisis de garantía de calidad y control de calidad (QA/QC) que corroboren la exactitud de los resultados contenidos en el Informe de Supervisión

59. En relación a los argumentos expuestos en el literal f) del considerando 12 de la presente Resolución, Poderosa alega que en el Informe de Supervisión no se consignó información que permita verificar que se cumplió con realizar los análisis de blancos de viaje, blancos de campo y duplicados de campo, como garantía y control de calidad de las muestras.
60. Al respecto cabe señalar que, de acuerdo con el SMEWW, 21st. 2005, la garantía de calidad es un conjunto de principios y acciones que si se cumplen estrictamente a lo largo de la toma y el análisis de las muestras, generarán datos de calidad reconocida y justificable; por lo que, podrá declararse con un alto grado de confianza la exactitud del resultado analítico. Cabe precisar que en la garantía de calidad (QA) se incluye el control de calidad (QC)³⁵.
61. En ese sentido, de la revisión del Informe de Supervisión, se verifica que el laboratorio CIMM Perú realizó los procedimientos y análisis de las muestras de garantía de calidad y control de calidad (QA/QC), lo cual se corrobora con lo detallado en el informe de ensayo N° SEP1185.R09³⁶, donde se observa los resultados de los análisis realizados a los duplicados de campo y blancos³⁷.
62. Asimismo, copia de dicha información fue presentada por Auditec S.A.C. en respuesta a la solicitud formulada por el OEFA el 20 de febrero de 2013, lo que permite convalidar la información contenida en el Informe de Supervisión.
63. Por lo tanto, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente, en tanto que del Informe de Supervisión se advierte la presencia de documentación que permite verificar que cumplió con realizar los análisis de las muestras de garantía de calidad (QA) y control de calidad (QC) que corroboran la exactitud de los resultados contenidos en el Informe de Supervisión.

En consecuencia, contrariamente a lo alegado por la recurrente, el Informe de Supervisión resulta válido para sustentar las infracciones imputadas a Poderosa en el presente procedimiento administrativo sancionador.

³⁵ Standard Methods for the Examination of Water and Wastewater. 21st Edition. Quality Assurance. pp. 1-6.

³⁶ Fojas 39 al 43.

³⁷ En el acápite 4.4. del Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua para el Sub-Sector Minería se precisa que para la Garantía de Calidad (Q/A)/Control de Calidad (Q/C) en las mediciones de campo son de suma importancia la toma de duplicados y blancos en el campo, ya que estas muestras nos permiten tener un control de calidad para identificar y cuantificar la contaminación que podría darse en el momento de muestrear, filtrar, manipular la muestra y/o limpieza de los equipos; este procedimiento tiene el propósito de evaluar la exactitud de los resultados analíticos.

V.4. **Cuarta cuestión controvertida: Si se ha acreditado que el exceso de los LMP haya ocasionado daño ambiental**

64. En atención a los argumentos expuestos en el literal g) del considerando 12 de la presente resolución, Poderosa 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.
65. Al respecto, el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611³⁸ 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**³⁹.
66. En ese sentido, conforme al pronunciamiento emitido por este Tribunal mediante la Resolución N° 082-2013-OEFA/TFA⁴⁰, 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**.
67. 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 medida⁴¹.

³⁸ 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".

³⁹ 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.


⁴⁰ Procedimiento administrador sancionador seguido contra NYRSTAR ANCASH S.A., tramitado en el expediente N° 157-09-MA/E.

⁴¹ 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


68. 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 resulta suficiente que dichos efectos negativos sean potenciales⁴², entendiendo como potencial aquello que puede suceder o existir⁴³.
69. 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”⁴⁴.
70. 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 nocivos⁴⁵.
71. 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



ellos, entre otros” (Artículo 2.3). Así, cuando uno introduce un contaminante al ambiente que tuviera la posibilidad de modificar el medio humano y dañar su salud, está generando un daño ambiental.” 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>.



⁴² 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



⁴³ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

⁴⁴ 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.



⁴⁵ PEÑA CHACÓN, Mario. *Daño responsabilidad y reparación ambiental*: http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10_penachacon03.pdf

emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente (...)»⁴⁶.

72. 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.
73. 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 ambiente⁴⁷.
74. En este contexto, en el presente caso, se evidencia que Poderosa ha generado daño ambiental al haber excedido los LMP aplicables al parámetro STS, tal como ha quedado acreditado mediante el Informe de Ensayo con Valor Oficial N° SEP1185.R09⁴⁸ emitido por el Laboratorio CIMM Perú S.A. acreditado ante el INDECOPI.
75. En consecuencia, siguiendo lo señalado en los Considerandos precedentes de la presente Resolución, Poderosa 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, sí se ha acreditado que el exceso de los LMP haya ocasionado daño ambiental. Consecuentemente, corresponde desestimar el argumento planteado por Poderosa en este extremo.

Teniendo en cuenta los considerandos expuestos, y de conformidad con lo establecido en la Ley N° 27444; Ley N° 29325; Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de


⁴⁶ Ley N° 28611.

"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 Resulta pertinente precisar que en el Decreto Supremo N° 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.


⁴⁸ Fojas 26 al 44.

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° 496-2013-OEFA/DFSAI del 25 de octubre 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 cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), sea depositado en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicarse al momento de la cancelación el número de la presente resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

Artículo tercero.- NOTIFICAR la presente resolución a Compañía Minera Poderosa S.A. y remitir el Expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.



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



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



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



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

