

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 047-2014-OEFA/TFA

Lima, 28 FEB. 2014

VISTOS:

El Recurso de Apelación interpuesto por VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A. contra la Resolución Directoral N° 377-2013-OEFA/DFSAI emitida por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental el 26 de agosto de 2013, en el Expediente N° 164-2011-DFSAI/PAS¹; y el Informe N° 038-2014-OEFA/TFA/ST del 13 de febrero de 2014;

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes

1. El presente procedimiento administrativo sancionador se inició como consecuencia de los resultados de la supervisión regular llevada a cabo del 13 al 16 de agosto 2009, en las instalaciones de la Unidad Minera Carahuacra, ubicada en el distrito y provincia de Yauli, departamento de Junín, de titularidad de VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A. (en adelante, VOLCAN)², obrante en el Informe de Supervisión Regular N° 018-S.R.-M.A.-SCI Y HLC-2009 (en adelante, el Informe de Supervisión)³ elaborado por CONSORCIO SC Ingeniería S.R.L. y HLC S.A.C.

¹ Expediente OSINERGMIN N° 001-2009-MAVR.

² Registro Único de Contribuyente N° 20383045267.

³ Fojas 6 a 280.

2. Mediante Resolución Directoral N° 377-2013-OEFA/DFSAI del 26 de agosto de 2013⁴, notificada el 27 de agosto de 2013, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, la DFSAI) impuso a VOLCAN una multa de doscientos diez (210) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de las siguientes infracciones:

N°	Hecho Imputado	Norma Incumplida	Tipificación	Sanción
1	El titular minero conduce aguas ácidas en suelo natural, sin impermeabilizar las zanjas N° 1 y N° 2 de la unidad minera Carahuacra.	Artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM ⁵ .	Numeral 3.1 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ⁶ .	10 UIT
2	Se excedió el valor del parámetro Plomo disuelto en el punto de monitoreo MA-09,	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ⁷ .	Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución	50 UIT

⁴ Fojas 419 a 427.

⁵ 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."

⁶ Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM - Escala de Multas y Penalidades a aplicarse por Incumplimiento de Disposiciones del TUO de La Ley General de Minería y sus Normas Reglamentarias.-

"ANEXO

3. MEDIO AMBIENTE

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

⁷ Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM. Aprueba 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°.- Los resultados analíticos obtenidos para cada parámetro regulado a partir de la muestra recogida del efluente minero-metalúrgico, no excederán en ninguna oportunidad los niveles establecidos en la columna "Valor en cualquier Momento", del Anexo 1 ó 2 según corresponda."

	correspondiente al efluente de la descarga de la relavera Rumichaca		Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ⁸ .	
3	Se excedió el valor del parámetro Cobre disuelto en el punto de monitoreo MA-09, correspondiente al efluente de la descarga de la relavera Rumichaca	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	50 UIT
4	Se excedió el valor del parámetro Zinc disuelto en el punto de monitoreo MA-09, correspondiente al efluente de la descarga de la relavera Rumichaca	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	50 UIT
5	Se excedió el valor del parámetro Hierro disuelto en el punto de monitoreo MA-09, correspondiente al efluente de la descarga de la relavera Rumichaca	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	50 UIT
MULTA TOTAL				210 UIT

3. El 18 de setiembre de 2013⁹, VOLCAN interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 377-2013-OEFA/DFSAI del 26 de agosto de 2013, señalando lo siguiente:

ANEXO 1
NIVELES MÁXIMOS PERMISIBLES DE EMISIÓN PARA LAS UNIDADES MINERO-METALÚRGICAS

PARAMETRO	VALOR EN CUALQUIER MOMENTO	VALOR PROMEDIO ANUAL
pH	Mayor que 6 y Menor que 9	Mayor que 6 y Menor que 9
Sólidos suspendidos (mg/l)	50	25
Fósforo (mg/l)	0.4	0.2
Cobre (mg/l)	1.0	0.3
Zinc (mg/l)	3.0	1.0
Hierro (mg/l)	2.0	1.0
Arsénico (mg/l)	1.0	0.5
Cianuro total (mg/l)*	1.0	1.0

* CIANURO TOTAL, equivalente a 0.1 mg/l de Cianuro Libre y 0.2 mg/l de Cianuro fácilmente disociable en ácido.

- ⁸ Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM - Escala De Multas y Penalidades a Aplicarse por Incumplimiento de Disposiciones del T.U.O. de La Ley General De Minería y Sus Normas Reglamentarias, publicada en el diario oficial El Peruano el 2 de setiembre de 2000.-

"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 esté obligada a ejecutar la empresa. Para el caso de PPM, la multa será de 10 UIT por cada infracción. (...)."

- ⁹ Mediante escrito con Registro N° 028665 (Fojas 429 a 471); subsanado mediante escrito con Registro N° 30526 (Fojas 479 a 481).

Sobre vulneración del principio de legalidad

- a) Se ha vulnerado el principio de legalidad previsto en el Numeral 1 del Artículo 230° de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, debido a que la sanción impuesta se sustenta en la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM – Escala de Multas y Penalidades, la cual no tiene rango de ley.

Sobre la vulneración del principio de tipicidad

- b) Se ha vulnerado el principio de tipicidad previsto en el Numeral 4 del Artículo 230° de la Ley N° 27444, toda vez que los Números 3.1 y 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM no establecen en forma precisa y clara las conductas sancionables, por lo que esta norma constituye una norma sancionadora en blanco. Para sustentar este argumento adjunta copia de la Resolución N° 6 emitida por el Octavo Juzgado Transitorio Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima, en proceso seguido por VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A. contra el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, el OSINERGMIN) en materia de Seguridad e Higiene Minera.

Asimismo, se ha sancionado bajo una interpretación extensiva del Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, el mismo que exige que el daño ambiental haya quedado demostrado durante la investigación; sin embargo en el Informe de Supervisión no se verifica que se haya generado algún daño, lo cual constituye una vulneración al principio de tipicidad.

Sobre la configuración del daño ambiental

- c) No existe prueba que demuestre que el exceso del Límite Máximo Permissible (en adelante, LMP) haya ocasionado daño al ambiente. Además, la sola verificación del exceso del LMP no determina la configuración de un menoscabo material al ambiente o a sus componentes que genere efectos negativos actuales o potenciales.

Asimismo, señala que para determinar que se ha producido daño al ambiente se deberá demostrar i) cuál ha sido el menoscabo material sufrido por el ambiente, ii) si el referido menoscabo es actual y/o potencial y, iii) que el menoscabo haya sido causado contraviniendo o no disposición jurídica.

Por último, para imputar la infracción por exceso de LMP en virtud del Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, se realiza una interpretación errónea del mismo, 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.

- d) No se ha probado la relación de causalidad, entre la conducta imputada y el supuesto daño ambiental.

Sobre la sanción de los LMP por punto de control

- e) La infracción de los LMP se sanciona por punto de control o monitoreo, y no por parámetro sobrepasado. Este criterio ha sido establecido anteriormente por el OSINERGMIN y, posteriormente, por la DFSAI y el Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA.

Sobre la interpretación del Artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM

- f) El Artículo 5° del Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minera Metalúrgica aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM no contiene dos (2) obligaciones, toda vez que no existe la conjunción "y" en el texto de la norma. Se trata de una misma obligación exigible: evitar que los elementos y/o sustancias puedan tener efectos adversos al sobrepasar los LMP. Asimismo, el daño debe ser probado en el procedimiento sancionador respectivo.

II. Competencia

4. 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 Ambiente¹⁰, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA.
5. En mérito a lo establecido en los Artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental¹¹, el OEFA es un organismo público

¹⁰ 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".

¹¹ 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

técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción ambiental.

6. 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 OEFA¹².
7. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM¹³ se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental del OSINERGMIN¹⁴ al OEFA, y mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de julio de 2010¹⁵ 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.

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.

(...)"

- ¹² Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.-
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

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

- ¹³ 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".*

- ¹⁴ 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".*

- ¹⁵ 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".

8. Por otro lado, el Artículo 10° de la Ley N° 29325¹⁶, los Artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM¹⁷, y el Artículo 3° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD¹⁸, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

III. Norma Procedimental Aplicable

9. Previamente al análisis de los argumentos formulados por VOLCAN, este Órgano Colegiado considera pertinente, en virtud del principio del debido procedimiento previsto en el Numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444¹⁹, establecer

¹⁶ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 05 de marzo de 2009.-

"Artículo 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.
(...)"

¹⁷ Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 15 de diciembre de 2009.-

"Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental"

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

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

- a) Resolver en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos.
- b) Proponer al Presidente del Consejo Directivo del OEFA mejoras a la normatividad ambiental, dentro del ámbito de su competencia.
- c) Ejercer las demás atribuciones que correspondan de acuerdo a Ley".

¹⁸ 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".

¹⁹ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de abril de 2001.-

"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo"

(...)

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

la normativa procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador.

10. En tal sentido, corresponde indicar que, a la fecha de inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 003-2011-OEFA/CD; siendo aplicable, posteriormente, el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, vigente desde el 14 de diciembre de 2012²⁰.

IV. Análisis

IV.1 Protección constitucional al ambiente

11. De acuerdo con el Numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú²¹, toda persona tiene el derecho fundamental a "gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida".
12. El Tribunal Constitucional señala que el contenido esencial del citado derecho fundamental está configurado por: 1) el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado; y, 2) el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado:

*"En su primera manifestación, comporta la facultad de las personas de disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y sustantiva. La intervención del ser humano no debe suponer, en consecuencia, una alteración sustantiva de la indicada interrelación. (...) Sobre el segundo acápite, (...) entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. Evidentemente, tal obligación alcanza también a los particulares"*²².

(...)"

²⁰ Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD – Aprueban Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 13 de diciembre de 2012.-
"Artículo 3°.- Disponer que las disposiciones de carácter procesal del presente Reglamento se aplicarán a los procedimientos administrativos sancionadores en trámite, en la etapa en que se encuentren".

²¹ 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.
(...)"

²² Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, Fundamento Jurídico 4.

13. Asimismo, dicho Tribunal ha señalado que, además del Numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú, existe un conjunto de disposiciones de la Carta Fundamental referidas a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el ambiente, denominado "Constitución Ecológica"²³, de las que se deriva un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar y promover frente a las actividades humanas que pudieran afectar al ambiente tal como se aprecia a continuación:

*"Así, en primer lugar, al ser los recursos naturales in totum, patrimonio de la Nación, su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de las generaciones presentes y futuras"*²⁴. (Resaltado agregado)

*"(...) la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsor del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar. La Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no soportarán"*²⁵. (Resaltado agregado)

14. En ese sentido, Sen advierte que: *"un medio ambiente dañado que le niegue aire limpio a las futuras generaciones (...) seguirá estando dañado sin importar cuán ricas sean esas generaciones"*²⁶.

15. En adición, el Tribunal Constitucional ha definido al ambiente en los siguientes términos:

*"(...) el medio ambiente es el mundo exterior que rodea a todos los seres vivos y que determina y condiciona su existencia. Es el ámbito en que se desarrolla la vida y en cuya creación no ha intervenido la acción humana. En puridad, medio ambiente alude al compendio de elementos naturales —vivos e inanimados— sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivos (plantas, animales y microorganismos)"*²⁷.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional del 27 de agosto de 2008, recaída en el Expediente N° 3610-2008-PA/TC, Fundamento Jurídico 33.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, Fundamento Jurídico 11.

²⁵ Ibid. Fundamento Jurídico 24.

²⁶ SEN, Amartya: *"Continuing the Conversation: Amartya Sen Talks with Bina Agarwal, Jane Humphries e Ingrid Robeyns"*. Feminist Economics N° 9, 2003, p.330. Consultado el 26 de marzo de 2013: <http://csde.washington.edu/~scurran/files/readings/April28/recommended/ContinuingtheConversation.pdf> (Traducción nuestra)

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

16. En esa línea, el Numeral 2.3 del Artículo 2° de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente²⁸ 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.
17. En tal contexto, cabe indicar que el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado impone a los particulares la obligación de adoptar medidas tendientes a prevenir, evitar o reparar los daños que sus actividades productivas causen o puedan causar al ambiente. Es por ello que dichas medidas se encuentran contempladas en el marco jurídico que regula la protección del ambiente y en los instrumentos de gestión ambiental.
18. En este orden de ideas, puede afirmarse que las normas sectoriales referidas a la protección y conservación del ambiente deberán interpretarse y aplicarse dentro del marco constitucional que regula el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado.

IV.2 Sobre la vulneración del principio de legalidad

19. En relación a lo señalado en el literal a) del Considerando 3 de la presente Resolución, el titular minero sostiene que la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM constituye una norma reglamentaria que no tiene rango de ley para imponer una sanción.
20. En ese sentido, VOLCAN alega que se ha vulnerado el principio de legalidad, pues se le atribuye la comisión de una infracción, y su consecuente sanción, prevista en la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM y no en una norma con rango de ley o en una "norma reglamentaria autorizada por una norma con rango de ley".
21. Lo señalado evidencia que el administrado alega la vulneración de los principios de legalidad y tipicidad, previstos en los Numerales 1 y 4 del Artículo 230° de la Ley N° 27444, toda vez que solo en aplicación de estos principios es posible determinar una infracción "por norma reglamentaria autorizada por una norma con rango de ley"

²⁸ 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".*

(colaboración reglamentaria). Consecuentemente, se evaluará si la resolución apelada ha vulnerado ambos principios.

22. Respecto de la aplicación de los citados principios de la potestad sancionadora en el ámbito del derecho administrativo sancionador, el Tribunal Constitucional ha establecido que:

"5. (...) no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el artículo 2º, inciso 24, literal d) de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, define la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeto a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementado a través de los reglamentos respectivos"²⁹. (Subrayado agregado)

23. Sobre la base de esta diferenciación, se determinará, en primer lugar, si efectivamente la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, que aprueba la escala de multas y penalidades a aplicarse por incumplimiento de disposiciones del TULO de la Ley de Minería y sus normas reglamentarias (en adelante, "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.

24. 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, "TULO de la Ley General de Minería") estableció la posibilidad de que la autoridad administrativa imponga sanciones y multas a los titulares de derechos mineros que incumplan con sus obligaciones o infrinjan las disposiciones normativas del sector³⁰.

25. 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 TULO de la Ley General de Minería, así como sus normas modificatorias o complementarias.

26. En desarrollo del TULO 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

²⁹ <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00197-2010-AA.html>

³⁰ Decreto Supremo N° 014-92-EM - Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, publicado en el diario oficial El Peruano el 4 de junio de 1992.-

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

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

penalidades a aplicarse en caso de incumplimiento de las disposiciones contenidas en el TUO de la Ley de Minería y sus normas reglamentarias (en adelante, "Resolución Ministerial N° 310-99-EM/VMM").

27. La Resolución Ministerial N° 310-99-EM 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 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.
28. 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 complementarias transitorias 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 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)

29. 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 éstas que se encuentren "vigentes a la fecha de promulgación de la Ley N° 28964", entre las cuales se encuentra 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 de Minería y sus normas reglamentarias, y era la norma vigente al momento de la entrada en vigencia de la Ley N° 28964".
30. En ese contexto, resulta particularmente importante destacar que la citada Primera Disposición Final 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.

31. Finalmente, cuando se dispuso la transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA, el Artículo 4° de la Ley N° 29325, 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 previamente³¹.
32. 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 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 en este extremo por la apelante.

IV.3 Sobre la vulneración del principio de tipicidad

33. En relación a lo señalado en el Literal b) del Considerando 3 de la presente Resolución, el titular minero sostiene que la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM no establece detalladamente las conductas sancionables, lo cual considera que fue confirmado por el Octavo Juzgado Transitorio Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima.
34. 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.
35. 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

³¹ 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 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."

establecer la sanción³². 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.

36. 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°s. 011-96-EM/VMM, 315-96-EM/VMM y otras normas modificatorias y complementarias, que sean detectadas como consecuencia de la fiscalización o de los exámenes especiales el monto de la multa será de 10 UIT por cada infracción, hasta un máximo de 600 UIT. En los casos de pequeño productor minero la multa será de 2 UIT por infracción (...)". (Resaltado agregado)

37. 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 encuentra 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 (...)".

38. Contrariamente a lo señalado por el administrado, de la lectura de ambos numerales se desprende que contienen 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 el Artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM; así como su respectiva sanción.

39. 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 con 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 IV.4 de la presente Resolución.

40. 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

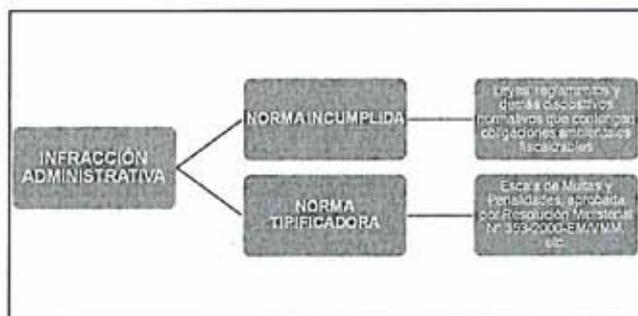
³² Sentencia C-595/10. Numeral 5.5.

y sancionable conforme al tipo contenido en el Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM³³. Como se aprecia, tanto la obligación sustantiva, como la infracción tipificada resultan plenamente identificadas de un análisis ordinario.

41. 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 en el presente caso 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.
42. 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 típica³⁴.
43. En relación a que en el caso del incumplimiento de Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, se ha sancionado a VOLCAN bajo una interpretación extensiva de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, el cual exige que el daño ambiental haya quedado demostrado durante la investigación, lo que no habría sucedido; debe señalarse que la infracción imputada a VOLCAN, tipificada en el Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, prevé dos elementos como parte de su supuesto de hecho:

³³ En este sentido, se aprecia que la conducta ilícita tipificada en el Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución N° 353-2000-EM/VMM es una infracción precisa e inequívoca, respecto del incumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables que se imponen al titular minero. Y, asimismo, se verifica que existe una predeterminación normativa de la conducta y sanción correspondiente, no dando lugar a posibles interpretaciones extensivas o analógicas al momento de aplicar las normas que contienen la infracción tipificada.

³⁴ 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:



- a) Incumplimiento del Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM por exceso de los LMP.
- b) El exceso de los LMP detectados durante la supervisión origina un daño al ambiente.
44. Ahora bien, en cuanto al elemento previsto en el Literal a), del Informe de Ensayo con Valor Oficial N° MA904971-B³⁵, emitido por el laboratorio SGS del Perú S.A.C., acreditado ante el INDECOP, se verifica el exceso de los LMP aplicables a los parámetros Pb disuelto, Cu disuelto, Zn disuelto, Fe disuelto³⁶, en el punto de control MA-09.
45. A su vez, con relación al elemento descrito en el Literal b), resulta oportuno señalar que conforme se desprende del Cuadro "Resultados de muestreo-Supervisión 2008 Efluentes- Unidad Minera Carahuacra" del Informe de Supervisión³⁷, el muestreo del punto de control MA-09 se realizó durante una supervisión regular llevada a cabo del 13 al 16 de agosto 2009 en las instalaciones de la Unidad Minera Carahuacra de titularidad de VOLCAN, en donde se detectó el exceso de los LMP antes señalados, lo que ocasionó el daño al ambiente de acuerdo con lo que se señala más adelante en los considerandos 52 a 62.
46. En esta misma línea, resulta oportuno precisar que contrariamente a lo expuesto por VOLCAN, el tipo infractor no exige que la Supervisora Externa sea quien determine la configuración o no de ilícitos administrativos, toda vez que de acuerdo con los Numerales 28.3 y 28.5 del Artículo 28° del Reglamento aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD, corresponde al OEFA (antes, Gerencias de Línea del OSINERGMIN) evaluar el contenido de los informes de supervisión y determinar la naturaleza de los hechos constatados por la Supervisora, contando con la facultad de iniciar el respectivo procedimiento sancionador de considerar que éstos constituyen infracción administrativa³⁸.

³⁵ Foja 250

³⁶ Cuyos valores fueron de 0.589; 1.961; 98.217; 53.1, respectivamente.

³⁷ Foja 61.

³⁸ Resolución N° 324-2007-OS-CD - Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN, publicado en el diario oficial El Peruano el 10 de junio de 2007.-

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

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

28.4.- El incumplimiento de las medidas o acciones que deberá tomar el responsable de la actividad supervisada para la subsanación o levantamiento de las observaciones notificadas o de las disposiciones emitidas por la Gerencia de Fiscalización correspondiente, la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente, dentro del plazo otorgado

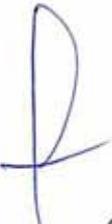
47. Por tal motivo, si bien en el Informe de Supervisión no se señala textualmente que se haya causado un daño al ambiente, dicho instrumento sí concluye que se incumplió los LMP aplicables a los parámetros Pb disuelto, Cu disuelto, Zn disuelto, Fe disuelto, reportados en el punto de control MA-09.
48. De esta manera, se configura la situación de daño ambiental definida en el Numeral 142.2 del Artículo 142° de la Ley N° 28611, lo que a su vez fue determinado por el OEFA al inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, y confirmado por la primera instancia en la resolución recurrida.
49. En tal sentido, habiéndose acreditado la configuración de los componentes del supuesto de hecho de la infracción sancionada, se concluye que no se ha realizado una interpretación extensiva del Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, por lo que no se ha vulnerado el principio de tipicidad.
50. Por otro lado, respecto 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.

Por las consideraciones antes expuestas, corresponde desestimar lo alegado en este extremo.



IV.4 Sobre la configuración del daño ambiental

51. En relación a lo señalado en los Literales c) y d) del Considerando 3 de la presente Resolución, VOLCAN sostiene que no existe prueba que demuestre que el exceso del LMP haya ocasionado daño al ambiente. Además, la sola verificación del exceso de los LMP no determina la configuración de un menoscabo material al ambiente o a sus componentes que genere efectos negativos actuales o potenciales. Agrega que no se ha probado la relación de causalidad entre la conducta imputada y el supuesto daño ambiental.



para la subsanación o levantamiento, podrá dar lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador y la imposición de las sanciones correspondientes.

28.5.- En caso la Gerencia de Fiscalización, la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente establezca que los hechos detectados son reiterativos o constituyen ilícitos administrativos sancionables que ameritan el inicio inmediato de un procedimiento administrativo sancionador no se requerirá cumplir previamente con lo establecido en los numerales 28.3 y 28.4 del presente artículo."



52. Al respecto, el Numeral 142.2 del Artículo 142° de la Ley N° 28611³⁹ 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 potenciales⁴⁰.
53. En ese sentido, conforme al pronunciamiento emitido por este Tribunal mediante la Resolución N° 082-2013-OEFA/TFA⁴¹, 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**.
54. 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 medida⁴².
55. 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

³⁹ Ley N° 28611 – Ley General del Ambiente, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de octubre de 2005.-
"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".

⁴⁰ 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.

⁴¹ Procedimiento administrador sancionador seguido contra NYRSTAR ANCASH S.A., tramitado en el Expediente N° 157-09-MA/E.

⁴² 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>.

producido en los vertimientos contaminantes al ambiente sean actuales, sino que resulta suficiente que dichos efectos negativos sean potenciales⁴³, entendiéndose como potencial aquello que puede suceder o existir⁴⁴.

56. Tal como se ha señalado, "junto al concepto de "daño" como cambio adverso y mensurable de un recurso natural" ha de hacerse referencia al de la "amenaza inminente de daño" que hace surgir los deberes de prevención, y que se definen (...) como "una probabilidad suficiente de que se produzcan los daños medioambientales en un futuro próximo"⁴⁵. De ahí que el Numeral 142.2 del Artículo 142° de la Ley N° 28611 establezca que los efectos del daño puedan ser actuales o potenciales.
57. En tal sentido, el menoscabo material se configura frente a toda acción u omisión, que altere, trastorne o disminuya algún elemento constitutivo del ambiente; mientras que lo potencial son los efectos negativos de ese menoscabo, es decir, la probabilidad futura en grado de verosimilitud de que ocurran dichos efectos negativos ⁴⁶.
58. Ello se condice 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 (...)"⁴⁷ (Resaltado agregado).
59. 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

⁴³ En esa línea, Peña Chacón sostiene que "[d]e esta forma, se rompe con uno de los elementos característicos del derecho de daños, por el cual este debe ser siempre cierto, efectivo, determinable, evaluable, individualizable y no puramente eventual o hipotético, pues, tratándose del daño ambiental, es necesario únicamente su probabilidad futura para determinar su existencia y tomar las medidas necesarias con el fin de impedir sus efectos nocivos". Véase: PEÑA CHACÓN, Mario. "Daño Ambiental y Prescripción". Consultado el 18 de febrero de 2013 http://huespedes.cica.es/aliens/qimadus/19/06_mario_penia_chacon.html

⁴⁴ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

⁴⁵ LOZANO CUTANDA, Blanca. Madrid. Derecho Ambiental Administrativo. Dykinson. Madrid. 2009. p. 285.

⁴⁶ PEÑA CHACÓN, Mario. *Daño responsabilidad y reparación ambiental*: http://cmsdata.iucn.org/downloads/cel10_penachacon03.pdf

⁴⁷ **Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente.-**
"Artículo 32°.- Del Límite Máximo Permisible.-

(...)

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

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 con lo señalado en el Numeral 32.1 del Artículo 32° de la Ley N° 28611.

60. 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 ambiente⁴⁸.
61. En este contexto, en el presente caso, se evidencia que VOLCAN ha generado daño ambiental al haber excedido los LMP aplicables a los parámetros Pb disuelto, Cu disuelto, Zn disuelto, Fe disuelto, tal como ha quedado acreditado mediante el Informe de Ensayo con Valor Oficial N° MA904971-B emitido por el laboratorio SGS del Perú S.A.C. acreditado ante el INDECOPI, cuyo resultado se ha detallado en el Considerando 44 de la presente Resolución.
62. En consecuencia, siguiendo lo señalado en los Considerandos precedentes de la presente Resolución, VOLCAN ha incurrido en la comisión de la infracción grave prevista en el Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM por haber excedido los LMP.
63. Respecto a que no se ha probado la relación de causalidad entre la conducta imputada y el supuesto daño ambiental, corresponde precisar que como regla derivada del principio de causalidad previsto en el Numeral 8 del Artículo 230° de la Ley N° 27444⁴⁹, la sanción debe recaer sobre el administrado que realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de la infracción administrativa.
64. En tal sentido, a efectos de determinar la correcta aplicación del citado principio en el presente procedimiento, este Tribunal Administrativo considera oportuno verificar los siguientes aspectos:

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.-
"Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
8. Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable."

- a) La ocurrencia de los hechos imputados; y
 - b) La ejecución de los hechos por parte de VOLCAN.
65. Al respecto, cabe indicar que el incumplimiento de los LMP aplicables a los parámetros Pb disuelto, Cu disuelto, Zn disuelto, Fe disuelto, ha quedado comprobado mediante el Informe de Ensayo con Valor Oficial N° MA904971-B.
66. A su vez, dicho exceso de los LMP proviene del efluente producido dentro de las instalaciones de la unidad minera "Carahuacra", de titularidad de VOLCAN; razón por la cual devino válida la sanción impuesta en este extremo al acreditarse la causalidad de la conducta infractora.

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas, corresponde desestimar lo alegado por la apelante en este extremo.

IV.5 Sobre la sanción de los LMP por punto de control

67. En relación a lo señalado en el Literal e) del Considerando 3 de la presente Resolución, VOLCAN sostiene que la infracción de los LMP se sanciona por punto de control y no por parámetro sobrepasado
68. Sobre el particular, respecto a los incumplimientos de los LMP, el Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM establece que **los resultados analíticos obtenidos** para cada parámetro regulado a partir de la muestra recogida del efluente minero **no deberán exceder los LMP establecidos en la columna "Valor en cualquier momento"** del Anexo 1 de la referida Resolución Ministerial. (Resaltado agregado)
69. De lo expuesto, se verifica que la norma no regula ni prevé restricción alguna relacionada a que el exceso de los LMP sea sancionado por punto de control o por parámetro, sino que establece que los resultados obtenidos no deben sobrepasarlos en ningún momento.
70. Por lo tanto, contrariamente a lo alegado por VOLCAN, no es necesario que la sanción por exceso de los LMP sea por punto de control excedido, sino que basta que los LMP hayan sido sobrepasados.
71. En ese sentido, habiéndose acreditado a partir de los medios probatorios obrantes en el expediente que VOLCAN excedió los LMP respecto de los parámetros Pb disuelto, Cu disuelto, Zn disuelto, Fe disuelto en el punto de control MA-09, corresponde sancionar a la recurrente con una multa de cincuenta (50) UIT por cada incumplimiento.⁵⁰

⁵⁰ Cabe precisar que en el presente caso no corresponde aplicar la Resolución de Consejo Directivo N° 045-2013-OEFA/CD, Resolución que aprueba la tipificación de infracciones y escala de sanciones relacionadas al incumplimiento de los Límites Máximos Permisibles (LMP) previstos para actividades económicas bajo el ámbito de competencia del OEFA, toda vez que no resulta más favorable para el administrado.

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas, corresponde desestimar lo alegado por la apelante en este extremo.

IV.6 Sobre la interpretación del Artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM

72. En relación a lo señalado en el Literal f) del Considerando 3 de la presente Resolución, VOLCAN sostiene que la interpretación que el OEFA realiza del Artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM es incorrecta, en la medida que el artículo hace referencia a una misma obligación exigible. Asimismo, la recurrente alega que el daño debe ser probado en el procedimiento administrativo sancionador respectivo.

73. Al respecto, cabe señalar que en el Informe de Supervisión se consignó lo siguiente:

*"Observación 10: El área aguas debajo de los depósitos de desmonte ubicados en las zonas de Carahuacra Sur y Carahuacra Norte (Huaripampa) cuentan con **zanjas de colección y conducción** excavadas en suelo natural **que conducen los drenajes ácidos generados (...)**
Recomendación 10: Por el potencial de infiltración de las aguas ácidas al subsuelo, **elaborar un diseño para impermeabilizar las zanjas (...)**"⁵¹*

74. La falta de impermeabilización de las zanjas que conducen los drenajes ácidos también se constata de las fotografías N° 40, N° 41 y N° 57⁵² del Informe de Supervisión.

75. En tal sentido, en el presente procedimiento se imputó a VOLCAN el conducir aguas ácidas en suelo natural sin impermeabilizar las zanjas N° 1 y N° 2 de la Unidad Minera Carahuacra, lo cual constituye el incumplimiento de la obligación establecida en el Artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM.

76. En efecto, dicho artículo establece 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.

77. En ese sentido, recae sobre el titular de la actividad una 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, por lo que las obligaciones que subyacen del Artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM se traducen en las siguientes exigencias:

⁵¹ Foja 25.

⁵² Fojas 89, 90 y 98, respectivamente.

- 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.
78. Lo expuesto precedentemente se condice con lo dispuesto en el Artículo 7° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, en el sentido que las normas ambientales son de orden público y se interpretan siguiendo los principios y normas contenidas en dicha Ley, la misma que recoge las obligaciones ambientales fiscalizables descritas en los literales precedentes⁵³.
79. La obligación descrita en el literal a) del considerando 77 de la presente resolución, se encuentra prevista, a su vez, en el Numeral 75.1 del Artículo 75° de la Ley N° 28611⁵⁴, que establece el deber de 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 correspondan en cada una de las etapas de sus operaciones; mientras que el Numeral 32.1 del Artículo 32° del mismo cuerpo legal⁵⁵, recoge la obligación de no exceder los LMP, a que se refiere el literal b) del referido considerando.
80. De este modo, se evidencia que la obligación incumplida se subsume en el literal a) del considerando 77, toda vez que la administrada condujo aguas ácidas en suelo natural

 ⁵³ Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente.-
"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."

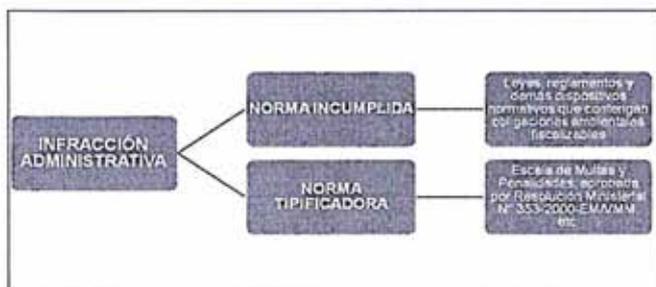
 ⁵⁴ Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente.-
"Artículo 75°.- Del manejo integral y prevención en la fuente
75.1 El titular de operaciones debe adoptar prioritariamente medidas de prevención del riesgo y daño ambiental en la fuente generadora de los mismos, así como las demás medidas de conservación y 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."

 ⁵⁵ Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente.-
"Artículo 32°.- Del Límite Máximo Permisible
32.1 El Límite Máximo Permisible - LMP, es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, que al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente. Su determinación corresponde al Ministerio del Ambiente. Su cumplimiento es exigible legalmente por el Ministerio del Ambiente y los organismos que conforman el Sistema Nacional de Gestión Ambiental. Los criterios para la determinación de la supervisión y sanción serán establecidos por dicho Ministerio."

sin impermeabilizar las zanjas N° 1 y N° 2, hechos que no han sido desvirtuados en ninguna etapa del presente procedimiento, y no en el literal b) del considerando mencionado.

81. En efecto, una interpretación distinta supondría admitir la imposibilidad de verificar el cumplimiento de los administrados respecto a la adopción de medidas o acciones para evitar e impedir que las emisiones, vertimientos, disposición de desechos, residuos y descargas al ambiente que se produzcan como resultado de los procesos efectuados, puedan tener efectos adversos en el ambiente que no estén vinculados al exceso de los LMP, pese a ser detectados durante las acciones de supervisión y, por tanto, tolerar conductas antijurídicas que devendrían en perjuicio del bien tutelado.
82. En este caso, el flujo de las aguas ácidas en suelo natural conducido a través de las zanjas N° 1 y N° 2, sin impermeabilizar, genera efectos adversos al ambiente que son evidentes por sí mismos, sin que sea necesario que dichas aguas ácidas excedan los LMP, toda vez que no se ha imputado el Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, cuya redacción contempla únicamente tal obligación.
83. Cabe agregar que dicha interpretación resulta válida en la medida que el Artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM constituye una norma sustantiva; en tal sentido, contiene obligaciones ambientales fiscalizables, cuyo incumplimiento constituye infracciones sancionables conforme al tipo contenido en el numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.
84. Al respecto, conviene indicar que en reiterados pronunciamientos este Tribunal ha realizado un distingo entre norma sustantiva y norma tipificadora, señalando que la primera de éstas contiene la obligación ambiental fiscalizable cuyo incumplimiento se imputa; mientras que la segunda califica dicho incumplimiento como infracción, constituyéndose en el tipo infractor imputado⁵⁶.

⁵⁶ Lo explicado se gráfica del siguiente modo:



85. Siendo ello así, contrariamente a lo alegado por VOLCAN, la interpretación extensiva o analógica no resulta aplicable a la norma sustantiva, sino a la norma tipificadora en atención a lo dispuesto por el Numeral 4° del Artículo 230° de la Ley N° 27444, por lo que es incorrecto pretender aplicar la limitación de una interpretación restrictiva y concreta a normas que responden a naturalezas jurídicas diferentes.
86. En ese sentido, es válido concluir que un supuesto de hecho como la conducción de aguas ácidas en el suelo natural a través de zanjas sin impermeabilizar se encuentra contemplado como parte de las obligaciones señaladas en el Artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM; sin que ello implique ampliar el alcance de las causales legalmente fijadas como vulneraciones a la normativa ambiental.
87. Por último, VOLCAN señala que el daño debe ser probado en el procedimiento administrativo sancionador respectivo. Al respecto, cabe indicar que la obligación contemplada en el Artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, tipificada con el Numeral 3.1 del Punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, no exige la comprobación del daño, sino conforme se señaló anteriormente, la adopción de medidas destinadas a evitar e impedir que los elementos y/o sustancias producto de sus actividades mineras causen o puedan causar efectos adversos en el medio ambiente; incumplimiento que ha sido verificado en el presente procedimiento.

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas, corresponde desestimar lo alegado por la apelante en este extremo.



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



SE RESUELVE:

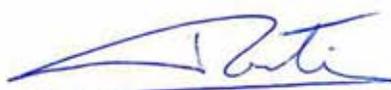


Artículo primero.- CONFIRMAR la Resolución Directoral N° 377-2013-OEFA/DFSAI del 26 de agosto de 2013, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, quedando agotada la vía administrativa.

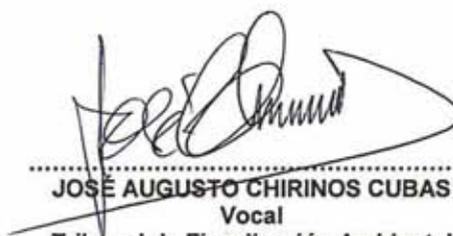
Artículo segundo.- DISPONER que el monto de la multa, ascendente a doscientos diez (210) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), sea depositado en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicar al momento de la cancelación el número de la presente resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

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 MARTINEZ
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental



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