

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 065 -2014-OEFA/IFA

EXPEDIENTE N° : 030-2009-MA/R
ADMINISTRADO : COMPAÑÍA DE MINAS BUENAVENTURA S.A.A.
SECTOR : MINERÍA
APELACIÓN : RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 552-2013-OEFA/DFSAI

SUMILLA: "En los procedimientos administrativos sancionadores tramitados en segunda instancia, se aplica, cuando corresponda, la Resolución de Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento para la subsanación voluntaria de incumplimientos de menor trascendencia".

Lima, 22 ABR. 2014

I. ANTECEDENTES

1. Compañía de Minas Buenaventura S.A.A.¹ (en adelante, Buenaventura) es titular de la unidad minera Orcopampa, ubicada en el distrito de Orcopampa, provincia de Castilla, departamento de Arequipa.
2. Del 5 al 7 de octubre de 2009, Asesores y Consultores Mineros S.A., por encargo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN) realizó una supervisión regular, la cual verificó que Buenaventura incumplió la normativa relativa al almacenamiento de los residuos sólidos, las obligaciones de previsión y control; y, los límites máximos

¹ Registro Único de Contribuyente N° 20100079501.

permisibles (en adelante, LMP), conforme se desprende del "Informe N° 07-MA-2009-ACOMISA" (en adelante, Informe de Supervisión)².

- De acuerdo con el informe de ensayo N° 109866L/09-MA³, contenido en el Informe de Supervisión, los resultados obtenidos en el Punto de Monitoreo EM-6A y el Punto de Monitoreo EM-6 para los parámetros pH, Zinc (Zn), Cobre (Cu) y Hierro (Fe) fueron los siguientes:

Cuadro N° 1: resultados de la supervisión

Punto de Monitoreo	Parámetro	LMP según Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM/VMM	Resultado de la Supervisión
EM-6A	pH	6-9 unidades	2,72 (folio 490)
	Zn	3 mg/l	14,2658 (folio 485)
	Cu	1 mg/l	3,9096 (folio 485)
	Fe	2 mg/l	85,8821 (folio 485)
EM-6	pH	6-9 unidades	2,64 (folio 490)
	Zn	3 mg/l	11,8326 (folio 485)
	Cu	1 mg/l	3,6219 (folio 485)
	Fe	2 mg/l	76,9059 (folio 485)

Fuente: Informe de Supervisión

- El 5 de noviembre de 2009, Buenaventura remitió al OSINERGMIN el informe de subsanación de las Recomendaciones Nos. 1 al 9⁴ de la supervisión regular ambiental efectuada del 5 al 7 de octubre de 2009.
- El 4 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) notificó a Buenaventura la Resolución Subdirectoral N° 087-2013-OEFA-DFSAI/SDI⁵, comunicándole el inicio del procedimiento administrativo sancionador, atendiendo a los hechos verificados en la supervisión.
- El 25 de febrero de 2013, Buenaventura presentó su escrito de descargos⁶ respecto a la imputación realizada mediante la Resolución Subdirectoral N° 087-2013-OEFA-DFSAI/SDI.

² Fojas 26 a 505.

³ Fojas 484 a 490.

⁴ Fojas 544 al 621.

⁵ Fojas 622 a 630.

⁶ Fojas 632 a 763.

7. El 29 de noviembre de 2013, la DFSAI expidió la Resolución Directoral N° 552-2013-OEFA/DFSAI⁷ que dispuso sancionar a Buenaventura con una amonestación y una multa ascendente a doscientas diez (210) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), conforme se detalla a continuación:

Cuadro N° 2: sanción impuesta

N°	Hechos Imputados	Norma Incumplida	Tipificación	Sanción
1	Se observó que el titular minero no acondicionó ni almacenó en forma adecuada los residuos sólidos industriales, ubicados en el sector superior del Depósito de Relaves N° 3.	Artículos 10° y 38° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM ⁸ .	Única Disposición Complementaria Transitoria de la Resolución de Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA/CD ⁹	Amonestación
2	El titular minero no adoptó las medidas necesarias para evitar e impedir la dispersión por acción	Artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM ¹⁰ .	Numeral 3.1 del Punto 3 del Anexo de la Resolución	10 UIT

⁷ Fojas 764 a 782.

⁸ Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, Reglamento de la Ley N° 27314, Ley General de Residuos Sólidos, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de julio de 2004.
 "Artículo 10°.- Obligación del generador previa entrega de los residuos a la EPS-RS o EC-RS
 Todo generador está obligado a acondicionar y almacenar en forma segura, sanitaria y ambientalmente adecuada los residuos, previo a su entrega a la EPS-RS o a la EC-RS o municipalidad, para continuar con su manejo hasta su destino final".

"Artículo 38°.- Acondicionamiento de residuos

Los residuos deben ser acondicionados de acuerdo a su naturaleza física, química y biológica, considerando sus características de peligrosidad, su incompatibilidad con otros residuos, así como las reacciones que puedan ocurrir con el material del recipiente que lo contiene. Los recipientes deben aislar los residuos peligrosos del ambiente y cumplir cuando menos con lo siguiente:

1. Que su dimensión, forma y material reúna las condiciones de seguridad previstas en las normas técnicas correspondientes, de manera tal que se eviten pérdidas o fugas durante el almacenamiento, operaciones de carga, descarga y transporte;
2. El rotulado debe ser visible e identificar plenamente el tipo de residuo, acatando la nomenclatura y demás especificaciones técnicas que se establezcan en las normas correspondientes;
3. Deben ser distribuidos, dispuestos y ordenados según las características de los residuos;
4. Otros requisitos establecidos en el Reglamento y normas que emanen de éste".

⁹ Resolución Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA/CD, Reglamento para la subsanación voluntaria de incumplimientos de menor trascendencia, publicado en el diario oficial El Peruano el 28 de noviembre de 2013.

"Disposición Complementaria Transitoria

Única.- Las disposiciones del presente Reglamento no resultan aplicables para los hallazgos de menor trascendencia que a la fecha de su entrada en vigencia se encuentren siendo investigados en un procedimiento administrativo sancionador. No obstante, la Autoridad Decisoria podrá calificar dicho hallazgo como infracción leve y sancionarlo con una amonestación, siempre que el administrado acredite haberlo subsanado".

¹⁰ Decreto Supremo N° 016-93-EM, Reglamento del Título Décimo Quinto del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, sobre el medio ambiente, 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".

	eólica del relave procedente del Depósito de Relaves N° 3, el que era almacenado sin un manejo ambientalmente adecuado en un depósito temporal de la Planta de Repulpado de Relaves, ubicado en la Planta de Procesos.		Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ¹¹ .	
3	Los resultados del análisis de las muestras tomadas en el punto de monitoreo EM-6 (ubicado a 200 metros al oeste del extremo sur de la Presa de Relaves N° 3) y en el efluente que proviene de la poza de sedimentación ubicada frente a la Relavera N° 3, incumplieron con el rango establecido en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, para el parámetro pH.	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ¹² .	Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ¹³ .	50 UIT
4	Los resultados del análisis de las muestras tomadas en el punto de monitoreo EM-6 (ubicado a 200 metros al oeste del extremo sur de la Presa de Relaves N° 3) y en el efluente que proviene de la poza de sedimentación ubicada frente a la Relavera N° 3, excedieron el valor del parámetro Cobre disuelto, establecido como NMP en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.			50 UIT

¹¹ Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM que aprueba la 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 (...).

¹² Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, que aprueba los niveles máximos permisibles para efluentes líquidos minero-metalúrgicos, publicada en el diario oficial El Peruano el 13 de enero de 1996.

*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".

¹³ Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.

*Anexo

3. Medio ambiente

(...)

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

5	Los resultados del análisis de las muestras tomadas en el punto de monitoreo EM-6 (ubicado a 200 metros al oeste del extremo sur de la Presa de Relaves N° 3) y en el efluente que proviene de la poza de sedimentación ubicada frente a la Relavera N° 3, excedieron el valor del parámetro Zinc disuelto, establecido como NMP en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.		50 UIT
6	Los resultados del análisis de las muestras tomadas en el punto de monitoreo EM-6 (ubicado a 200 metros al oeste del extremo sur de la Presa de Relaves N° 3) y en el efluente que proviene de la poza de sedimentación ubicada frente a la Relavera N° 3, excedieron el valor del parámetro Hierro disuelto, establecido como NMP en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.		50 UIT
MULTA			210 UIT
SANCIÓN NO PECUNARIA			AMONESTACIÓN

Fuente: DFSAI

8. La Resolución Directoral N° 552-2013-OEFA/DFSAI se sustentó en los siguientes fundamentos jurídicos:

En cuanto a los principios de legalidad y tipicidad

- (i) La legalidad de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM que aprobó la Escala de Multas y Sanciones (en adelante, Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM), se ampara en la Ley General de Minería, complementada con las Leyes N° 28964 y N° 29325.
- (ii) Al encontrarse el Reglamento del Título Décimo Quinto del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, sobre el medio ambiente, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM (en adelante, Decreto Supremo N° 016-93-EM) y la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM como normas infringidas, resulta claro y preciso que el incumplimiento de sus preceptos normativos se encuentra tipificado como infracción sancionable de acuerdo con lo establecido en los numerales 3.1 y 3.2 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, por lo 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, como pretende el administrado.

Primera Imputación: Acondicionamiento y Almacenamiento inadecuado de los residuos sólidos industriales.

- (iii) La obligación fiscalizable es el almacenamiento y acondicionamiento adecuado de residuos sólidos, no siendo relevante en este hecho imputado la potencialidad de peligro que pudieran representar.
- (iv) De lo actuado en el expediente se evidencia el deficiente manejo de los residuos sólidos industriales por parte de Buenaventura, toda vez que los mismos eran acumulados sin observar los criterios de segregación estipulados en la norma y por el propio titular minero en su Plan de Manejo de Residuos Sólidos, el cual dispone criterios de separación y disposición, salvaguardando así el almacenamiento seguro, sanitario y ambientalmente adecuado.

Segunda Imputación: Falta de adopción de medidas necesarias para evitar o impedir la dispersión por acción eólica del relave procedente del Depósito de Relaves N° 3.

- (v) La permanencia temporal o prolongada de dichas partículas de relaves sin un debido control ambiental genera la posibilidad de que sean arrastradas por corrientes de aire, las cuales provocarían una alteración de la calidad del aire y, por tanto, un cambio de sus condiciones naturales.
- (vi) El artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM tiene por objetivo principal prevenir impactos negativos y asegurar la protección de la salud y el ambiente. Esta disposición no exige que se acredite el daño al ambiente, sino que obliga al titular minero a tomar las medidas de prevención necesarias a fin de evitar dicha afectación, tal como sucede en el presente caso. El incumplimiento se configura con la falta de adopción de medidas para prevenir o evitar el daño ambiental.
- (vii) Se ha verificado que Buenaventura no adoptó las medidas de previsión y control necesarias para evitar e impedir la dispersión de relave procedente del Depósito de Relaves N° 3.

Tercera, Cuarta, Quinta y Sexta Imputación: Incumplimiento de los LMP

- (viii) La Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM dispone que los efluentes líquidos minero – metalúrgico provienen de cualquier labor efectuada en el terreno dentro de los linderos de la unidad minera, y dado que la muestra de los efluentes se tomó en la estación EM-6, lo señalado por Buenaventura no la releva de responsabilidad en el presente extremo.
- (ix) Las supervisiones anteriores de las que haya podido ser sujeto el administrado no relevan a Buenaventura de responsabilidad respecto de

los hallazgos posteriores puesto que las situaciones encontradas dentro de una determinada unidad minera pueden variar en el transcurso del tiempo.

- (x) Las muestras tomadas en la estación de monitoreo denominada para la presente supervisión como EM-6A, ubicada frente a la Relavera N° 3, supera los Niveles Máximos Permisibles (NMP) de los parámetros Cobre, Zinc, Hierro y pH.
- (xi) Se efectuó la evaluación de monitoreo ambiental tomándose muestras en el punto de Monitoreo EM-6 y el efluente proveniente de la poza de sedimentación ubicada frente a la Relavera N° 3 (EM-6A).
- (xii) Del análisis de la muestra tomada, se determinó que los valores obtenidos para los parámetros pH, Cu, Zn y Fe en el punto de monitoreo EM-6 y en el efluente que proviene de la poza de sedimentación ubicada frente a la Relavera N° 3, excedieron los LMP, lo que constituye una infracción de Buenaventura.

9. El 24 de diciembre de 2013, Buenaventura interpuso recurso de apelación¹⁴ solicitando que este Tribunal declare, indistintamente, la nulidad o revoque la Resolución Directoral N° 552-2013-OEFA/DFSAI por los siguientes fundamentos:

Respecto a la vulneración de los principios de legalidad y tipicidad

- a) El OEFA ha infringido los principios de legalidad y tipicidad, puesto que se ha sancionado por una infracción que no ha sido tipificada por una norma con rango de ley, dado que la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM es una norma de rango reglamentario y contiene supuestos no tipificados correctamente remitiéndose a una serie de dispositivos reglamentarios de manera genérica.

En cuanto a los Hechos Imputados N° 1: Acondicionamiento y Almacenamiento inadecuado de los residuos sólidos industriales.

- b) El lugar donde se encontró los residuos sólidos era un depósito final donde estos residuos son almacenados de forma permanente, sin tener en cuenta que éste es un espacio donde se realiza el almacenamiento del material señalado como parte del proceso de retratamiento.
- c) La parte superior del Depósito de Relaves N° 3 se encuentra calificada como un área industrial y no como un área natural, por lo que se incluye el acondicionamiento del suelo con material impermeable y con distintas capas de relleno con la finalidad de que el subsuelo no sufra alguna

¹⁴ Fojas 784 a 879.

alteración o impacto negativo, por tanto estos residuos no están afectando al medio ambiente.

En cuanto a los Hechos Imputados N° 2: Dispersión eólica de relave procedente del Depósito de Relaves N° 3

- d) La zona mencionada como almacenamiento tiene como finalidad servir de lugar de paso dentro del circuito de procesamiento por el que transitan los relaves, es decir, el material dispuesto en dicho lugar es por breves periodos y luego tratado posteriormente en la planta de repulpado de relaves, de manera tal que la exposición del material no era prolongada.
- e) Además se dispone de un cargador frontal que alimenta el relave de flotación constantemente a la planta de repulpado, equipo que constituye una evidencia importante que el relave permanece poco tiempo depositado en la zona.
- f) Las Fotografías Nos. 159 y 160 no son medios probatorios idóneos para demostrar que la dispersión eólica imputada efectivamente se produjo o se producirá, en consecuencia la imputación no se sustenta en algún medio probatorio técnico por lo que la sanción impuesta no se encuentra debidamente motivada, lo cual constituye una causal de nulidad.
- g) Cabe mencionar que del "Informe de Extracción y Transporte de Relaves de Relavera N° 3 e Incorporación en Tolva de Descarga", cuya copia adjunta a su recurso de apelación, se señaló que la citada relavera cuenta con dos sectores ambos con contenidos de humedad, con lo cual se demuestra que la pulpa extraída del depósito de relaves N° 3 hacia la zona de repulpado era húmeda, por tanto no existe posibilidad que el material de relave sea dispersado por acción eólica.
- h) Igualmente, la resolución impugnada no ha tenido en cuenta que las evaluaciones de la calidad del aire durante el 2009 registraron valores por debajo de los estándares de calidad ambiental (en adelante, ECA) en todos los parámetros, lo cual constituye la prueba de que no se produjo dispersión eólica alguna.

En cuanto a los Hechos Imputados Nos. 3, 4, 5 y 6: Incumplimiento de los LMP

- i) En el acta de cierre de la supervisión dejaron constancia que los supuestos efluentes en la estación EM – 6 eran infiltraciones de agua del canal de riego Huimpilca – Tintaymarca, el cual pertenece a la comisión de regantes de las parcelas de dichas comunidades y se encontraba sin revestimiento, por lo que las aguas que pasan por este canal se infiltraron en una zona cerca al punto de monitoreo EM – 6 debido a que este ducto está conformado sobre suelo natural. Por tal razón, existen afloramientos

aguas abajo que se alteran en su calidad posiblemente por las características naturales del suelo y subsuelo entre dicho canal de agua de regadío y la carretera existente.

Al no tratarse de un efluente minero – metalúrgico sino de una filtración ajena a las operaciones de Orcopampa, no calza dentro de la definición legal de efluente minero.

- j) El programa de monitoreo de efluentes mineros y cuerpos receptores efectuado en la U.E.A. Orcopampa a cargo del OSINERGMIN durante el año 2009 si tiene relevancia para el presente caso, pues evidencia que las descargas mencionadas no fueron identificadas como efluentes minero-metalúrgicos.
 - k) De otro lado, 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, el daño ambiental debe haber quedado demostrado durante la investigación. Sin embargo, el OEFA no ha presentado ningún sustento que demuestre técnicamente la existencia de daño alguno y no existen indicios que se haya perpetrado algún perjuicio al medio ambiente. En consecuencia, debe declararse la nulidad de la resolución impugnada al haberse contravenido las disposiciones expresas, tal como la Ley General del Ambiente.
 - l) Se está aplicando incorrectamente una sanción que corresponde a una infracción agravada que no se ha cometido y que no es atribuible a Buenaventura al haberse producido la ruptura del nexo causal.
10. El 18 de marzo de 2014, hicieron uso de la palabra los representantes de Buenaventura ante el Tribunal de Fiscalización Ambiental conforme consta en el Acta respectiva¹⁵. De lo expuesto en dicha audiencia oral, es importante precisar lo siguiente:
- a) Además de reiterar los argumentos expuestos en su recurso de apelación, señaló que el punto EM-6A no es un punto oficial, el cual presentaba filtraciones desde la parte alta del canal de regadío.
 - b) En cuanto a la calificación del exceso de los LMP, sólo se ha tomado muestras del efluente y no del cuerpo receptor por lo que no se ha comprobado el daño ambiental.

II. COMPETENCIA

11. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y

¹⁵ Fojas 894.

Funciones del Ministerio del Ambiente (en adelante, Decreto Legislativo N° 1013)¹⁶, se crea el OEFA.

12. Según lo establecido en los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental¹⁷ (en adelante, Ley N° 29325), el OEFA es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental.
13. 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 en materia ambiental serán asumidas por el OEFA¹⁸.
14. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM¹⁹ se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción

¹⁶ Decreto Legislativo N° 1013 - Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, publicado en el diario oficial El Peruano el 14 de mayo de 2008.
Segunda Disposición Complementaria Final.- Creación de Organismos Públicos Adscritos al Ministerio del Ambiente

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.

¹⁷ 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

Son funciones generales del OEFA:

(...)

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 emitidos por el OEFA, en concordancia con lo establecido en el artículo 17. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas cautelares y correctivas".

¹⁸ 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 documental, personal, bienes y recursos, de cada una de las entidades.

¹⁹ Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM que aprueba el 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.

ambiental del OSINERGMIN²⁰ al OEFA y mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de julio de 2010²¹, 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.

15. Por otro lado, el artículo 10° de la Ley N° 29325²², los artículos 18° y 19° del Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, Reglamento de Organización y Funciones del OEFA²³, 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

16. Previamente al planteamiento de las cuestiones controvertidas, 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

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.

²⁰ Ley N° 28964.

*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*.

²¹ 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.

²² Ley N° 29325.

*Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

10.1 El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) cuenta con un Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) que ejerce funciones como última instancia administrativa. Lo resuelto por el TFA es de obligatorio cumplimiento y constituye precedente vinculante en materia ambiental, siempre que esta circunstancia se señale en la misma resolución, en cuyo caso debe ser publicada de acuerdo a ley*.

²³ 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*.

condicionan la vida humana y la de los demás seres vivos (plantas, animales y microorganismos)²⁴.

17. 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)²⁵, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.
18. En esa situación, cuando las sociedades pierden su armonía con el entorno y perciben su degradación, surge el ambiente como un bien jurídico protegido. En ese contexto, 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.
19. En nuestro sistema jurídico, el primer nivel de protección al ambiente es formal y viene dado por la elevación a rango constitucional de las normas que tutelan 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 ambiente²⁶.
20. El segundo nivel de protección al ambiente es material y viene dado por su consideración como: (i) principio jurídico que irradia todo el ordenamiento jurídico; (ii) derecho fundamental²⁷, 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 preserve²⁸; y, (iii) conjunto de

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-AI. Fundamento jurídico 27.

²⁵ Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de octubre del 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".

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC. Fundamento jurídico 33.

²⁷ 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".

²⁸ 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

obligaciones impuestas a autoridades y particulares en su calidad de contribuyentes sociales²⁹.

21. Cabe destacar que en su dimensión como conjunto de obligaciones, 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.
22. En este contexto, 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 inciertos³⁰.
23. Bajo dicho 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 vinculadas a la tramitación del procedimiento administrativo sancionador.

IV. CUESTIONES CONTROVERTIDAS A RESOLVER

24. 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, resuelven la controversia planteada³¹.

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”.

²⁹ 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.

³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03048-2007-PA/TC. Fundamento jurídico 9.

³¹ Una metodología para el trabajo jurídico similar a la adoptada por el Tribunal es propuesta por Marcial Rubio Correa que señala lo siguiente:

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

25. A juicio del Tribunal, las cuestiones controvertidas principales y secundarias en el presente caso, son las siguientes:


- (i) Primera cuestión controvertida: Si se efectuó un adecuado acondicionamiento de los residuos sólidos por parte de Buenaventura
- (ii) Segunda cuestión controvertida: Si corresponde sancionar a Buenaventura por el manejo y acondicionamiento inadecuados de los residuos sólidos
- (iii) Tercera cuestión controvertida: Si la Resolución Directoral N° 552-2013-OEFA/DFSAI vulneró los principios de legalidad y tipicidad
 - Si la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM vulnera el principio de legalidad por no tener rango de ley
 - Si la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM vulnera el principio de tipicidad al remitirse a una serie de dispositivos reglamentarios
- (iv) Cuarta cuestión controvertida: Si Buenaventura como titular minero evitó o impidió que el material de relave se pudiera dispersar como producto de la acción eólica
 - Si existen medios probatorios que comprueben la infracción imputada
 - Si a fin de comprobarse la infracción es necesario que se supere el ECA del aire
- (v) Quinta cuestión controvertida: Si las muestras tomadas en el punto de monitoreo EM-6 y en el efluente denominado EM-6A son válidas para imputar los incumplimientos de los LMP
 - Si la muestra tomada en el punto de monitoreo EM-6 es válida para imputar el incumplimiento de los LMP
 - Si la muestra tomada en el punto de monitoreo EM-6A es válida para imputar el incumplimiento de los LMP y si la descarga proveniente del citado punto de monitoreo constituye efluente minero – metalúrgico
- (vi) Sexta cuestión controvertida: Si se configuró el supuesto del numeral 3.2 del punto 3 del anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM
 - Si se acreditó la relación de causalidad entre la conducta imputada y el daño ambiental


- Si el daño al ambiente debe ser determinado en el cuerpo receptor

V. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

V.1. Primera cuestión controvertida: Si se efectuó un adecuado acondicionamiento de los residuos sólidos por parte de Buenaventura

26. En los literales b) y c) del considerando 9 de la presente resolución Buenaventura señala que el lugar donde se hallaron los residuos sólidos era un depósito final que se encuentra calificado como un área industrial, por lo cual los residuos sólidos no se encuentran afectando el medio ambiente.
27. Al respecto, este Tribunal considera que debe determinarse si Buenaventura efectuó un adecuado acondicionamiento de los residuos sólidos al momento de la supervisión efectuada el 5 al 7 de octubre de 2009 en la unidad minera "Orcopampa".
28. Cabe señalar que de acuerdo al numeral 119.2 del artículo 119° de la Ley N° 28611³² la gestión de residuos sólidos es responsabilidad del generador hasta su adecuada disposición final, bajo las condiciones de control y supervisión establecidas en la legislación vigente.
29. Igualmente, de acuerdo al artículo 16° de la Ley N° 27314, Ley General de Residuos Sólidos (en adelante, Ley N° 27314), el generador o cualquier persona que intervenga en el manejo de residuos sólidos no comprendidos en el ámbito de gestión municipal, es responsable por su manejo seguro, sanitario y ambientalmente adecuado, de acuerdo a lo establecido en la citada Ley, sus Reglamentos, normas complementarias y las normas técnicas correspondientes³³.


³² Ley N° 28611.
 "Artículo 119°.- Del manejo de los residuos sólidos
 (...)
 119.2. La gestión de los residuos sólidos distintos a los señalados en el párrafo precedente son de responsabilidad del generador hasta su adecuada disposición final, bajo las condiciones de control y supervisión establecidas en la legislación vigente".


³³ Ley N° 27314, Ley General de Residuos Sólidos, publicada en el diario oficial El Peruano el 21 de julio de 2000.
 "Artículo 16°.- Residuos del ámbito no municipal
 El generador, empresa prestadora de servicios, empresa comercializadora, operador y cualquier persona que intervenga en el manejo de residuos sólidos no comprendidos en el ámbito de la gestión municipal es responsable por su manejo seguro, sanitario y ambientalmente adecuado, de acuerdo a lo establecido en la presente Ley, sus reglamentos, normas complementarias y las normas técnicas correspondientes.
 Los generadores de residuos sólidos del ámbito no municipal son responsables de:
 1. Manejar los residuos generados de acuerdo a criterios técnicos apropiados a la naturaleza de cada tipo de residuo, diferenciando los peligrosos, de los no peligrosos.
 2. Contar con áreas o instalaciones apropiadas para el acopio y almacenamiento de los residuos, en condiciones tales que eviten la contaminación del lugar o la exposición de su personal o terceros, a riesgos relacionados con su salud y seguridad.
 3. El reaprovechamiento de los residuos cuando sea factible o necesario de acuerdo a la legislación vigente.
 4. El tratamiento y la adecuada disposición final de los residuos que genere.

30. Bajo dicho contexto, debe mencionarse que los artículos 10° y 38° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, Reglamento de la Ley N° 27314, Ley General de Residuos Sólidos³⁴ (en adelante, Decreto Supremo N° 057-2004-PCM), disponen que todo generador está obligado a acondicionar y almacenar en forma segura, sanitaria y ambientalmente adecuada los residuos, los cuales deben ser acondicionados de acuerdo a su naturaleza física, química y biológica, por lo que deben ser distribuidos, dispuestos y ordenados según las características de dichos residuos.
31. De lo expuesto se desprende que las normas antes citadas establecen claramente, como obligación para el generador de los residuos sólidos que éstos sean distribuidos, dispuestos y ordenados según sus características de manera ambientalmente adecuada.
32. En el presente caso, del Informe N° 07-MA-2009-ACOMISA se desprende que la empresa supervisora Asesores y Consultores Mineros S.A., en la supervisión efectuada desde el 5 al 7 de octubre de 2009 en la unidad minera "Orcopampa" de titularidad de Buenaventura, observó lo siguiente:

"Observaciones y Recomendaciones de la Fiscalización Actual

Observación 4:

En el sector superior del depósito de relaves N° 3, se encuentra residuos sólidos dispersos en el área, que vienen alterando el ambiente³⁵.

5. Conducir un registro sobre la generación y manejo de los residuos sólidos en las instalaciones bajo su responsabilidad.

6. El cumplimiento de las demás obligaciones sobre residuos, establecidas en las normas reglamentarias y complementarias de la presente Ley.

La contratación de terceros para el manejo de los residuos sólidos, no exime a su generador de la responsabilidad de verificar la vigencia y alcance de la autorización otorgada a la empresa contratada y de contar con documentación que acredite que las instalaciones de tratamiento o disposición final de los mismos, cuentan con las autorizaciones legales correspondientes".

 ³⁴ Decreto Supremo N° 057-2004-PCM

"Artículo 10°.- Obligación del generador previa entrega de los residuos a la EPS-RS o EC-RS

Todo generador está obligado a acondicionar y almacenar en forma segura, sanitaria y ambientalmente adecuada los residuos, previo a su entrega a la EPS-RS o a la EC-RS o municipalidad, para continuar con su manejo hasta su destino final".

"Artículo 38°.- Acondicionamiento de residuos

Los residuos deben ser acondicionados de acuerdo a su naturaleza física, química y biológica, considerando sus características de peligrosidad, su incompatibilidad con otros residuos, así como las reacciones que puedan ocurrir con el material del recipiente que lo contiene. Los recipientes deben aislar los residuos peligrosos del ambiente y cumplir cuando menos con lo siguiente:

1. Que su dimensión, forma y material reúna las condiciones de seguridad previstas en las normas técnicas correspondientes, de manera tal que se eviten pérdidas o fugas durante el almacenamiento, operaciones de carga, descarga y transporte;

2. El rotulado debe ser visible e identificar plenamente el tipo de residuo, acatando la nomenclatura y demás especificaciones técnicas que se establezcan en las normas correspondientes;

3. Deben ser distribuidos, dispuestos y ordenados según las características de los residuos;

4. Otros requisitos establecidos en el Reglamento y normas que emanen de éste".


 ³⁵ Foja 49.

Documento que sustenta la observación: Foto N° 158

Recomendación 4:

Disponer adecuadamente los residuos sólidos que se encuentran dispersos, en el sector superior del Depósito de Relaves N° 3, con la finalidad de prevenir la afectación al ambiente."

33. Del mismo modo, de la Fotografía N° 158³⁶ se observa los residuos sólidos dispersos por toda el área del sector superior del Depósito de Relaves N° 3, los cuales no se encontraban clasificados, distribuidos ni ordenados de acuerdo a su naturaleza. Además, se consignó que:

"(...) Zona Industrial Manto – Sector Superior del Depósito de Relaves. El titular minero deberá disponer adecuadamente los residuos sólidos que se encuentran dispersos, en el sector superior del Depósito de Relaves N° 3, con la finalidad de prevenir la afectación al ambiente".

34. Además, cabe mencionar que mediante escrito de fecha 5 de noviembre de 2009³⁷ presentado ante OSINERGMIN, Buenaventura comunicó las acciones efectuadas respecto a la Observación N° 4 señalando que "(...) procedió a disponer adecuadamente los residuos sólidos que se encontraban dispersos en el sector superior del depósito de relaves N° 3, clasificando los materiales y ordenándolos adecuadamente en la zona (...). En las fotografías N° 7 y 8 del Anexo fotográfico se puede apreciar la zona limpia y ordenada".
35. Conforme a lo mencionado en el considerando precedente, la recurrente reconoce que los residuos sólidos se encontraban en el sector superior del Depósito de Relaves N°3; y que adoptó las medidas necesarias después de la observación efectuada por la empresa supervisora.
36. Por tal motivo, ha quedado acreditado que Buenaventura efectuó un inadecuado manejo de los residuos sólidos, al no haber distribuido, clasificado ni ordenado los residuos sólidos que se encontraban en el sector superior del Depósito de Relaves N° 3 al momento en que se efectuó la supervisión por lo que se ha infringido lo dispuesto en los artículos 10° y 38° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM. En consecuencia, carece de sustento lo alegado por Buenaventura en este extremo.

V.2. Segunda cuestión controvertida: Si corresponde sancionar a Buenaventura por el manejo y acondicionamiento inadecuados de los residuos sólidos

37. De acuerdo con lo señalado en el punto V.1, ha quedado acreditado que Buenaventura realizó un manejo y acondicionamiento inadecuados de sus

³⁶ Foja 161.

³⁷ Fojas 544 a 621.

residuos sólidos en el área del sector superior del Depósito de Relaves N° 3, al no haberlos clasificado ni ordenado según su naturaleza, a pesar de que se encontraba obligada a un manejo sanitario y ambientalmente seguro de los mismos y a distribuirlos y ordenarlos según sus características.

En aplicación de la referida norma, el hecho imputado tipificado como una infracción leve de acuerdo con el numeral 145.1 del artículo 145° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, por ser la norma vigente al momento de la comisión del mismo, esto es, noviembre de 2009; por lo que correspondía sancionar a Buenaventura con una multa de 0.5 a 20 UIT de conformidad con el literal b) del numeral 147.1 del artículo 147° de la misma norma.

38. Pese a lo antes indicado, el 28 de noviembre de 2013, con posterioridad a la comisión de la infracción y con anterioridad a la notificación de la Resolución Directoral N° 552-2013-OEFA/DFSAI, se publicó la Resolución de Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA/CD³⁸, que aprobó el Reglamento para la Subsanación Voluntaria de Incumplimientos de Menor Trascendencia, norma que tiene como finalidad regular los supuestos de hecho que correspondan ser calificados como "hallazgos de menor trascendencia", así como las reglas aplicables para la subsanación voluntaria correspondiente³⁹.
39. La referida norma busca promover la subsanación voluntaria de aquellos incumplimientos leves que no han generado riesgo o daño al ambiente o a la salud de las personas (hallazgos de menor trascendencia). Para ello, la Resolución de Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA/CD ha concedido a la autoridad administrativa la facultad de decidir no iniciar un procedimiento administrativo sancionador cuando constate que el administrado ha subsanado voluntaria y oportunamente el hallazgo de menor trascendencia.
40. Cabe precisar que la promoción de esta subsanación voluntaria no implica la renuncia al rol fiscalizador de la autoridad administrativa, sino la búsqueda de una herramienta legal que permita una intervención más razonable en función a la gravedad de los incumplimientos de los administrados; sin tener que recurrir a la sanción administrativa como instrumento represivo para salvaguardar la protección del ambiente y la salud de las personas⁴⁰.

³⁸ Vigente desde el 29 de noviembre de 2013.

³⁹ Resolución de Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA/CD.

"Artículo 1°.- Objeto

1.1 La finalidad del presente Reglamento es regular y determinar los supuestos en los que un administrado bajo el ámbito de competencia del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA incurre en un presunto incumplimiento de obligaciones ambientales susceptible de ser calificado como hallazgo de menor trascendencia, que podría estar sujeto a subsanación voluntaria, en concordancia con lo dispuesto en el Literal b) del Numeral 11.1 del Artículo 11 de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, modificado por la Ley N° 30011.

1.2 Las disposiciones comprendidas en la presente norma se aplican sin perjuicio de que en el marco de un procedimiento administrativo sancionador la Autoridad Decisora determine que la infracción cometida por un administrado sea calificada como leve".

⁴⁰ Exposición de Motivos de la Resolución de Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA/CD.

41. Si bien el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración es consustancial a sus funciones de gestión del interés público⁴¹, ello no implica que, en determinados casos en los que no exista una afectación significativa al mismo, como es el caso de los hallazgos de menor trascendencia; y en los que se haya acreditado la subsanación de la infracción, la Administración pueda decidir no iniciar un procedimiento administrativo sancionador.
42. Cabe mencionar, que este criterio es una aplicación del principio de oportunidad del Derecho Penal previsto en el artículo 2° del Nuevo Código Procesal Penal⁴² que permite, en determinados casos, la abstención de la acción penal o declarar el sobreseimiento de la causa si el proceso ya se ha instaurado, aun cuando las investigaciones conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad, ha cometido el delito⁴³, siendo algunos de los

⁴¹ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Tecnos. Madrid. 2005. p.27.

⁴² Decreto Legislativo N° 957, Nuevo Código Procesal Penal, publicado en el diario oficial El Peruano el 29 de julio de 2004.

*Artículo 2. Principio de oportunidad

1. El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos:

(...)

b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, salvo cuando el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de libertad, o hubieren sido cometidos por un funcionario público en ejercicio de su cargo.

c) Cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes de los artículos 14, 15, 16, 18, 21, 22, 25 y 46 del Código Penal, y se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. No será posible cuando se trate de un delito conminado con una sanción superior a cuatro años de pena privativa de libertad o cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo.

2. En los supuestos previstos en los incisos b) y c) del numeral anterior, será necesario que el agente hubiere reparado los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido.

(...)

7. Si la acción penal hubiera sido promovida, el Juez de la Investigación Preparatoria, previa audiencia, podrá a petición del Ministerio Público, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, dictar auto de sobreseimiento -con o sin las reglas fijadas en el numeral 5)- hasta antes de formularse la acusación, bajo los supuestos ya establecidos. (...)

8. El Fiscal podrá también abstenerse de ejercer la acción penal, luego de la verificación correspondiente, en los casos en que el agente comprendido en la comisión de los delitos previstos en los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307-E del Código Penal, suspenda sus actividades ilícitas de modo voluntario, definitivo e indubitable, comunicando este hecho al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental mediante instrumento de fecha cierta. Si la acción penal hubiera sido ya promovida, se aplican, en lo pertinente, las mismas reglas establecidas en el presente artículo.

(...)* (Subrayado agregado)


⁴³ La referencia al Derecho Penal es válida toda vez que el fundamento de la potestad sancionadora de la Administración Pública residiría en la pertenencia de dicha rama del Derecho Administrativo a un único ius puniendi del Estado, de lo que se deriva su vinculación al Derecho Penal⁴³. Asimismo, el criterio para considerar una conducta como infracción administrativa o delito radica en la trascendencia de la conducta ilícita que se pretende castigar, toda vez que el Derecho Penal opera como última ratio en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado.

En ese sentido, si el Derecho Penal, que se constituye como última ratio en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado en razón al grado de afectación al interés público, contempla la posibilidad de no ejercer la acción penal ante determinados supuestos, con mayor razón tal potestad puede ser reconocida en el procedimiento administrativo sancionador.

Ver: SAN MARTÍN LANDA, César. *Derecho Procesal Penal* -Tomo I. Grijley. Lima. 2003. pp. 225 y 226.

supuestos de su aplicación que el agente haya reparado los daños y perjuicios ocasionados y que no haya afectado gravemente el interés público.



43. La Resolución de Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA/CD estableció en el ítem II.6 de su Anexo que la disposición inadecuada de residuos sólidos no peligrosos constituía un hallazgo de menor trascendencia.
44. Asimismo, conforme al literal a) del numeral 6.4 del artículo 6° de la citada norma en concordancia con el literal a) del numeral 6.3 de la citada norma⁴⁴, se señala que cuando los administrados subsanen de manera voluntaria conductas que califiquen como hallazgos de menor trascendencia detectados en acciones de supervisión, no corresponderá la emisión de una recomendación ni de un Informe Técnico Acusatorio. En ese sentido, aunque no se niega la existencia de un hallazgo que podría ser calificado como infracción administrativa, el legislador ha establecido una consecuencia jurídica distinta, la calificación de dicho hallazgo como de menor trascendencia. (Subrayado agregado)
45. De otro lado, conforme a la Única Disposición Complementaria Transitoria de la Resolución de Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA/CD, se dispone un tratamiento distinto respecto a los hallazgos de menor trascendencia que se encuentren siendo investigados en un procedimiento administrativo sancionador a la entrada en vigencia de la Resolución de Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA/CD. Al respecto, se establece la facultad de la Autoridad Decisora de calificar los hallazgos de menor trascendencia como una infracción leve y sancionarlo con una amonestación, siempre que el administrado acredite la subsanación correspondiente⁴⁵.
46. De lo antes mencionado, se colige que en la Resolución de Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA/CD se ha establecido dos consecuencias jurídicas para un mismo supuesto de hecho, referido a la "**disposición inadecuada de los**


⁴⁴ Resolución de Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA/CD.
"Artículo 6.- Subsanación voluntaria de hallazgos detectados por la Autoridad de Supervisión Directa
6.3 La Autoridad de Supervisión Directa calificará los hallazgos detectados y, en base a ello, determinará los efectos de la subsanación voluntaria efectuada en campo:

a) Si el hallazgo subsanado califica como un hallazgo de menor trascendencia, y se considera debidamente subsanado en campo, no procederá emitir recomendación ni elaborar un Informe Técnico Acusatorio. En tales casos, la Autoridad de Supervisión Directa deberá remitir una carta al administrado comunicándole la conformidad de la subsanación.

6.4 Los hallazgos detectados durante el desarrollo de la supervisión, podrán ser subsanados posteriormente conforme a las siguientes reglas:

a) La subsanación se puede realizar a iniciativa del administrado. En este caso, el administrado subsana el hallazgo detectado y comunica ello a la Autoridad de Supervisión Directa. Los efectos de esta subsanación dependerán de la naturaleza del hallazgo, conforme a lo previsto en el Numeral 6.3 precedente".


⁴⁵ Resolución de Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA/CD.
DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA
"Única.- Las disposiciones del presente Reglamento no resultan aplicables para los hallazgos de menor trascendencia que a la fecha de su entrada en vigencia se encuentren siendo investigados en un procedimiento administrativo sancionador. No obstante, la Autoridad Decisora podrá calificar dicho hallazgo como infracción leve y sancionarlo con una amonestación, siempre que el administrado acredite haberlo subsanado".


residuos sólidos no peligrosos detectada durante la supervisión y subsanada después de la supervisión”:

1° Durante la supervisión: la Autoridad de Supervisión Directa calificará dicho supuesto de hecho como un “hallazgo de menor trascendencia” y no dispondrá la emisión de una recomendación, ni de un informe técnico acusatorio.

2° Durante el procedimiento administrativo sancionador: la Autoridad Decisora⁴⁶ podrá calificar el supuesto de hecho como una “infracción leve” y sancionarlo con una amonestación.

47. Entonces, conforme al actual sistema jurídico, la “disposición inadecuada de los residuos sólidos no peligrosos” establecida en el artículo 13° de la Ley N° 27314, y los artículos 10° y 38° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, constituye una obligación ambiental fiscalizable; sin embargo, a partir de la emisión de la Resolución de Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA/CD se ha establecido dos nuevas consecuencias jurídicas en torno del supuesto de hecho referido a la “**disposición inadecuada de los residuos sólidos no peligrosos** detectada durante la supervisión y subsanada después de la supervisión”; lo cual se expresa conforme al gráfico siguiente:

Gráfico N° 1: supuestos de subsanación voluntaria



⁴⁶ El literal c) de la Tercera Disposición Complementaria Final de la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento de Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, establece que la DFSAI es la Autoridad Decisora en los procedimientos administrativos sancionadores, por lo que se encuentra facultada, conforme a la Única Disposición Complementaria Transitoria de la Resolución de Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA/CD, a calificar la disposición inadecuada de los residuos sólidos no peligrosos como una infracción leve y sancionarlo con una amonestación.

48. Conforme a lo indicado y en aplicación de la Única Disposición Complementaria Transitoria de la Resolución de Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA/CD, en la resolución de primera instancia, vale decir la Resolución Directoral N° 552-2013-OEFA/DFSAI, se determinó calificar la **disposición inadecuada de los residuos sólidos no peligrosos** detectada durante la supervisión y subsanada después de la supervisión por Buenaventura, como una infracción leve y sancionar a la recurrente con una amonestación, dado que a la entrada en vigencia de la referida resolución de consejo directivo el hecho se encontraba siendo investigado en el presente procedimiento administrativo sancionador.

Bajo el marco indicado, corresponde evaluar la consecuencia jurídica que la DFSAI aplicó al presente caso.

49. De modo previo a la evaluación señalada, es preciso señalar que el Tribunal de Fiscalización Ambiental en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores del OEFA, de conformidad con el numeral 2.1. del artículo 2° de la Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento del Tribunal de Fiscalización Ambiental⁴⁷ (en adelante, Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD), revisa en última instancia las resoluciones emitidas por la DFSAI.
50. Asimismo, de acuerdo al numeral 2.2. del artículo 2° de la referida norma, le corresponde, entre otras funciones, velar por el cumplimiento de los principios jurídicos que orientan la potestad sancionadora de la Administración Pública⁴⁸. En adición, corresponde señalar que dentro del procedimiento administrativo se debe respetar las garantías y derechos de los administrados, sobre todo si las decisiones de la Administración implican una afectación a su situación jurídica, como la imposición de una sanción.
51. En relación a los derechos de los administrados, el derecho a la igualdad es un derecho constitucional contemplado en el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú⁴⁹, que garantiza que no se introduzcan diferenciaciones de trato en supuestos semejantes.


⁴⁷ Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA, publicado el 02 de agosto de 2013.


*Artículo 2°.- El Tribunal de Fiscalización Ambiental
2.1 El Tribunal de Fiscalización Ambiental es un órgano resolutorio del OEFA que ejerce funciones como segunda y última instancia administrativa, con autonomía técnica en el ejercicio de sus funciones e independencia funcional en la emisión de sus resoluciones y pronunciamientos".


⁴⁸ Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD.

*Artículo 2°.- El Tribunal de Fiscalización Ambiental
(...)
2.2 El Tribunal de Fiscalización Ambiental vela por el cumplimiento del principio de legalidad y el respeto del derecho de defensa y el debido procedimiento, así como por la correcta aplicación de los demás principios jurídicos que orientan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública".


⁴⁹ Constitución Política del Perú.

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:
2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole".



52. Según el Tribunal Constitucional, el derecho a la igualdad se constituye como un principio y derecho a la vez:

"Como principio implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica que, como tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático. Como derecho fundamental comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de la persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias.

Entonces, la igualdad es un principio-derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones."⁵⁰ (Subrayado agregado)

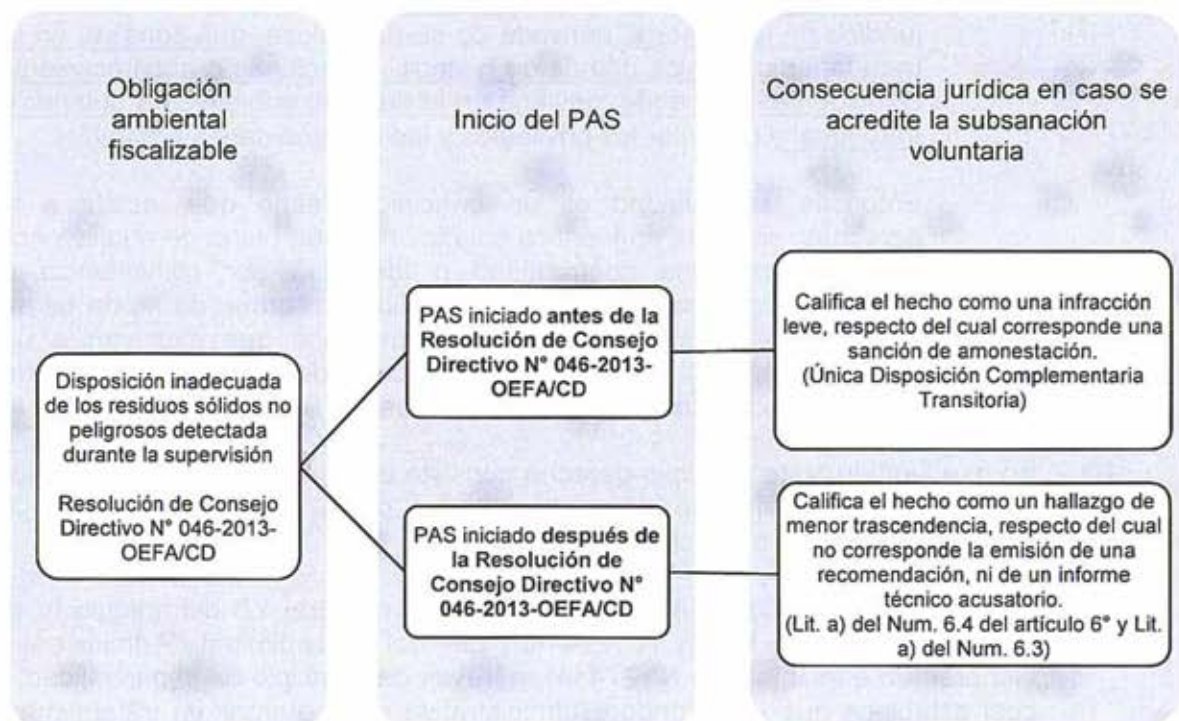
53. En ese sentido, este principio-derecho consiste en brindar un trato igualitario a aquellas personas que se encuentren en un plano equivalente, ya sea en hechos, situaciones o relaciones homólogas.
54. El mencionado principio ha sido recogido en el numeral 1.5 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444⁵¹, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, Ley N° 27444), a través del principio de imparcialidad, el cual establece que la Autoridad Administrativa debe otorgar un tratamiento y tutela igualitarias a los administrados frente al procedimiento. Por tanto, la regla general del principio de igualdad ha sido extendida al ejercicio del procedimiento administrativo, encontrándose vinculados todos los órganos de la entidad, principalmente quienes resuelvan impugnaciones.
55. Al respecto, cabe reiterar que la Resolución de Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA/CD ha establecido dos consecuencias jurídicas para un mismo supuesto de hecho, tal como se señala en el numeral 46 de esta Resolución.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 018-2003-AI/TC.

⁵¹ Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de abril de 2001.
Artículo IV.- Principio del procedimiento administrativo
1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:
(...)
1.5 Principio de imparcialidad.- Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.
(...)

56. La aplicación de cada una de las consecuencias jurídicas señaladas en dicho numeral 46 depende de si el hecho se encontraba o no siendo investigado en un procedimiento administrativo sancionador a la entrada en vigencia de la Resolución de Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA/CD; lo cual se puede graficar de la siguiente manera:

Gráfico N° 2: consecuencias jurídicas






57. En este escenario, se tiene que la primera consecuencia sería aplicable solo a los administrados cuyos hallazgos de menor trascendencia sean detectados en supervisiones realizadas con posterioridad a la entrada en vigencia de la Resolución de Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA/CD; esto es, el 29 de noviembre, mas no a aquellos hallazgos que a la fecha de su entrada en vigencia se encuentren siendo investigados en un procedimiento administrativo sancionador; con lo cual solo algunos administrados podrían gozar de este trato más favorable.
58. Por ello, con el objeto de homologar el beneficio contemplado en el numeral 6.4 del artículo 6° de la citada norma en concordancia con el literal a) del numeral 6.3 de la citada norma, este Tribunal considera que, en aplicación del principio de igualdad, corresponde aplicar esta consecuencia jurídica, por ser la más favorable a los administrados, en comparación con la establecida en la Única Disposición Complementaria Transitoria de la Resolución de Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA/CD.

59. Por tanto, en aplicación del principio de igualdad, no corresponde sancionar a Buenaventura por la disposición inadecuada de los residuos sólidos no peligrosos correspondiente al año 2009. En consecuencia, se debe revocar la Resolución Directoral N° 552-2013-OEFA/DFSAI y ordenar el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador en el extremo de la amonestación por incumplimiento del artículo 13° de la Ley N° 27314 y los artículos 10° y 38° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, toda vez que la subsanación voluntaria de la conducta imputada, en virtud de la Resolución de Consejo Directivo N° 046-2013-OEFA/CD, califica el hecho materia del presente procedimiento administrativo sancionador, como un "hallazgo de menor trascendencia", respecto del cual no corresponde la emisión de una recomendación, ni de un informe técnico acusatorio.

V.3. Tercera cuestión controvertida: Si la Resolución Directoral N° 552-2013-OEFA/DFSAI vulneró los principios de legalidad y tipicidad

60. En el literal a) del considerando 9 de la presente resolución Buenaventura señala que la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM vulnera los principios de legalidad y tipicidad, establecidos en el artículo 230° de la Ley N° 27444.
61. El numeral 1 del artículo 230° de la Ley N° 27444, regula el principio de legalidad, según el cual, sólo por norma con rango de Ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado⁵².
62. Por su parte, en aplicación del principio de tipicidad previsto en el numeral 4 del citado artículo, sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley, las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria⁵³.




⁵² Ley N° 27444.
"Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad (...)."

⁵³ Ley N° 27444.
"Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas

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

"(...) no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el artículo 2°, 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"⁵⁴.
(Subrayado agregado)

64. Es por ello que este Tribunal debe analizar si la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM vulnera los principios de legalidad y de tipicidad establecidos en el artículo 230° de la Ley N° 27444.

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

65. Según lo señalado en el literal a) del considerando 9 de la presente resolución, Buenaventura sostiene que la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM no ha sido aprobada previamente en una norma con rango de ley o por norma reglamentaria autorizada por una norma con rango de ley.

66. De acuerdo con lo señalado se debe determinar si efectivamente la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM vulnera el principio de legalidad del procedimiento sancionador por no tener rango de ley.

67. Para ello, en primer lugar, se debe considerar que el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM (en adelante, "TUO de la Ley General de Minería") estableció la posibilidad de que la Autoridad Administrativa impusiera sanciones y multas a los titulares de derechos mineros que incumplan con sus obligaciones o infrinjan las disposiciones normativas del sector⁵⁵.

68. Posteriormente, la Tercera Disposición Final de la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales dispuso que

dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00197-2010-AA/TC. Fundamento jurídico 5.

⁵⁵ 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."

mantuvieran su vigencia las leyes sobre recursos naturales promulgadas con anterioridad, incluyendo entre ellas al TUO de la Ley General de Minería, así como sus normas modificatorias o complementarias.

69. En desarrollo del TUO de la Ley General de Minería, se expidió la Resolución Ministerial N° 310-99-EM/VMM, de fecha 1 de julio de 1999, que aprobó la escala de multas y penalidades a aplicarse en caso de incumplimiento de las disposiciones contenidas en el TUO de la Ley de Minería y sus normas reglamentarias (en adelante, "Resolución Ministerial N° 310-99-EM/VMM").
70. La Resolución Ministerial N° 310-99-EM/VMM fue dejada sin efecto el 3 de setiembre de 2000 por el artículo 6° de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, norma que desde ese momento hasta la emisión del Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM, que aprueba el Cuadro de Tipificación de Infracciones Ambientales y Escala de Multas y Sanciones aplicables a la Gran y Mediana Minería respecto de Labores de Explotación, Beneficio, Transporte y Almacenamiento de Concentrados de Minerales, era la única que regulaba la escala de multas y penalidades a aplicarse por incumplimiento de disposiciones del TUO de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias. En ese sentido, la Resolución Ministerial N° 310-99-EM/VMM resulta el antecedente inmediato de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM vigente desde el 3 setiembre del año 2000.
71. 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, 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)

72. 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.

73. En ese contexto, resulta particularmente importante destacar que la citada Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 28964 no contiene un supuesto de colaboración reglamentaria, esto es de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM que complementa o desarrolla la Ley N° 28964, sino el reconocimiento de la Ley N° 28964 de que las disposiciones aprobadas mediante la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM "seguirán vigentes y continuarán aplicándose". Utilizando este recurso, la Ley N° 28964 hace suyas las disposiciones de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM otorgándole cobertura legal y garantizando, de esta manera, el cumplimiento del principio de legalidad establecido en el numeral 1 del artículo 230° de la Ley N° 27444.
74. Asimismo, corresponde señalar que a través del Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, en concordancia con la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA.
75. El artículo 4° del Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM autorizó al OEFA a sancionar las infracciones en materia ambiental empleando el marco normativo y escalas de sanciones que venía aplicando el propio OSINERGMIN, entre las cuales se encuentra la referida Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM cuya legalidad había sido garantizada previamente⁵⁶.
76. En suma, la legalidad de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM viene garantizada por la cobertura que le otorga el TUO de la Ley General de Minería, la Ley N° 28964 y la Ley N° 29325. Consecuentemente, la Resolución Directoral N° 552-2013-OEFA/DFSAI no vulnera el principio de legalidad; por lo que corresponde desestimar los argumentos planteados por Buenaventura en este extremo.

Si la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM vulnera el principio de tipicidad al remitirse a una serie de dispositivos reglamentarios.

77. Con relación a lo alegado en el literal a) del considerando 9 de la presente resolución, Buenaventura sostiene que se les ha sancionado por supuestos que no se encuentran tipificados correctamente y que la Resolución Ministerial N°

⁵⁶

Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM.




"Artículo 4°.- Referencias Normativas

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

353-2000-EM/VMM solo se remiten a una serie de dispositivos reglamentarios de manera genérica.

78. De acuerdo con lo señalado se debe determinar si efectivamente la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM vulnera el principio de tipicidad por remitirse a los dispositivos reglamentarios de manera genérica.
79. Tal como se ha mencionado precedentemente resulta oportuno indicar que el principio de tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, comporta, entre otros, el cumplimiento del requisito de exhaustividad suficiente en la descripción de la conducta prohibida.
80. Así, el numeral 3.1 del punto 3 de la 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 aprobada 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". (Subrayado agregado)

- 
- 
- 
81. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado, que en la determinación de las conductas infractoras está permitido el empleo de los llamados "conceptos jurídicos indeterminados", siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia⁵⁷. Cabe agregar que las empresas del sector minero cuentan con capacidad técnica, administrativa y financiera para identificar las obligaciones a las que están sujetas.
 82. En este contexto, deviene válido concluir que el incumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables contenidas en el artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM y el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM constituyen infracciones sancionables conforme a los tipos contenidos en el numeral 3.1 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM⁵⁸.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0010-2002-AI/TC. Fundamento jurídico 52.

⁵⁸ En este sentido, se aprecia que la conducta ilícita tipificada en el numeral 3.1 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

83. De acuerdo a lo expuesto, este Órgano Colegiado considera que la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, y su aplicación en este procedimiento sancionador no contravienen el principio de tipicidad⁵⁹. Por tanto, lo sostenido por Buenaventura debe desestimarse en dicho extremo.

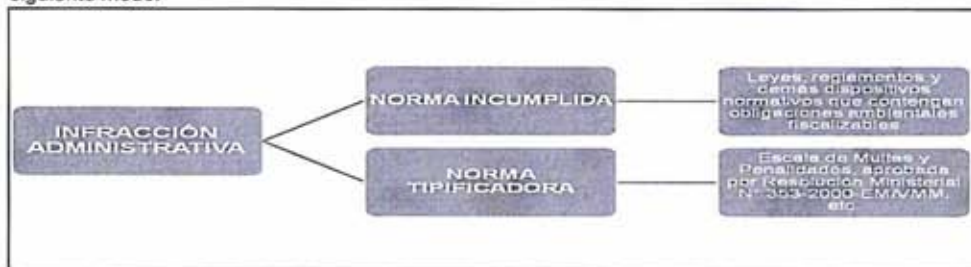
V.4. Cuarta cuestión controvertida: Si Buenaventura como titular minero evitó o impidió que el material de relave se pudiera dispersar como producto de la acción eólica

84. De acuerdo a los literales d), e), f) y g) del considerando 9 de la presente resolución, Buenaventura indicó que el material de relave se encontraba en un lugar de paso el cual cuenta con un cargado frontal que alimenta el relave de flotación a la planta de repulpado, por lo que la exposición del material no era prolongada, además las fotografías no son medios probatorios idóneos para demostrar que la dispersión eólica imputada efectivamente se produjo o se producirá. De igual manera, el informe adjunto a su recurso de apelación demuestra que no existe posibilidad que el material de relave sea dispersado por acción eólica.

85. Al respecto, debe mencionarse que el artículo 7° de la Ley N° 28611, dispone que las normas ambientales son de orden público y se interpretan siguiendo los principios y normas contenidas en dicha Ley⁶⁰.

interpretaciones extensivas o analógicas al momento de aplicar las normas que contienen la infracción tipificada.

⁵⁹ 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:



⁶⁰ Ley N° 28611.

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





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

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

86. A su vez, en el numeral 1 del artículo 75° de la Ley N° 28611, se obliga al titular de las operaciones a la adopción de las medidas de prevención y control del riesgo y daño ambiental en la fuente generadora de los mismos⁶¹.
87. En tal sentido, el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM⁶², el titular minero es responsable por las emisiones, vertimientos, desechos y, en general, de aquellos elementos o sustancias que se produzcan como resultado de las actividades efectuadas en el área de su concesión.
88. En este 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 ambiente.
89. En el presente caso, la infracción sancionada se le imputa a Buenaventura el incumplimiento de 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, esto es, no haber adoptado medidas de previsión y control para evitar la acción eólica del material de relave proveniente del Depósito de Relave N° 3.
90. En razón de ello, debe verificarse si existen medios probatorios que sustenten el incumplimiento de la obligación ambiental fiscalizable contenida en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM.

Si existen medios probatorios que comprueben la infracción imputada

91. Resulta oportuno especificar que en el marco del artículo 197° del Código Procesal Civil, aplicable de manera supletoria en atención a la Primera Disposición Final de dicho cuerpo legal y el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, la valoración de los medios probatorios es realizada en forma conjunta y de acuerdo con las reglas del sistema de la libre

⁶¹ Ley N° 28611.

*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 (...).

⁶² Decreto Supremo N° 016-93-EM.

*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".

valoración de la prueba, lo que implica apelar, entre otros, a criterios de suficiencia, lógica y congruencia de los mismos⁶³.

92. Por su parte, el artículo 43° de la Ley N° 27444 prescribe que son considerados documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades públicas; mientras que el artículo 165° del mismo cuerpo normativo señala que constituyen hechos no sujetos a actuación probatoria aquellos que hayan sido comprobados con ocasión del ejercicio de las funciones atribuidas a la autoridad administrativa⁶⁴.
93. En esta línea, se tiene que el literal b) del artículo 22° de la Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS/CD, Reglamento de Supervisión de Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN (en adelante, Resolución N° 324-2007-OS-CD)⁶⁵, establece que los supervisores pueden llevar a cabo los actos necesarios para obtener fotografías que recojan, contengan o representen algún hecho, actividad humana o su resultado, que sean pertinentes con el objetivo de la supervisión contratada.
94. Asimismo, de acuerdo al artículo 16° de la Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA (en adelante, Resolución N° 012-2012-OEFA/CD), la información contenida en los informes técnicos, actas de supervisión u otros

⁶³ Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil publicada en el diario oficial El Peruano el 22 de abril de 1993.

"Artículo 197°.- Valoración de la prueba.-

Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión".

⁶⁴ Ley N° 27444.

"Artículo 43°.- Valor de documentos públicos y privados

43.1 Son considerados documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades".

"Artículo 165°.- Hechos no sujetos a actuación probatoria

No será actuada prueba respecto a hechos públicos o notorios, respecto a hechos alegados por las partes cuya prueba consta en los archivos de la entidad, sobre los que se haya comprobado con ocasión del ejercicio de sus funciones, o sujetos a la presunción de veracidad, sin perjuicio de su fiscalización posterior".

⁶⁵ Resolución N° 324-2007-OS/CD, Reglamento de Supervisión de Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN, publicado en el diario oficial El Peruano el 10 de junio de 2007.-

"Artículo 22°.- Facultades de las Empresas Supervisoras

OSINERGMIN, a través de documento escrito emitido por cada Gerencia de Fiscalización, Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente, podrá otorgar a los supervisores las facultades que considere pertinentes para el ejercicio de sus funciones, de acuerdo al marco legal vigente y a las especificaciones técnicas de su contrato, pudiendo considerar las siguientes:

(...)

b) Llevar a cabo los actos necesarios para obtener o reproducir impresos, fotocopias, facsímiles, planos, estudios o informes, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, imágenes satelitales, Sistema de Información Geográfica (SIG), micro formas, tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, actividad humana o su resultado, que sean pertinentes con el objetivo de la supervisión contratada".

documentos similares constituye medio probatorio y se presume cierta, salvo prueba en contrario⁶⁶.

95. Por las consideraciones expuestas, este Tribunal Administrativo considera que los Informes de Supervisión (Fiscalización) elaborados con ocasión del ejercicio de la función supervisora, constituyen medios probatorios de los hechos que en ellos se describen.
96. En el presente caso, del Informe N° 07-MA-2009-ACOMISA la empresa supervisora Asesores y Consultores Mineros S.A., en la supervisión efectuada desde el 5 al 7 de octubre de 2009 en la unidad minera "Orcopampa" de titularidad de Buenaventura, observó lo siguiente:

"Observación 5

En la planta de repulpado de relaves – planta de procesos, el relave acumulado procedente del Depósito de Relaves N° 3 viene generando polución como consecuencia de la acción del viento". [sic]

97. Asimismo, de las fotografías Nos. 159 y 160 que se tomaron en la supervisión se observa el material de relave seco el cual podía ser propenso a la dispersión por la acción eólica del viento. Además se consignó lo siguiente: "(...) Zona Industrial Manto - Planta de repulpado de relaves. El titular minero deberá mejorar el sistema de riego, para que se evite la generación de polución por efecto de la acción del viento". (Subrayado agregado)
98. En cuanto al "Informe de Extracción y Transporte de Relaves de Relavera N° 3 e Incorporación en Tolva de Descarga" adjuntado a su recurso de apelación, debe mencionarse que dicho informe fue elaborado el 26 de diciembre de 2006, con fecha anterior a la supervisión efectuada (5 al 7 de octubre de 2009) y se encuentra relacionado a las investigaciones geotécnicas de campo efectuadas en la unidad minera "Orcopampa" con la finalidad de determinar la metodología de explotación de los relaves.
99. Sin embargo, dicho informe no logra contradecir lo verificado por la empresa supervisora puesto que tal como se mencionó precedentemente, el material de relave proveniente del Depósito de Relave N° 3 no se encontraba húmedo como afirma la recurrente sino era material seco propenso a la dispersión por parte de la acción eólica del viento.
100. Además cabe indicar, que mediante escrito de fecha 5 de noviembre de 2009, presentado ante OSINERGMIN, Buenaventura señaló que respecto a la observación 5 detectada en la supervisión efectuada del 5 al 7 de octubre de

⁶⁶ Resolución N° 012-2012-OEFA/CD, Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental publicada el 13 de diciembre de 2012.-
"Artículo 16°.- Documentos públicos
La información contenida en los informes técnicos, actas de supervisión u otros documentos similares constituyen medios probatorios y se presume cierta, salvo prueba en contrario".

2009, tomó como acción: "optimizar el "Sistema de Riego" en la Zona Industrial El Manto – Planta de repulpado de relaves. Se procedió a incrementar en 4 el número de aspersores en la zona superior de la plataforma N° 3 de la tolva en donde se acopia relaves. Adicionalmente, se ha reducido la cantidad de material acopiado (relaves) a fin de disminuir el tiempo de exposición de los relaves secos antes de su repulpado. Estas dos actividades permitirán reducir al máximo la posible generación de polución por efectos de la acción del viento (...)⁶⁷ⁿ.

101. Así las cosas, se verifica que Buenaventura no tomó las medidas correspondientes para evitar que el material de relave proveniente del Depósito de Relaves N° 3 pudiera dispersarse por la acción del viento, puesto que adoptó las medidas necesarias después de efectuarse la supervisión. Por tanto, la infracción imputada a la citada empresa se encuentra debidamente acreditada al interior del presente procedimiento administrativo sancionador, en virtud del contenido de los medios probatorios constituidos por el Informe N° 07-MA-2009-ACOMISA y las fotografías N° 159 y N° 160, careciendo de sustento lo alegado por Buenaventura sobre el particular.

Si para comprobarse la infracción es necesario que se supere el ECA del aire

102. En el literal h) del considerando 9 de la presente resolución, Buenaventura indicó que no se ha tenido en cuenta que en las evaluaciones de la calidad del aire del año 2009 se obtuvo valores debajo de los ECA, por lo que no se produjo dispersión eólica alguna.
103. Al respecto, debe mencionarse que en el presente caso no resulta relevante analizar si en las evaluaciones del ECA de aire del año 2009 se comprobó si existió una dispersión eólica que afectara el medio ambiente, dado que la infracción es por no tomar las medidas preventivas para evitar o impedir que el material de relave se pueda dispersar por la acción eólica del viento.
104. Bajo este supuesto, conforme se ha señalado en los párrafos precedentes de la presente resolución, se ha comprobado que Buenaventura incurrió en el incumplimiento de la obligación ambiental fiscalizable establecida en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, no teniendo relevancia si se cumplió o no los ECA de aire para comprobar la obligación antes indicada. Por lo tanto, corresponde desestimar lo alegado por Buenaventura en este extremo.

⁶⁷ Fojas 549.

La empresa sustenta como medio probatorio de la medida adoptada las fotografías 9 y 10 que obran a fojas 605.

V.5. Cuarta cuestión controvertida: Si las muestras tomadas en el punto de monitoreo EM-6 y en el efluente denominado EM-6A son válidas para imputar los incumplimientos de los LMP

105. Antes de evaluar los argumentos de Buenaventura respecto al exceso de los LMP, corresponderá analizar si en el presente procedimiento administrativo sancionador se ha verificado plenamente los hechos que sirvieron como base de las imputaciones, en virtud del principio de verdad material previsto en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 que, en concordancia con el numeral 6.1 del artículo 6° del mismo cuerpo legal, establece que los pronunciamientos emitidos por las entidades al interior de los procedimientos administrativos sancionadores sólo podrán sustentarse en aquellos hechos que se encuentren debidamente probados⁶⁸.
106. Al respecto, en el presente procedimiento se imputó a Buenaventura el exceso de los LMP en los puntos de monitoreo EM-6 y EM-6A, correspondientes a los efluentes que provienen de la presa de relaves y de la poza de control de efluentes del Depósito de Relaves N° 3, las cuales descargan al río Orcopampa, por lo que se habría incumplido la obligación establecida en el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.
107. Sobre el particular, cabe señalar que 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-metalúrgico, no excederán en ninguna oportunidad los niveles establecidos en la columna "Valor en cualquier Momento", del anexo 1 ó 2 según corresponda.
108. De ello se desprende que el cumplimiento o incumplimiento de los LMP establecidos en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM se determina del resultado del análisis de la muestra recogida en un efluente minero-metalúrgico, objeto de monitoreo ambiental.
109. Por su parte, el artículo 13° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM dispone que constituye efluente minero-metalúrgico todo flujo descargado al ambiente proveniente de cualquier labor, excavación o trabajo efectuado en el terreno, o de cualquier planta de tratamiento de aguas residuales asociadas

68

Ley N° 27444.

TÍTULO PRELIMINAR

*Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

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


*Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo

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

con labores, excavaciones o trabajos efectuados dentro de los linderos de la unidad minera, así como aquel proveniente de depósitos de relaves u otras instalaciones de tratamiento que produzcan aguas residuales.

110. En ese sentido, a efectos de imputar a un titular minero el incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, es preciso que la muestra, de cuyo análisis se determina que excedió los LMP, haya sido tomada en un flujo de agua que revista la condición de efluente minero-metalúrgico, esto es, un líquido **proveniente de las operaciones mineras que se vierte al ambiente**.
111. Asimismo, es preciso resaltar la importancia de la recolección y manipulación adecuada de la muestra, a fin de preservar la calidad de la misma y, con ello, su representatividad, toda vez que los resultados del análisis de la muestra constituirán la base para sustentar el incumplimiento de la obligación contenida en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.
112. En ese sentido, este Órgano Colegiado considera necesario establecer algunos de los criterios para obtener una muestra representativa de los efluentes mineros-metalúrgicos, con el fin de determinar si en el presente caso las muestras tomadas en los puntos de monitoreo EM-6 y EM-6A son válidas para imputar el incumplimiento de la obligación contenida en la referida resolución ministerial.

Si la muestra tomada en el punto de monitoreo EM-6 es válida para imputar el incumplimiento de los LMP

- 
113. Al respecto, el numeral 1.4.2 de la Guía de Fiscalización Ambiental, aprobada por Resolución Directoral N° 009-2001-EM-DGGA⁶⁹, prevé que las empresas supervisoras se encuentran autorizadas a verificar las condiciones de los efluentes líquidos (calidad de agua) en puntos de control aprobados en los instrumentos de gestión ambiental de la empresa supervisada, así como en otros sectores críticos adicionales⁷⁰, cuyos resultados deben ser reportados dentro de los informes de supervisión.

⁶⁹ Resolución Directoral N° 009-2001-EM-DGAA que aprueba la Guía de Fiscalización Ambiental y Guía de Manejo y Transporte de Concentrados Minerales, publicada en el diario oficial El Peruano el 25 de enero de 2001.-

"1.4.2 Normas Ambientales de Nivel Sectorial

(...)

Sub Sector Minero

(...)

La Resolución Directoral 157-99-EM/DGM del 18 de octubre de 1999, establece que las empresas de auditoría e inspectoría deben cumplir con verificar mediante monitoreo las condiciones de efluentes líquidos (calidad de agua) y emisiones (calidad de aire) en estaciones de monitoreo aprobados en el PAMA y/o EIA, así como de los sectores críticos no contemplados en los documentos antes referidos, los que serán reportados con los resultados de los análisis correspondientes en los informes de fiscalización semestral."

⁷⁰ Cabe indicar que se hace referencia a sector crítico como aquella zona en donde exista una descarga proveniente de las instalaciones del titular de la actividad minera, que ingrese a un cuerpo receptor.

114. Asimismo, el Protocolo de Monitoreo establece que se debe coleccionar muestras representativas e íntegras y, de este modo, obtener datos de calidad. El objetivo de estas muestras es la evaluación de la eficiencia del sistema de manejo de agua y del impacto ambiental de la mina en los alrededores⁷¹.
115. En ese contexto, a efectos de imputar el incumplimiento de la obligación contenida en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, sobre la base de los resultados del análisis de una muestra tomada a un efluente minero-metalúrgico, se debe tomar la muestra del efluente directamente de su fuente o de canales impermeabilizados, canales cubiertos con geomembranas, pozas colectoras u otro medio que garantice que la calidad del efluente no ha sido afectada por otros efluentes o contaminantes naturales.
116. En el presente caso, en el Informe de Supervisión se incluyó el cuadro que se describe a continuación⁷²:

Cuadro N° 1: Estaciones de Monitoreo de calidad de aguas
"Cia de Minas Buenaventura U.E.A. Orcopampa"

Estación de Monitoreo	Coordenadas UTM		Altitud (m.s.n.m.)	Referencia y/o descripción
	Norte	Este		
(...)				
EM-6	8 308 885	786 311	3 763	A 200 m al oeste de extremo sur de la presa de relaves N° 3

Fuente: Informe de Supervisión

117. Por otro lado, del cuadro también se observa que la distancia del punto de descarga en la que fue tomada la muestra fue de doscientos metros; asimismo, de las fotografías N° 135, 165 y 166 contenidas en el Informe de Supervisión⁷³ se observa que el canal donde fue obtenida la muestra no se encontraba impermeabilizado.
118. Al respecto, conforme se señaló en el considerando 111 de la presente resolución, el cuidado en la toma de la muestra debe garantizar que la calidad

⁷¹ Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua del Sub Sector Minería. Ministerio de Energía y Minas.

"Introducción

1.1 Calidad de Agua

(...)

"Estas pautas (del Protocolo de Monitoreo) ayudarán a las compañías mineras y metalúrgicas a definir estaciones de muestreo, parámetros y análisis representativos, así como coleccionar muestras confiables para caracterizar la calidad de agua del sitio o lugar minero."

4.0 Muestreo de Campo

4.1 Introducción





Para tomar muestras útiles y representativas poner gran atención a los protocolos detallados y estandarizados. Estas muestras se utilizarán finalmente para determinar la eficiencia del sistema de manejo de agua, evaluar el impacto ambiental de la mina en los alrededores y establecer una política reguladora".

⁷² Foja 466.

⁷³ Fojas 150, 165 y 166.

del efluente no haya sido afectada por otros efluentes o contaminantes naturales; sin embargo, en el presente caso, la distancia entre la presa de relaves N° 3 y el punto de monitoreo EM-6, así como la falta de impermeabilización del canal donde se realizó la toma de la muestra evidencian que este punto de monitoreo en particular, al momento de la supervisión, no era un lugar adecuado para la obtención de una muestra de calidad, circunstancia que no fue advertida por el supervisor.

119. Asimismo, estos factores impiden acreditar que la calidad de la muestra obtenida sea la misma que la proveniente de la presa de relaves N° 3 y, por tanto, no existen medios probatorios suficientes para evidenciar que el flujo monitoreado en el punto de monitoreo EM-6 corresponda al efluente de la referida poza o que éste se haya visto afectado por otros elementos que afectaran la calidad del efluente al momento de efectuarse la toma de muestras.
120. En ese sentido, corresponde precisar que por disposición del principio de presunción de licitud, previsto en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444, la autoridad debe presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes, en tanto no se cuente con evidencia en contrario⁷⁴.
121. Sobre el particular, se señala que la presunción de licitud sólo cederá si la entidad puede acopiar evidencia suficiente sobre los hechos y su autoría, tener seguridad que se han producido todos los elementos integrantes del tipo previsto, y un razonamiento lógico suficiente que articule todos estos elementos formando convicción.⁷⁵
122. En efecto, la Administración sólo podrá sancionar en la medida que tenga evidencia y certeza de que se ha acreditado los elementos integrantes del tipo, de modo tal que no podrá sustentar una imputación en presunciones o medios probatorios que no ofrezcan convicción sobre la ocurrencia de los mismos, los cuales carecerán de idoneidad para desvirtuar la presunción de licitud reconocida a favor del administrado.
123. Sobre el particular, de la revisión de los actuados obrantes en el expediente, no se encuentra medios probatorios suficientes para evidenciar que el flujo monitoreado en el punto de monitoreo EM-6 corresponda al efluente de la presa de relaves N° 3 o que dicho efluente no se haya visto afectado por otros elementos distintos a los componentes del efluente proveniente de la misma.

⁷⁴ Ley N° 27444.
"Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(...)
9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario".

⁷⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima.2011. Novena edición. p.725.

124. Sin embargo, mediante la Resolución Directoral N° 552-2013-OEFA/DFSAI, la DFSAI señala que se había acreditado el incumplimiento de los LMP respecto de los parámetros pH, Zn, Cu y Fe en el punto EM-6 correspondiente al efluente de descarga de la presa de relaves N° 3, pese a que, como se indicó anteriormente, en el Informe de Supervisión se señaló la amplia distancia existente entre el punto de descarga y el punto de control supervisado, así como la falta de impermeabilización del canal donde se tomó la muestra, como evidencian las fotografías que forman parte de este informe.
125. Conforme a lo señalado, no se advierte medio probatorio que permita acreditar la integridad de la muestra obtenida, por lo que resulta aplicable el principio de presunción de licitud en favor del administrado en cuanto a la toma de muestras en el punto de monitoreo EM-6.
126. En virtud de ello, no corresponde analizar lo señalado por Buenaventura en el literal j) del considerando 9 de la presente resolución, puesto que está referido al programa de monitoreo de OSINERGMIN efectuado al punto de monitoreo oficial EM-6.

Si la muestra tomada en el punto de monitoreo EM-6A es válida para imputar el incumplimiento de los LMP y si la descarga proveniente del citado punto de monitoreo constituye efluente minero – metalúrgico

127. Cabe mencionar que en el acta de cierre de supervisión⁷⁶ y en el literal i) del considerando 9 de la presente resolución, Buenaventura indicó que los supuestos efluentes en la estación EM – 6 eran infiltraciones de agua del canal de riego Huimpilca – Tintaymarca, el cual pertenece a la comisión de regantes de las parcelas de dichas comunidades y se encontraba sin revestimiento, por lo que las aguas que pasan por este canal se infiltraron en dicha zona.
128. Respecto a la toma de muestras efectuadas en el punto de monitoreo EM-6A, cabe mencionar que en el Informe de Supervisión se incluyó el cuadro que se presenta a continuación⁷⁷:

**"Resultados de Muestreo – Supervisión 2009
Efluentes"**

Puntos de control		Cuerpo Receptor	Medición en campo	Análisis en laboratorio		
Código	Descripción			pH	Cu disuelto	Zn disuelto
EM-6A	A 5 metros de la poza de control de efluentes del Depósito de Relaves N° 3	Río Orcopampa	2,72	3,9096	14,2658	85,8821
(...)						

Fuente: Informe de Supervisión

⁷⁶ Foja 187.

⁷⁷ Fojas 77.

129. Asimismo, lo señalado se complementa con las fotografías 137, 138, 168⁷⁸ del Informe de Supervisión correspondientes al punto de control EM-6A, en las cuales se observa que el supervisor tomó las muestras del efluente que salía de la poza de control de efluentes del Depósito de Relaves N° 3 y no se aprecia infiltraciones del canal de regadío conforme alega la recurrente.
130. Ahora bien, tal como se mencionó precedentemente según el artículo 13° de la Resolución Ministerial N°011-96-EM/VMM, constituye efluente minero-metalúrgico todo flujo descargado al ambiente proveniente de cualquier labor, excavación o trabajo efectuado en el terreno, o de cualquier planta de tratamiento de aguas residuales asociadas con labores, excavaciones o trabajos efectuados dentro de los linderos de la Unidad Minera, así como aquel proveniente de depósitos de relaves u otras instalaciones de tratamiento que produzcan aguas residuales. (Subrayado agregado)
131. Por lo tanto, dado que el flujo proveniente del punto de control EM-6A de la unidad minera Orcopampa descarga al ambiente (suelo), constituye un efluente minero- metalúrgico, según la definición del artículo 13° de la de la Resolución Ministerial N°011-96-EM/VMM.
132. Tal como se mencionó en el considerando 113 de la presente resolución, el numeral 1.4.2 de la Guía de Fiscalización Ambiental, aprobada por Resolución Directoral N° 009-2001-EM-DGAA, prevé que las empresas supervisoras se encuentran autorizadas a verificar las condiciones de los efluentes líquidos (calidad de agua) en otros sectores críticos adicionales⁷⁹, cuyos resultados deben ser reportados dentro de los informes de supervisión.
133. En este contexto, a efectos de imputar al titular el incumplimiento de los LMP aplicables a los parámetros recogidos en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, corresponde considerar los siguientes aspectos:
- a) Los resultados obtenidos del análisis de la muestra tomada serán válidos aun cuando el monitoreo se haya practicado en un punto de control no previsto en un instrumento de gestión ambiental.
 - b) Determinar que la muestra haya sido tomada de un flujo de agua que revista la condición de efluente, esto es, que la descarga líquida proveniente de las operaciones mineras se disponga o llegue finalmente al ambiente o sus componentes.
134. Respecto a lo señalado en el literal a) del considerando 133 de la presente resolución, corresponde mencionar que, durante el procedimiento de supervisión, las empresas supervisoras no solo se encuentran habilitadas a

⁷⁸ Fojas 151 y 166.

⁷⁹ Cabe indicar que se hace referencia a sector crítico como aquella zona en donde exista una descarga proveniente de las instalaciones del titular de la actividad minera, que ingrese a un cuerpo receptor.

practicar muestreos en puntos de control aprobados por sus estudios ambientales, sino además en cualquier punto que consideren pertinente para asegurar el cumplimiento del objeto de la acción supervisora, esto es, verificar el cumplimiento de la obligación ambiental fiscalizable derivada del artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

135. En efecto, una interpretación distinta supondría admitir la imposibilidad de verificar el cumplimiento de los LMP en efluentes minero-metalúrgicos no previstos en estudios ambientales, pese a ser detectados durante las acciones de supervisión, y, por tanto, tolerar el incumplimiento de la normativa ambiental; no obstante la obligación de los titulares mineros conforme a lo establecido en el numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley N° 28611⁸⁰.
136. Además, cabe señalar que el artículo 7° de la citada Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, no regula ni prevé restricción alguna relacionada a la medición de los LMP en puntos de control aprobados en instrumentos de gestión ambiental, sino que establece la obligación para los titulares mineros de incluir en sus estudios ambientales un punto de control por cada efluente minero-metalúrgico; cuyo incumplimiento constituye una infracción distinta y separada de aquella sustentada en el exceso de los LMP.
137. Por lo tanto, contrariamente a lo alegado por la recurrente en el literal a) del considerando 10 de la presente resolución, no es necesario que el punto de control EM-6A haya estado contemplado en un instrumento de gestión ambiental para que el supervisor procediera a verificar que el efluente correspondiente al mismo cumpla con los LMP. Además, el flujo proveniente del punto de control EM-6A de la unidad minera Orcopampa constituye un efluente minero-metalúrgico, según la definición del artículo 13° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.
138. En razón a lo señalado en los considerandos 113 al 126 de la presente resolución, respecto a que la toma de muestra efectuada en el punto de monitoreo EM-6 no logra ser una muestra íntegra que pueda ser utilizada como medio probatorio, resulta oportuno especificar que no son acordes al ordenamiento jurídico los actos dictados por la administración que no respeten los principios y disposiciones contenidas en la Ley N° 27444.
139. No obstante ello, cabe señalar que el artículo 3° de la Ley N° 27444 establece como requisito de validez de los actos administrativos, que estos sean debidamente motivados en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico⁸¹. En atención a dicho requisito, el artículo 6° del referido cuerpo

⁸⁰ Ley N° 28611.

⁸¹ 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".

Ley N° 27444.

normativo establece que la motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifiquen el acto adoptado⁸².

140. En el presente caso, ha quedado acreditado que la DFSAI no realizó una debida motivación al haber considerado a efectos de determinar el exceso de los LMP los resultados de la muestra obtenida en el punto de monitoreo EM-6.
141. Pese a ello, de lo expuesto en los considerandos precedentes se observa que la DFSAI concluyó, igualmente, que las muestras obtenidas del efluente que proviene de la poza de control de efluentes (punto de monitoreo EM-6A) también corroboran el exceso de los LMP en los mismos parámetros (pH, Zn, Cu y Fe); por lo que, de cualquier otro modo, el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio, puesto que no varía el monto de la multa impuesta a Buenaventura por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.
142. En consecuencia, de acuerdo con el numeral 10.2 del artículo 10° y el subnumeral 14.2.4 del numeral 14.2 del artículo 14° de la Ley N° 27444⁸³, este

*Artículo 3°.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

(...)*.

⁸²

Ley N° 27444.

*Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo

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

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.

6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

6.4 No precisan motivación los siguientes actos:

6.4.1 Las decisiones de mero trámite que impulsan el procedimiento.

6.4.2 Cuando la autoridad estima procedente lo pedido por el administrado y el acto administrativo no perjudica derechos de terceros.

6.4.3 Cuando la autoridad produce gran cantidad de actos administrativos sustancialmente iguales, bastando la motivación única*.

⁸³

Ley N° 27444.

*Artículo 10°.- Causales de nulidad.

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14°.

*Artículo 14°.- Conservación del acto.

14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

Órgano Colegiado considera que corresponde conservar el acto administrativo respecto al extremo del incumplimiento de los LMP contenido en la Resolución Directoral N° 552-2013-OEFA/DFSAI del 29 de noviembre de 2013, por lo que se mantienen las sanciones impuestas para las infracciones 3, 4, 5 y 6.

V.6. Quinta cuestión controvertida: Si se configuró el supuesto del numeral 3.2 del punto 3 del anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM

143. Según lo señalado en el literal k) del considerando 9 de la presente resolución, Buenaventura alega que no existe prueba para demostrar que el exceso de los LMP haya ocasionado daño ambiental, toda vez que para la configuración del supuesto del numeral 3.2 del punto 3 del anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, se requiere la existencia de daño.
144. Al respecto, el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611⁸⁴ 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 potenciales⁸⁵.
145. En ese sentido, conforme al pronunciamiento emitido por este Tribunal mediante la Resolución N° 082-2013-OEFA/TFA⁸⁶, 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:

14.2 Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:

- 14.2.1 El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación.
- 14.2.2 El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.
- 14.2.3 El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado.
- 14.2.4 Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.
- 14.2.5 Aquellos emitidos con omisión de documentación no esencial.

14.3 No obstante la conservación del acto, subsiste la responsabilidad administrativa de quien emite el acto viciado, salvo que la enmienda se produzca sin pedido de parte y antes de su ejecución".

⁸⁴ 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."

⁸⁵ 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 determinado, 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.

⁸⁶ Procedimiento administrador sancionador seguido contra NYRSTAR ANCASH S.A., tramitado en el expediente N° 157-09-MA/E.

- a) El daño ambiental debe importar un menoscabo material al ambiente y/o a alguno de sus componentes.
- b) El referido menoscabo material debe generar efectos negativos, que pueden ser **actuales o potenciales**.
146. 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 medida⁸⁷.
147. A su vez, el segundo elemento hace referencia a que en la configuración del daño ambiental no es indispensable que los efectos negativos del menoscabo material producido en el ambiente sean actuales, sino que resulta suficiente que dichos efectos negativos sean potenciales⁸⁸, entendiéndose como potencial aquello que puede suceder o existir⁸⁹. (Subrayado agregado)
148. 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"⁹⁰. 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.
149. En tal sentido, el menoscabo material se configura frente a toda acción u omisión, que altere, trastorne o disminuya algún elemento constitutivo del

⁸⁷ 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, está generando un daño ambiental." Véase en: LANEGRA, Iván. El daño ambiental. Derecho Ambiental. Diálogo y Debate sobre Derecho y Política Ambiental e Indígena: <http://blog.pucp.edu.pe/item/77336/el-dano-ambiental>.

⁸⁸ 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.

⁸⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

⁹⁰ LOZANO CUTANDA, Blanca. Madrid. Derecho Ambiental Administrativo. Dykinson, Madrid. 2009. p. 285.



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.

150. Ello se condice con lo establecido en el numeral 32.1 del artículo 32° de la Ley N° 28611, según el cual 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 (...)"⁹¹ (Subrayado agregado).
151. Por ello, el exceso de los LMP causa o puede causar un menoscabo que, de acuerdo con la definición del numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, desarrollada en los considerandos 144 al 149 de la presente resolución, constituye daño ambiental. En este caso, el menoscabo material se verifica mediante la debida comprobación del exceso de los LMP, es decir, la superación de los niveles tolerables de descargas al ambiente respecto de un determinado parámetro; mientras que los efectos negativos de tal menoscabo material pueden ser actuales o potenciales, conforme a lo señalado en el numeral 32.1 del artículo 32° de la Ley N° 28611.
152. 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 ambiente⁹².
153. En el presente caso, Buenaventura ha generado daño ambiental al haber excedido el LMP aplicable a los parámetros pH, Zn, Cu y Fe, tal como ha quedado acreditado en el informe de ensayo con valor oficial N° 109866L/09-MA, elaborado por el laboratorio Inspectorate Services Perú S.A.C. acreditado ante INDECOPI, cuyos resultados se detallan en el considerando 3 de la presente resolución.



⁹¹ 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.
(...)"



⁹² 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.

154. En consecuencia, ha quedado acreditado que la empresa recurrente ha incurrido en la infracción grave prevista en el numeral 3.2 del punto 3 del anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, al haber excedido los LMP aplicables.

Si se acreditó la relación de causalidad entre la conducta imputada y el daño ambiental

155. Conforme a lo señalado en el literal l) del considerando 9 de la presente resolución, Buenaventura sostiene que no se ha probado la relación de causalidad entre la conducta imputada y el supuesto daño ambiental.

156. Sobre el particular, corresponde precisar que como regla derivada del principio de causalidad previsto en el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444⁹³, la sanción debe recaer sobre el administrado que realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de la infracción administrativa.

157. En tal sentido, a efectos de determinar la correcta aplicación del citado principio en el presente procedimiento, este Tribunal considera oportuno verificar los siguientes aspectos:

- a) La ocurrencia de los hechos imputados; y,
- b) La ejecución de los hechos por parte de Buenaventura.

158. Al respecto, cabe indicar que la ocurrencia de los hechos, esto es, el incumplimiento de los LMP aplicables a los parámetros pH, Zn, Cu y Fe ha quedado comprobada mediante el informe de ensayo con valor oficial N° 109866L/09-MA, emitido por el laboratorio Inspectorate Services Perú S.A.C.

159. A su vez, se ha verificado que el exceso de los LMP proviene del efluente producido dentro de las instalaciones de la unidad minera "Orcopampa", de titularidad de Buenaventura, razón por la cual devino válida la sanción impuesta en este extremo al acreditarse la causalidad de la conducta infractora.

160. Consecuentemente, se ha acreditado la relación de causalidad entre el exceso de los LMP en el efluente proveniente de las instalaciones de la unidad minera de titularidad de Buenaventura y el daño ambiental producido.

⁹³

Ley N° 27444.

"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".

Si el daño al ambiente debe ser determinado en el cuerpo receptor

161. Con respecto a lo señalado en el literal b) del considerando 10 de la presente resolución, Buenaventura alega que toda vez que para comprobarse el daño ambiental debió realizarse las tomas de muestras también en el cuerpo receptor.
162. Sobre el particular, no deben confundirse las normas de emisión, que comprenden a los LMP como nivel de protección ambiental cuya medición se realiza en la fuente de las emisiones o vertimientos con el propósito de controlar, en este caso, los efluentes provenientes de la actividad minera; y las normas de calidad referidas a los cuerpos receptores (ECA), que son competencia de la Autoridad Nacional del Agua.
163. En razón de ello, no resulta relevante en el presente caso analizar la calidad del cuerpo receptor dado que la infracción es por exceso de los LMP; de manera que sólo corresponde determinar si la apelante los ha excedido, obligación que se encuentra establecida en el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.
164. Bajo ese supuesto, conforme se ha señalado anteriormente, el exceso de los LMP implica la existencia de daño ambiental; y, por lo 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 ambiente⁹⁴.

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

SE RESUELVE:

Artículo primero.- REVOCAR la Resolución Directoral N° 552-2013-OEFA/DFSAI emitida el 29 de noviembre de 2013, en el extremo de la sanción impuesta por incurrir en el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 13° de la Ley N° 27314 en concordancia con los artículos 10° y 38° del Decreto Supremo N° 057-2004-PCM, en consecuencia, corresponde archivar el presente procedimiento administrativo sancionador en dicho extremo por los fundamentos expuestos en los considerandos 37 al 59 de la presente resolución, quedando agotada la vía administrativa.


⁹⁴ 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.


Artículo segundo.- CONFIRMAR la Resolución Directoral N° 552-2013-OEFA/DFSAI del 29 de noviembre de 2013, en el extremo de los incumplimientos de las obligaciones establecidas en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM y el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, por los fundamentos expuestos en los considerandos 60 al 164 de la presente resolución, quedando agotada la vía administrativa.

Artículo tercero.- DISPONER que el monto de la multa impuesta, ascendente a doscientas 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 indicarse al momento de la cancelación al banco el número de la presente resolución, sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.


Artículo cuarto.- NOTIFICAR la presente resolución a Compañía de Minas Buenaventura S.A.A. y **REMITIR** el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines correspondientes.

Regístrese y comuníquese.


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


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


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


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