

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 175-2012-OEFA/TFA

Lima, 21 SET. 2012

VISTO:

El Expediente N° 1652036 que contiene el recurso de apelación interpuesto por VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A. (en adelante, VOLCAN) contra la Resolución Directoral N° 008-2010-OEFA/DFSAI de fecha 30 de diciembre de 2010 y el Informe N° 198-2012-OEFA/TFA/ST de fecha 11 de setiembre de 2012;

CONSIDERANDO:

1. Por Resolución Directoral N° 008-2010-OEFA/DFSAI de fecha 30 de diciembre de 2010 (Fojas 480 a 486), notificada con fecha 06 de enero de 2011, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos impuso a VOLCAN una multa de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de dos (02) infracciones; conforme al siguiente detalle¹:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
En el punto de control 202 ² , correspondiente al efluente proveniente	Artículo 4° de la Resolución	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de	50 UIT

¹ Corresponde precisar que de acuerdo al artículo 2° de la parte resolutive de la Resolución Directoral N° 008-2010-OEFA/DFSAI de fecha 30 de diciembre de 2010, se dispuso el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador en los extremos referidos a cinco (05) infracciones al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, por el incumplimiento de Límites Máximos Permisibles verificados en los puntos de control 201-S, N-800, 215, 301 y 303.

² Al respecto, corresponde precisar que de acuerdo al numeral 37 del Rubro III de la parte considerativa de la Resolución Directoral N° 008-2010-OEFA/DFSAI, los resultados materia de sanción son lo que siguen:

Punto de Control	Parámetro	Anexo N° 1 Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Resultados de la Fiscalizadora	Exceso
202	Zn	3.0 mg/L	12.42	9.42
	Fe	2.0 mg/L	8.4	6.4
	STS	50 mg/L	90	40

de la Planta Concentradora, que descarga al río San Juan, se reportaron valores para los parámetros Zn, Fe y STS, que exceden los Límites Máximos Permisibles establecidos en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Ministerial N° 011-96-EM/VMM ³	la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ⁴	
Incumplimiento de la Recomendación N° 11 del Informe N° 017-2006-CONSORCIO SC INGENIERIA SRL Y	Tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM ⁵		

³ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 011-96-EM/VMM. APRUEBA LOS NIVELES MAXIMOS PERMISIBLES PARA EFLUENTES LIQUIDOS PARA LAS ACTIVIDADES MINERO – METALURGICAS

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.

ANEXO 1		
NIVELES MAXIMOS PERMISIBLES DE EMISION PARA LAS UNIDADES MINERO-METALURGICAS		
PARAMETRO	VALOR EN CUALQUIER MOMENTO	VALOR PROMEDIO ANUAL
ph	Mayor que 6 y Menor que 9	Mayor que 6 y Menor que 9
Sólidos suspendidos (mg/l)	50	25
Piomo (mg/l)	0.4	0.2
Cobre (mg/l)	1.0	0.3
Zinc (mg/l)	3.0	1.0
Fierro (mg/l)	2.0	1.0
Arsénico (mg/l)	1.0	0.5
Cianuro total (mg/l) *	1.0	1.0

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

⁴ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM-VMM. ESCALA DE MULTAS Y PENALIDADES A APLICARSE POR INCUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES DEL TUO DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA Y SUS NORMAS REGLAMENTARIAS.

ANEXO

3. MEDIO AMBIENTE

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

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

⁵ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM/VMM. ESCALA DE MULTAS Y PENALIDADES A APLICARSE POR INCUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES DEL TUO DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA Y SUS NORMAS REGLAMENTARIAS.

ANEXO

3. MEDIO AMBIENTE

3.1. (...) El incumplimiento de las recomendaciones formuladas como consecuencia de la fiscalización y de las investigaciones de los casos de daño al medio ambiente y catástrofes ambientales, serán sancionadas adicionalmente con 2 UIT por cada recomendación incumplida, las que se adicionarán a la multa que se imponga por infracciones detectadas

<p>HLC SAC, correspondiente a la primera fiscalización de 2006: "El titular debe actuar y tomar las medidas necesarias en sus operaciones minero-metalúrgicas con la finalidad de que en los puntos de monitoreo indicados para efluentes (metales disueltos), las concentraciones de metales se mantengan dentro de los Límites Máximos Permisibles según la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM"</p>		
<p>MULTA TOTAL</p>		<p>50 UIT⁶</p>

2. Con escrito de registro N° 0966 presentado con fecha 27 de enero de 2011 (Fojas 488 al 513), VOLCAN interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 008-2010-OEFA/DFSAI, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

a) Se ha vulnerado el Principio de Legalidad, previsto en el numeral 1 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, puesto que se ha sancionado a la recurrente sobre la base de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, la misma que es una norma con rango infra legal que no cuenta con una remisión directa y expresa de la ley.

Además, si bien la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, atribuyó la potestad sancionadora al OEFA, no hay norma con rango de ley que haya determinado las sanciones y las infracciones ambientales aplicables por este Organismo Técnico Especializado, vulnerando así los límites de la potestad sancionadora.

b) Se ha vulnerado el Principio de Tipicidad establecido en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, ya que la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM no define con precisión las conductas constitutivas de infracción administrativa sancionable, limitándose a señalar como infracción el incumplimiento de obligaciones derivadas de diversas normas legales allí estipuladas, por lo que constituye una ley sancionadora en blanco.

c) Se han transgredido los Principios del Debido Procedimiento y Verdad Material, previstos en los numerales 1.2 y 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley

en los diferentes procesos de fiscalización. Para el caso de PPM la multa adicional será de 0.5 UIT por cada recomendación incumplida. (...)

⁶ Cabe señalar que de acuerdo al numeral 71 del Rubro III de la Resolución Directoral N° 008-2010-OEFA/DFSAI de fecha 30 de diciembre de 2010, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos determinó que en el presente caso se produjo el concurso de las infracciones descritas en el cuadro detalle del presente numeral, razón por la cual en aplicación del Principio de Concurso de Infracciones, previsto en el numeral 6 del artículo 230° de la Ley N° 27444, se impuso la multa prevista para la infracción tipificada en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-200-EM/VMM, al ser de mayor gravedad.

N° 27444, pues no se ha demostrado la ocurrencia de un daño ambiental, real o potencial, como consecuencia del incumplimiento de los Límites Máximos Permisibles (en adelante, LMP).

- d) No se ha verificado ni establecido la relación de causalidad entre la conducta imputada a VOLCAN y el supuesto daño ambiental ocasionado.
 - e) Solicita la aplicación del Principio de Presunción de Licitud previsto en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444, toda vez que no se habría acreditado la ocurrencia de un daño al ambiente así como la relación de causalidad respectiva.
 - f) El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental ha hecho un ejercicio arbitrario y abusivo de su potestad sancionadora al haber transgredido los Principios de Tipicidad y Legalidad, y multado a VOLCAN sin acreditar el daño ambiental y la relación causal respectiva, lo que configura el delito tipificado en el artículo 376° del Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 635.
 - g) Se ha sancionado a la recurrente por el incumplimiento a la Recomendación N° 11, relativa a la toma de medidas necesarias para el control de efluentes y cumplimiento de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM-VMM, sin tomar en cuenta las medidas implementadas por ésta, tales como la modernización del sistema de drenaje de aguas ácidas y neutras de la mina CERRO DE PASCO, colocación de un tanque homogenizador y ejecución de proyectos para optimizar y mejorar el sistema de separación sólido líquido del circuito de Zinc.
3. A través del escrito de registro N° 05071 presentado con fecha 04 de mayo de 2011 (Fojas 515 a 557), EMPRESA ADMINISTRADORA CERRO S.A.C. (en adelante, CERRO) solicita se le tenga por apersonada al presente procedimiento administrativo sancionador y se le atribuya la calidad de administrada, sustituyéndose en el lugar de VOLCAN, por haber operado la sucesión procesal pasiva, al haber adquirido la titularidad de la Unidad de Producción CERRO DE PASCO, conforme consta en el Asiento B00018 de la Partida Electrónica N° 11363057 y B00001 de la Partida Electrónica N° 12604031, correspondientes a VOLCAN y CERRO, respectivamente.

Competencia

4. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013⁷, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA).

⁷ DECRETO LEGISLATIVO N° 1013. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL 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.

5. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental⁸, 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.
6. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la citada 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 OEFA⁹.
7. Con Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, publicado el 21 de enero de 2010, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN) al OEFA; y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, publicada el 20 de julio de 2010, se estableció como fecha efectiva de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería del OSINERGMIN al OEFA, el 22 de julio de 2010.
8. De otro lado, es preciso mencionar que el artículo 10° de la citada Ley N° 29325¹⁰, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM¹¹, y el artículo 4° del Reglamento

⁸ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

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: (...)

d) **Función Fiscalizadora y Sancionadora:** comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA.

⁹ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

PRIMERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

Las entidades sectoriales que se encuentren realizando funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental, en un plazo de treinta (30) días útiles, contado a partir de la entrada en vigencia del respectivo Decreto Supremo, deben individualizar el acervo documentario, personal, bienes y recursos que serán transferidos al OEFA, poniéndolo en conocimiento y disposición de éste para su análisis acordar conjuntamente los aspectos objeto de la transferencia. (...)

¹⁰ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

10.1 El OEFA contará con un Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) que ejerce funciones como última instancia administrativa. Lo resuelto por el Tribunal es de obligatorio cumplimiento y constituye precedente vinculante en materia ambiental, siempre que esto se señale en la misma Resolución, en cuyo caso deberán ser publicadas de acuerdo a Ley. El TFA estará conformado por cinco (5) vocales designados mediante Resolución Suprema, por un período de cuatro años; el Presidente será designado a propuesta del MINAM y tendrá voto dirimente, los cuatro (4) restantes serán designados previo concurso público efectuado conforme a lo que establezca el Reglamento de Organización y Funciones de la entidad.

¹¹ DECRETO SUPREMO N° 022-2009-MINAM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL OEFA.

Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD¹², disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

Norma Procedimental Aplicable

9. Antes de realizar el análisis de los argumentos formulados por VOLCAN, este Órgano Colegiado considera pertinente, en aplicación del Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2. del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establecer la norma procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes¹³.
10. En tal sentido, siendo que a la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, corresponderá observar el contenido normativo de dicho cuerpo legal.

Análisis

Protección constitucional al ambiente

11. Al respecto, este Cuerpo Colegiado considera necesario establecer el marco constitucional en el cual se desarrolla el bien jurídico protegido al interior de los procedimientos administrativos sancionadores por incumplimiento de las normas de

Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

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

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

- a. Resolver en segunda y última instancia administrativa, los recursos de apelación interpuesto contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos.

¹² RESOLUCIÓN N° 005-2011-OEFA/CD. REGLAMENTO INTERNO DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

Artículo 4°.- Competencia del Tribunal

El Tribunal es competente para conocer y resolver en última instancia administrativa, los recursos de apelación contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por órganos del OEFA en materia de supervisión y fiscalización ambiental; así como resolver los recursos impugnativos interpuestos ante aquellas entidades cuyas funciones en materia ambiental hayan sido transferidas al OEFA. Asimismo, es competente para resolver las quejas administrativas de conformidad con lo establecido en el artículo 158° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

¹³ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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



protección y conservación del ambiente, toda vez que éste debe informar y ordenar los alcances de las obligaciones exigibles a los titulares mineros.

Sobre el particular, cabe indicar que, de acuerdo al numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993, constituye derecho fundamental de la persona “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”¹⁴.

Ahora bien, a efectos de establecer el contenido del indicado derecho constitucional, conviene explicar aquello que se entiende por “ambiente”, por tratarse de un concepto consustancial al mismo. Al respecto, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 0048-2004-AI, en su Fundamento N° 27, señaló lo siguiente¹⁵:

“(...) La parte de la naturaleza que rodea o circunda los hábitat de la pluralidad de especies vivas se denomina ambiente o medio ambiente.

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

El medio ambiente se define como “(...) el conjunto de elementos sociales, culturales, bióticos y abióticos que interactúa en un espacio y tiempo determinado; lo cual podría graficarse como la sumatoria de la naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo concretos”.

El término biótico se refiere a todos los seres vivos de una misma región, que coexisten y se influyen entre sí; en cambio lo abiótico alude a lo no vivo, como el agua, el aire, el subsuelo, etc.

El medio ambiente se compone de los denominados elementos naturales, los cuales pueden generar, según sea el caso, algún tipo de utilidad, beneficio o aprovechamiento para la existencia o coexistencia humana (...). (El resaltado en negrita es nuestro).

En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos,

¹⁴ 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.

¹⁵ La sentencia recaída en el Expediente 0048-2004-AI, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica:
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>

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 otros¹⁶.

Ahora bien, habiéndose precisado el concepto de ambiente, cabe señalar que de acuerdo a lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, el derecho fundamental previsto en el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política se encuentra integrado por¹⁷:

- a) El derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado; y
- b) El derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado

En este contexto, cabe indicar que el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado impone a los particulares la obligación de adoptar medidas tendientes a prevenir, evitar o reparar los daños que sus actividades productivas causen o puedan causar al medio ambiente. A su vez, dichas medidas provendrán, entre otros, del marco jurídico aplicable al medio ambiente y aquellas asumidas por dichos particulares en sus instrumentos de gestión ambiental.

Lo expuesto se condice además con el concepto de Responsabilidad Social de las empresas, que ha sido desarrollado por el propio Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia, respecto del cual cabe citar lo siguiente:

“Para el presente caso, interesa resaltar que la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsora del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar. La Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales, se habrá

¹⁶ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

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.

A mayor abundamiento, resulta oportuno citar la siguiente definición de FRAUME RESTREPO:

“Ambiente.- Conjunto de elementos abióticos (energía solar, suelo, agua y aire) y bióticos (organismo vivos) que integran la delgada capa de la tierra llamada biósfera, sustento y hogar de los seres vivos. (...)”

FRAUME RESTREPO, Néstor Julio. Diccionario Ambiental. ECOE ediciones, 2° edición. Bogotá, 2007.

¹⁷ La sentencia recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>

cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no soportarán." (El resaltado en negrita es nuestro)

Habiéndose delimitado el marco constitucional en el que debe entenderse la protección al bien jurídico medio ambiente respecto de las actividades productivas, comprendida en ellas la minera, corresponde establecer que las normas sectoriales de protección y conservación del ambiente deberán interpretarse y aplicarse dentro del citado contexto constitucional.

Con relación a la vulneración del Principio de Legalidad

12. Respecto a lo alegado en el literal a) del numeral 2, cabe señalar que la legalidad de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM se estableció a través de la Ley General de Minería con el texto concordado publicado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, de conformidad con lo establecido en la Tercera Disposición Final de la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales; norma con rango de ley que permite la remisión a disposiciones reglamentarias para el ejercicio de la potestad sancionadora en el sector minero¹⁸.

En efecto, de acuerdo al literal l) del artículo 101° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, corresponde imponer sanciones y multas a los titulares de derechos mineros que incumplan con sus obligaciones o infrinjan las disposiciones señaladas en dicha Ley, su Reglamento y el Código del Medio Ambiente¹⁹.

Es bajo el marco planteado, que se emitió la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, norma que estableció la Escala de Multas y Penalidades por incumplimientos, entre otros, de obligaciones ambientales, dentro de las cuales se encuentran aquellas contenidas en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

A su vez, con relación a la vigencia de la citada Resolución Ministerial, 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, siendo que por medio de su artículo 4° se autorizó a este Organismo a sancionar las infracciones en materia

¹⁸ LEY N° 26821. LEY ORGANICA PARA EL APROVECHAMIENTO DE LOS RECURSOS NATURALES. DISPOSICIONES FINALES

Vigencia de convenios de estabilidad y de leyes especiales sobre recursos naturales

Tercera.- Mantienen su plena vigencia, entre otras, las siguientes leyes sobre recursos naturales promulgadas con anterioridad a la presente, incluyendo sus modificatorias o complementarias: (...)

- Ley General de Minería con el texto concordado publicado por Decreto Supremo No 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería

¹⁹ DECRETO SUPREMO N° 014-92-EM. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA.

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.

ambiental empleando el marco normativo y escalas de sanciones que venía aplicando el regulador²⁰.

Asimismo, se tiene que mediante Ley N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERGMIN, se declaró que en tanto se aprueben por el regulador los procedimientos de fiscalización de las actividades mineras a su cargo, seguirán vigentes las disposiciones sobre esta materia contenidas, entre otras, en la Escala de Sanciones y Multas aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, siendo de aplicación todas las normas complementarias de estas disposiciones que se encontraban vigentes a la fecha de la promulgación de esta Ley.

Por lo tanto, la legalidad de la Escala de Multas y Sanciones, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, viene dada por la Ley General de Minería y complementada por las indicadas Leyes N° 28964 y N° 29325; y, en ese sentido, deviene válidamente aplicable por el OEFA.

De otro lado, con relación a la potestad tipificadora a que se refiere el artículo 17° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, modificado por el artículo único de la Ley N° 29514, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 26 de marzo de 2010, cabe indicar que ésta ha sido reservada a favor del Ministerio del Ambiente, entidad que a través de Decreto Supremo tipificará en vía reglamentaria las conductas sancionables administrativamente por infracciones ambientales previstas en la Ley N° 28611 y demás normas ambientales²¹.

Sin embargo, considerando que a la fecha no se ha hecho ejercicio de dicha atribución, de modo tal que no se cuenta con una norma tipificadora dictada en el marco de la referida norma, a efectos de sancionar los incumplimientos a las obligaciones ambientales fiscalizables por este Organismo Técnico Especializado en

²⁰ DECRETO SUPREMO N° 001-2010-MINAM. APRUEBAN INICIO DEL PROCESO DE TRANSFERENCIA DE FUNCIONES DE SUPERVISIÓN, FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN EN MATERIA AMBIENTAL DEL OSINERGMIN AL OEFA.

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.

²¹ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. MODIFICADA POR LEY N° 29514.

Artículo 17.- Infracciones

Mediante decreto supremo, refrendado por el Ministro del Ambiente y en vía reglamentaria, se tipifican las conductas sancionables administrativamente por infracciones ambientales previstas en la Ley núm. 28611, Ley General del Ambiente, y demás normas sobre la materia.

LEY N° 29514. LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 17° DE LA LEY N° 29325, LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL, Y DICTA OTRAS DISPOSICIONES.

SEGUNDA.- Vigencia y derogatoria

La presente Ley entra en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano y deroga toda disposición que se le oponga

el sub-sector minero, corresponde aplicar la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM así como las demás normas tipificadoras de infracciones y sanciones emitidas por el OSINERGMIN, esto último en aplicación del artículo 4° del Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, como ocurrió en el presente caso²².

En consecuencia, habiéndose demostrado que no se ha vulnerado el Principio de Legalidad, invocado por la apelante, toda vez que la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM cumple el contenido de dicha regla de derecho, y que su aplicación resultaba exigible por el OEFA, corresponde desestimar lo alegado en este extremo.

Respecto la transgresión del Principio de Tipicidad

13. Con relación a lo alegado en el literal b) del numeral 2, 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.

En tal sentido, considerando que la recurrente cuestiona el aspecto descrito en el párrafo precedente, corresponde determinar si el numeral 3.2 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM satisface dicho aspecto específico del Principio de Tipicidad, al ser la norma tipificadora aplicable, respecto al incumplimiento del artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

Así, el numeral 3.1 del punto 3 del anexo 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 aprobado por D.S. N° 059-93-EM; D.S. N° 038-98-EM, Reglamento Ambiental para Exploraciones; D. Ley N° 25763, Ley de Fiscalización por Terceros y su Reglamento aprobado por D.S. N° 012-93-EM, Resoluciones Ministeriales N°s. 011-96-EM/VMM, 315-96-EM/VMM y otras normas modificatorias y complementarias, que sean detectadas como consecuencia de la fiscalización o de los exámenes especiales el monto de la multa será de 10 UIT por cada infracción, hasta un máximo de 600 UIT. En los casos de pequeño productor minero la multa será de 2 UIT por infracción (...).”
(El resaltado en negrita es nuestro)

²² DECRETO SUPREMO N° 001-2010-MINAM. APRUEBAN INICIO DEL PROCESO DE TRANSFERENCIA DE FUNCIONES DE SUPERVISIÓN, FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN EN MATERIA AMBIENTAL DEL OSINERGMIN AL OEFA.

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.

Adicionalmente, se establece en el numeral 3.2 del punto 3 de la referida norma, los supuestos específicos que ameritan el incremento de la sanción, como se observa a continuación:

“3.2. Si las infracciones referidas en el numeral 3.1 de la presente escala, son determinadas en la investigación correspondiente, como causa de un daño al medio ambiente, se considerarán como infracciones graves y el monto de la multa será de 50 UIT por cada infracción hasta un monto máximo de 600 UIT, (...)”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado, a través de la sentencia recaída en el expediente N° 0010-2002-AI/TC, 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 experiencia²³. A su vez, cabe agregar que las empresas del sector minero cuentan con capacidad técnica, administrativa y financiera para identificar las obligaciones a las que están sujetas.

En este contexto, deviene válido concluir que el incumplimiento de la obligación ambiental fiscalizable contenida en el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM constituye infracción sancionable conforme al tipo contenido en el numeral 3.2 del punto 3 Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, respectivamente²⁴.

De otro lado, con relación a la infracción tipificada en el tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, cabe agregar que la descripción de la conducta sancionable resulta clara y precisa, pues considerando que el supuesto de hecho consiste en el incumplimiento de las recomendaciones formuladas como consecuencia de la supervisión, todos sus elementos se encuentran definidos y resultan fáciles de comprender.

En atención a lo expuesto, este Cuerpo Colegiado considera que las infracciones tipificadas en el tercer párrafo del numeral 3.1 y el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM no contravienen el contenido del Principio de Tipicidad, en el su aspecto relativo a la exhaustividad en la descripción de la conducta típica²⁵.

²³ La sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC, es una de naturaleza normativa; encontrándose disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

²⁴ En este sentido, se aprecia que la conducta ilícita tipificada en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución N° 353-2000-EM/VMM es una infracción precisa e inequívoca, respecto del incumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables que se imponen al titular minero. Y, asimismo, se verifica que existe una predeterminación normativa de la conducta y sanción correspondiente, no dando lugar a posibles interpretaciones extensivas o analógicas al momento de aplicar las normas que contienen la infracción tipificada.

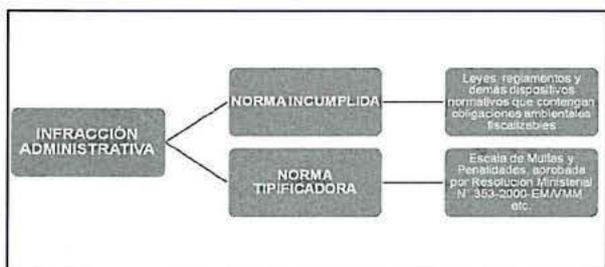
²⁵ A mayor abundamiento, este Tribunal Administrativo considera pertinente explicar que la estructura de las infracciones imputadas se componen de dos elementos a saber: a) Norma sustantiva, que prevé la obligación ambiental fiscalizable cuyo

Por consiguiente, carece de sustento lo alegado por la apelante en este extremo.

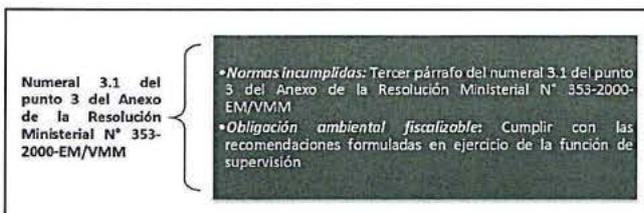
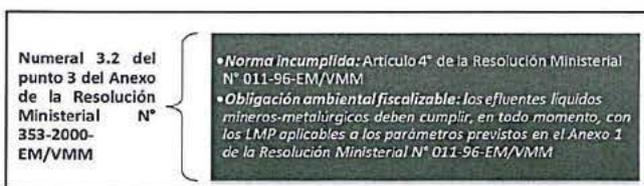
Sobre la configuración de daño ambiental por exceso de LMP, la vulneración de los Principios de Debido Procedimiento, Verdad Material y Causalidad; y la aplicación del Principio de Presunción de Licitud

14. Con relación a lo alegado en los literales c), d) y e) del numeral 2, cabe indicar que en el presente caso se sostiene la obligación de demostrar la existencia de daño ambiental, como elemento indispensable para configurar una infracción como grave, de acuerdo a la tipificación recogida en el numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM por el incumplimiento de LMP, debido a lo cual resulta de vital importancia determinar los alcances de la categoría "daño ambiental", en este supuesto²⁶.

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:



En tal sentido, cabe indicar que las infracciones materia de sanción al interior del presente procedimiento administrativo sancionador se configuraron de la siguiente manera:



²⁶ ANDALUZ define el concepto y la importancia de los LMP como se indica a continuación:

"El LMP es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y/o biológicos que caracterizan a un efluente o a una emisión, que al ser expedida causa o puede causar daño a la salud, al bienestar humano y al ambiente.

Al respecto, el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611²⁷, 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 potenciales²⁸.

De acuerdo a lo indicado, la definición de daño ambiental de la Ley N° 28611 recoge dos elementos de importancia:

- a) El primer elemento está referido a que el daño ambiental debe importar un menoscabo material al ambiente y/o a alguno de sus componentes.
- b) El segundo elemento está referido a que dicho menoscabo material genere efectos negativos, que pueden ser actuales o potenciales.

Ahora bien, con relación al primer elemento sobre el menoscabo material, ello refiere a toda afectación material de la calidad ambiental que se produce al emitir sustancias contaminantes al ambiente o a alguno de los elementos que lo conforman, y que perjudican su calidad física o química, alterando su estado natural en mayor o menor medida.

Los LMP sirven para el control y fiscalización de los agentes que producen efluentes y emisiones, a efectos de establecer si se encuentran dentro de los parámetros considerados inocuos para la salud, el bienestar humano y el ambiente. Excederlos acarrea responsabilidad administrativa, civil o penal, según el caso." (el subrayado es nuestro)

ANDALUZ WESTREICHER, Walter. Manual de Derecho Ambiental. Editorial Iustitia. Lima, 2011.

²⁷ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 142°.- De la responsabilidad por daños ambientales (...)

142.2 Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales.

²⁸ Sobre el concepto de daño ambiental se pronuncian BIBILONI y LANEGRA:

BIBILONI señala que:

"(...) un daño ambiental es una lesión física no limitada a un espacio o a un tiempo determinados, por eso sus consecuencias se expanden rápidamente irradiando en todas sus direcciones, tanto en el espacio como en el tiempo. Un hecho generador de daño ambiental hoy constituye siempre la posibilidad de otro daño mañana."

BIBILONI, Héctor Jorge. El Proceso Ambiental. LexisNexis. Buenos Aires, 2005.

LANEGRA sostiene sobre el daño ambiental, en el marco de la Ley General del Ambiente Ley N° 28611 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 el 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" (el subrayado es nuestro).

LANEGRA, Iván. El daño ambiental. En: Derecho Ambiental. Diálogo y Debate sobre Derecho y Política Ambiental e Indígena. Ver: <http://blog.pucp.edu.pe/item/77336/el-dano-ambiental>

A su vez, en cuanto al segundo elemento, éste se refiere a que en la configuración del daño ambiental no es indispensable que los efectos negativos del menoscabo material producido por las emisiones contaminantes al ambiente sean actuales, sino que resulta suficiente que dichos efectos negativos sean potenciales²⁹. Precisamente, los LMP se han establecido explícitamente señalándose que su exceso causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano o al ambiente (Numeral 32.1 del artículo 32° de la Ley N° 28611).

En tal sentido, los efectos potenciales del daño ambiental se configuran cuando el menoscabo material de los elementos que constituyen el medio ambiente o el entorno ecológico, excede los niveles, estándares o parámetros de calidad establecidos por la autoridad pública; por lo que, tratándose del daño ambiental, es necesaria únicamente la probabilidad futura en grado de verosimilitud para determinar su existencia y tomar las medidas necesarias con el fin de impedir sus efectos nocivos³⁰.

En consecuencia, en atención a que el numeral 32.1 del artículo 32° de la Ley N° 28611, prevé que el exceso del LMP causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente, se colige que el incumplimiento de los LMP regulados en el Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, configura el supuesto de daño ambiental cuyos efectos negativos -debe repetirse- no requieren ser inmediatos o actuales, bastando la potencialidad de los mismos. De esta manera, la alusión al daño ambiental incluye la potencialidad de dicho daño, aspecto que sin duda conlleva el exceso de los LMP³¹.

Por lo expuesto, el exceso del LMP aplicable a los parámetros Zn, Fe y STS reportado en el punto de control 202 configura la situación de daño ambiental definida en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, exceso de LMP que se encuentra acreditado con los resultados contenidos en el Informe de Ensayo N°

²⁹ En esa línea, es importante citar a Mario Peña cuando sostiene:

"De esta forma, se rompe con uno de los elementos característicos del derecho de daños, por el cual, éste 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"

PEÑA, Mario. Daño Ambiental y Prescripción.

Ver: http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/19/06_mario_penia_chacon.html

³⁰ Así lo ha entendido la jurisprudencia argentina la cual mediante el fallo de 1995 Almada contra Copco S.A. consideró suficiente la certeza y actualidad de los riesgos que se ciernen sobre la salud de los vecinos, aunque no estén probadas lesiones actuales a su integridad psicofísica, para que la tutela de la salud se haga efectiva, sin juzgar la producción de lesiones, tratándose de esta forma de evitar, que el daño temido se transforme en daño cierto, efectivo o irreparable.

³¹ Es pertinente indicar al respecto que el Reglamento de Protección Ambiental de la Actividad Minero-Metalúrgica, aprobado por el Decreto Supremo N° 016-93-EM, en su artículo 6° incide en el hecho de que el exceso de LMP puede generar efectos negativos sobre el ambiente, actuales o potenciales. Estas son características propias de los procesos de contaminación y degradación ambiental, los cuales no se producen en un único momento sino de manera gradual, paulatina, producto de la introducción de contaminantes en cantidades mayores a los parámetros físico-químicos previamente determinados por la autoridad competente.

01694-06 (Foja 336 y 337), elaborado por el laboratorio acreditado LABECO ANALISIS AMBIENTALES S.R.L., cuyos resultados se expresan en el segundo pie de página de la presente resolución.

Asimismo, el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM señala que las infracciones que causan daño al medio ambiente serán consideradas como infracciones graves.

Siendo así, habiéndose acreditado el exceso del LMP aplicable a los parámetros Zn, Fe y STS; y por tanto, configurado la situación de daño ambiental, se ha producido la infracción tipificada en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, la que es de naturaleza grave, razón por la cual correspondía aplicar la sanción prevista en dicho tipo legal, quedando desvirtuada la presunción de licitud a favor de la apelante, a que se refiere el principio regulado en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

En adición a lo señalado, cabe destacar que la pretensión de la recurrente, de no ser sancionada por la infracción materia de análisis, implicaría la inutilidad de establecer los mencionados LMP. En efecto, no debe olvidarse que el establecimiento de los LMP tiene precisamente por finalidad evitar que se cause o se pueda causar daños a la salud y al ambiente, por lo cual, el excederlos se considera una infracción grave. Más aún, si se pretendiera que el Estado demostrara la existencia actual de efectos negativos en el ambiente o alguno de sus componentes, y no solamente efectos potencialmente negativos, en cada infracción cometida por los titulares de las actividades económicas, se estaría imponiendo costos excesivos a la sociedad para demostrar la ocurrencia de una infracción demostrada suficientemente con el exceso de los LMP.

De otro lado, corresponde precisar que como regla derivada del Principio de Causalidad previsto en el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444, la sanción debe recaer sobre el administrado que realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de la infracción administrativa³².

En tal sentido, a efectos de determinar la correcta aplicación del citado Principio, este Tribunal Administrativo considera oportuno verificar los siguientes aspectos: a) la ocurrencia de los hechos imputados, y b) su ejecución por parte de VOLCAN.

Ahora bien, en cuanto lo señalado en el literal a) cabe indicar que el incumplimiento de los LMP aplicables a los parámetros Zn, Fe y STS, reportado en el punto de control 202, se encuentran debidamente acreditados conforme a los resultados contenidos en el Informe de Ensayo N° 01694-06 (Foja 336 y 337), elaborado por el laboratorio acreditado LABECO ANALISIS AMBIENTALES S.R.L.

³² LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

8. Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

A su vez, con relación a lo indicado en el literal b), cabe señalar que de acuerdo a la Tabla N° 4.33 Ubicación, Origen y Cuerpo Receptor. Puntos de Monitoreo – Efluentes del numeral 4.13.3 y vista fotográfica N° 37 del Informe de Supervisión N° 043-NPCA-SCI Y HLC-2006-II (Fojas 152 y 204), entre otros, se constata que el efluente correspondiente al referido punto de control, que descarga al Río San Juan, es producido dentro de las instalaciones de la recurrente, razón por la cual devino válida la imposición de la sanción dispuesta en este extremo.

Por consiguiente, habiéndose constatado que los hechos materia de sanción al interior del presente procedimiento sancionador son ejecutados y, por tanto, atribuibles a VOLCAN, se encuentra debidamente acreditada la relación de causalidad exigida en el marco del Principio previsto en el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

Estando a lo expuesto, se tiene que de acuerdo al análisis formulado en los párrafos precedentes, en el presente procedimiento administrativo sancionador se respetaron las garantías inherentes al Debido Procedimiento, al emitirse una decisión motivada, adecuada al contenido de las normas que integran el ordenamiento positivo y sustentada en la acreditación de los hechos que sustentan la infracción imputada a VOLCAN, por lo que no se han vulnerado los Principios del Debido Procedimiento³³ y Verdad Material, regulados en el numeral 1.2 del artículo y 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444; correspondiendo desestimar la aplicación del Principio de Presunción de Licitud, previsto en el numeral 9 del artículo 230° de la citada Ley, dado que dicho principio resulta aplicable únicamente si no se cuenta con evidencia de un incumplimiento del administrado, lo que no ha ocurrido en el presente caso.

Por consiguiente, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en estos extremos.

Sobre el ejercicio arbitrario y abusivo de la potestad sancionadora

15. Respecto a lo alegado en el literal f) del numeral 2, cabe señalar que conforme al análisis expuesto por este Órgano Colegiado en los numerales 12 al 14 de la presente resolución, en el presente procedimiento administrativo sancionador se ha observado el contenido de los Principios de Tipicidad, Legalidad, Debido Procedimiento, Verdad Material y Causalidad previstos en el artículo 230° de la Ley N° 27444, razón por la cual el ejercicio de la potestad sancionadora de este Organismo Técnico Especializado se realizó según lo especificado en el numeral

³³ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo (...)

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

229.1 del artículo 229° de la referida Ley, careciendo de sustento lo alegado por VOLCAN en el sentido que se haya incurrido en un ejercicio abusivo del mismo.

Asimismo, con relación a la supuesta configuración del delito tipificado en el artículo 376° del Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 635, conviene recalcar que de acuerdo al numeral 162.2 del artículo 162° de la Ley N° 27444, en concordancia con el artículo 190° del Código Procesal Civil, aplicable de manera supletoria de conformidad con la primera Disposición Final del mismo cuerpo legal, las alegaciones que formulen los administrados al interior de los procedimientos administrativos sancionadores, deben referirse de manera directa a los hechos materia de análisis, en aplicación de la regla de la pertinencia.

A su vez, cabe agregar que los procedimientos administrativos sancionadores tienen por finalidad determinar el acaecimiento de los hechos imputados a los administrados a título de infracción, de modo tal que acreditada su comisión, se impongan las sanciones legalmente establecidas.

En tal sentido, considerando que lo señalado por VOLCAN no se vincula con los hechos materia de sanción ni con el objeto de los procedimientos administrativos sancionadores, sino que pretende establecer una supuesta responsabilidad de tipo penal como consecuencia del ejercicio de la potestad sancionadora del OEFA, en aplicación del numeral 163.1 del artículo 163° de la Ley N° 27444, corresponde desestimar lo alegado por impertinente³⁴.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que la apelante tiene expedito su derecho para hacer uso de los medios de defensa legal que le franquea el ordenamiento jurídico para cuestionar lo resuelto por esta entidad, lo que debe encausarse a través las vías procedimentales correspondientes.

Por lo tanto, corresponde desestimar lo alegado por VOLCAN en este extremo.

Con relación al incumplimiento de la Recomendación N° 11

16. En cuanto a lo señalado en el literal g) del numeral 2, cabe indicar que por disposición del Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, las decisiones de la autoridad administrativa, entre otras, cuando creen obligaciones a cargo de los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y mantener la debida proporción entre los

³⁴ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 163.- Actuación probatoria

163.1 Cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija, la entidad dispone la actuación de prueba, siguiendo el criterio de concentración procesal, fijando un período que para el efecto no será menor de tres días ni mayor de quince, contados a partir de su planteamiento. Sólo podrá rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios. (El subrayado es nuestro)

medios a emplear y los fines públicos que deban tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido³⁵.

A su vez, conviene señalar que de acuerdo al numeral 3 del artículo 7° de la citada Ley N° 27474, Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras, en concordancia con el numeral 3 del artículo 8° del Decreto Supremo N° 049-2001-EM, marco legal aplicable por encontrarse vigentes a la fecha de la supervisión, los fiscalizadores externos se encontraban facultados a formular recomendaciones en materia ambiental, señalando plazos perentorios para el cumplimiento de las mismas.

En tal sentido, considerando que una vez formulada la recomendación en ejercicio de la potestad supervisora, ésta se constituye en una auténtica obligación ambiental fiscalizable, resultando exigible y sancionable de conformidad con el tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, su formulación debe ajustarse al contenido del Principio de Razonabilidad, arriba citado³⁶.

Sobre el particular, cabe indicar que de acuerdo a los numerales 1.5 y 1.10 del Rubro 4.0 de la Guía de Fiscalización Ambiental – Subsector Minería, aprobada mediante Resolución Directoral N° 009-2001-EM-DGAA, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 25 de enero de 2001, constituye Principio de la Fiscalización, el de “**Acciones Correctivas**”, en virtud del cual corresponde al fiscalizador recomendar aquellas medidas de acción correctiva para superar las situaciones deficientes verificadas durante la supervisión³⁷.

**35 LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.
TÍTULO PRELIMINAR**

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo (...)

1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

36 LEY N° 27474. LEY DE FISCALIZACIÓN DE ACTIVIDADES MINERAS.

Artículo 7°.- Facultades del Fiscalizador

Los Fiscalizadores externos, así como los funcionarios del Ministerio de Energía y Minas, designados para tal función, a fin de cumplir con su labor de fiscalización, pueden: (...)

3. Recomendar medidas de seguridad, higiene y medio ambiente, señalando plazos perentorios para su cumplimiento.

DECRETO SUPREMO N° 049-2001-EM. REGLAMENTO DE FISCALIZACIÓN DE LAS ACTIVIDADES MINERAS.

Artículo 8°.- Para los efectos de lo establecido en el Artículo 7° de la Ley, precisase lo siguiente:

3. Efectuar recomendaciones: Sin perjuicio de lo que se señalará en el informe de fiscalización, anotar las medidas recomendadas en el Libro de Seguridad e Higiene Minera y en el Libro de Protección y Conservación del Ambiente, según corresponda, con indicación de plazo y el nombre del responsable de su cumplimiento.

De otro lado, corresponde precisar que a partir del 08 de marzo de 2008 el incumplimiento de recomendaciones formuladas por los supervisores externos, constituye infracción administrativa sancionable de acuerdo al rubro 13 de la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de la Supervisión y Fiscalización Minera, aprobada por el Anexo 1 de la Resolución N° 185-2008-OS/CD.

37 RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 009-2001-EM-DGAA. GUÍA DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL – SUBSECTOR MINERÍA.

PRINCIPIOS DE LA FISCALIZACIÓN

1.10 Acciones Correctivas

A su vez, conviene indicar que el referido Principio se materializa en la formulación de recomendaciones, las que de acuerdo a los ítems IV y VI del numeral 1.27 del Rubro 8.0 de la referida Guía, estarán dirigidas a los responsables de ordenar la solución de las deficiencias y deben ser técnica y económicamente factibles de implementar. Y añade, dicho instrumento, que debe **enfatzarse en la precisión las medidas necesarias para la acción correctiva**, aplicando criterios de oportunidad, de acuerdo a la naturaleza de las observaciones, **por lo que se debe proponer la forma de corregir las deficiencias verificadas en forma técnica y de acuerdo a la situación de la empresa supervisada**³⁸.

En efecto, el correlato de dicho mandato se encuentra en el ítem II del numeral 1.27 del Rubro 8.0 de la Guía de Fiscalización Ambiental, que dispone que dentro de los resultados de la supervisión, se deberá revelar en forma precisa si se han ejecutado las recomendaciones impartidas durante las anteriores fiscalizaciones o exámenes especiales; señalando claramente la forma cómo fueron realizadas y las razones por las que algunas aún se encuentran pendientes.

Las acciones correctivas se refieren a los procedimientos que rectificarán el no-cumplimiento. Cuando sea apropiado, el fiscalizador deberá recomendar medidas de acción correctivas basadas en los resultados encontrados.

La Guía de Fiscalización Ambiental – Subsector Minería, aprobada mediante Resolución Directoral N° 009-2001-EM-DGAA se encuentra disponible en: <http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/DGAAM/guias/quiamineriaxix.pdf>

³⁸ **RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 009-2001-EM-DGAA. GUÍA DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL – SUBSECTOR MINERÍA.**

1.27 Organización y Preparación del Reporte Final

La organización del informe final de fiscalización es crítica para completar el programa de fiscalización. De acuerdo con lo aprobado en la Resolución Directoral 129-96-EM/DGM, el Informe de fiscalización elaborado por las Empresas de Auditoría e Inspectoría deberán tener en cuenta la siguiente estructura: (...)

IV) Conclusiones

En este rubro el fiscalizador deberá expresar sus conclusiones, las cuales son juicios de carácter profesional basados en las observaciones resultantes del examen efectuado. Las conclusiones estarán referidas a la evaluación de los resultados de la fiscalización operativa, en cuanto a los logros, objetivos, metas y control de medio ambiente así como si se están utilizando los recursos humanos, técnicos, etc. están siendo utilizados con eficiencia y eficacia en la operación minera.

Asimismo, en las conclusiones se deberá determinar los responsables de tomar las medidas correctivas para superar las deficiencias encontradas y los plazos para ejecutarlas, proponiendo la forma de corregirlas en forma técnica y de acuerdo a la situación de la empresa.

VI) Recomendaciones

Las recomendaciones constituyen las medidas a implementar por la entidad fiscalizada y deben estar orientadas a corregir las deficiencias emergentes de la fiscalización realizada.

Estarán dirigidas al Ministerio de Energía y Minas y a los funcionarios de la entidad fiscalizada, que tengan competencia para disponer lo conveniente.

Los plazos de ejecución de las recomendaciones, serán computados a partir de la fecha de presentación del informe de fiscalización a las empresas mineras.

Las recomendaciones deben fundamentarse en lo observado durante la inspección in situ y en las conclusiones del informe; indicando el plazo de ejecución.

Las recomendaciones estarán dirigidas a los responsables de ordenar la solución de las deficiencias y deben ser técnica y económicamente factibles de implementar.

Al formular las recomendaciones se enfatizará en precisar las medidas necesarias para la acción correctiva, aplicando criterios de oportunidad, de acuerdo a la naturaleza de las observaciones.

Se deberá incluir recomendaciones que mejoren los controles internos cuando se detecte deficiencias de control.

También se deberá incluir en este rubro las recomendaciones determinadas en auditorías anteriores que no hayan sido corregidas.

En este contexto, este Tribunal Administrativo considera oportuno determinar si la recomendación materia de sanción, se dictó conforme a los parámetros descritos precedentemente, por lo que cabe citar el contenido de la Recomendación N° 11, contenida en el Rubro 14 de los formatos de fiscalización obrantes en el Informe N° 017-2006-CONSORCIO SC INGENIERIA SRL Y HLC SAC (Foja 224 del Expediente N° 1616691):

“El titular debe actuar y tomar las medidas necesarias en sus operaciones minero-metalúrgicas con la finalidad de que en los puntos de monitoreo indicados para efluentes (metales disueltos), las concentraciones de metales se mantengan dentro de los Límites Máximos Permisibles según la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM”. (SIC)

Sobre el particular, del análisis del contenido de la citada recomendación se advierte que ésta no especifica las acciones correctivas a ejecutar ni establece parámetros o lineamientos objetivos que permitan determinar la forma de corregir las deficiencias verificadas en forma técnica, lo que no sólo dificulta la posterior verificación de su cumplimiento sino además la valoración del nivel de ejecución atribuido por el Supervisor Externo, a efectos de ejercer correctamente la potestad fiscalizadora y sancionadora, como ha ocurrido en el presente caso.

Por tal motivo, se constata que la Recomendación N° 11 del Informe N° 017-2006-CONSORCIO SC INGENIERIA SRL Y HLC SAC, correspondiente a la primera fiscalización de 2006, formulada por la Supervisora Externa CONSORCIO SC INGENIERIA S.R.L. Y HLC S.A.C., atendiendo a las circunstancias específicas del caso, no cumple con las exigencias derivadas del Principio de Razonabilidad, citado al inicio del presente numeral, al apartarse del contenido propuesto en la Guía de Fiscalización Ambiental.

Siguiendo ese orden de ideas, corresponde precisar que no son acordes al ordenamiento jurídico los actos dictados por la Administración que no respeten los principios contenidos en la Ley N° 27444.

En tal sentido, habiéndose verificado la vulneración del Principio de Razonabilidad regulado en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, dadas las deficiencias detectadas en la formulación de la Recomendación N° 11 del Informe N° 017-2006-CONSORCIO SC INGENIERIA SRL Y HLC SAC; en aplicación del numeral 202.1 del artículo 202° de la Ley N° 27444, corresponde declarar de oficio la nulidad de la Resolución Directoral N° 008-2010-OEFA/DFSAL de fecha 30 de diciembre de 2010, en el extremo referido al análisis contenido en los numerales 15 al 24, 70 y 71 de su Rubro III, vinculados a la infracción por incumplimiento de la citada recomendación, al haber incurrido en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 10° de la citada Ley.

Asimismo, en aplicación del segundo párrafo del numeral 202.2 del artículo 202° de la Ley N° 27444, corresponde disponer el archivo del presente procedimiento

administrativo sancionador en el extremo referido a la infracción tipificada en el Tercer Párrafo del numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, al no haberse verificado la comisión de dicho ilícito administrativo dado el carácter inexigible de la Recomendación N° 11, esto último de acuerdo al numeral 31.2 del artículo 31° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD³⁹.

Por consiguiente, carece de sentido emitir pronunciamiento sobre lo alegado por VOLCAN en este extremo.

Con relación al apersonamiento de CERRO

17. En cuanto a lo señalado en el numeral 3, resulta oportuno indicar con relación al Principio de Causalidad previsto en el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444, que la asunción de responsabilidad debe corresponder a quien incurrió en la conducta prohibida por ley y que, por tanto, la Administración no podrá hacer responsable a un sujeto imponiéndole sanciones por hechos cometidos por otros⁴⁰.

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional en el fundamento N° 21 de su sentencia dictada en el Expediente N° 2868-2004-AA/TC, ha señalado lo siguiente⁴¹:

"(...) es lícito que el Tribunal se pregunte si es que en un Estado constitucional de derecho es válido que una persona sea sancionada por un acto ilícito cuya realización se imputa a un tercero.

La respuesta no puede ser otra que la brindada en la STC 0010-2002-AI/TC: un límite a la potestad sancionatoria del Estado está representado por el principio de culpabilidad. Desde este punto de vista, la sanción, penal o disciplinaria, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico. En ese sentido, no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable. (...)

³⁹ Resolución N° 640-2007-OS/CD. Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN.

Artículo 31°.- Archivo

31.1. Procedimiento para archivar una instrucción preliminar

De acuerdo con lo establecido en el artículo 21.1 del presente reglamento, en caso que de la investigación preliminar de los hechos que presuntamente constituyen ilícitos administrativos, no se identifique materia sancionable o no se pueda determinar de forma cierta al presunto infractor o éste se haya extinguido o fallecido, el órgano instructor dispondrá, según corresponda y mediante informe, la conclusión y el archivo de la instrucción preliminar.

31.2. Procedimiento para archivar un procedimiento administrativo sancionador Iniciado el procedimiento administrativo sancionador, de determinarse que no se ha configurado ilícito administrativo alguno o no se pueda determinar de forma cierta al presunto infractor o éste se haya extinguido o fallecido, el Órgano Sancionador correspondiente dispondrá mediante resolución el archivo del procedimiento, la misma que deberá ser notificada al administrado.

⁴⁰ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima. 9° edición, 2011.

⁴¹ La sentencia recaída en el Expediente 2868-2004-AA/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02868-2004-AA.html>

Por tanto, el Tribunal Constitucional considera, prima facie, que si la sanción se impuso al recurrente porque terceros cometieron delitos, entonces ella resulta desproporcionada, puesto que se ha impuesto una sanción por la presunta comisión de actos ilícitos cuya autoría es de terceros.” (SIC) (El subrayado es nuestro)⁴²

En este contexto, considerando además que los procedimientos administrativos sancionadores tienen por finalidad determinar la ocurrencia de los hechos imputados a los administrados a título de infracción, de modo tal que acreditada su comisión, se impongan las sanciones legalmente establecidas; la tramitación de los mismos debe seguirse única y exclusivamente con aquel que incurrió en la comisión del ilícito administrativo sancionable, en el presente caso VOLCAN.

En tal sentido, aun cuando CERRO sea actualmente la titular de la Unidad CERRO DE PASCO, conforme consta del contenido del Asiento B00018 de la Partida Electrónica N° 11363057 y B00001 de la Partida Electrónica N° 12604031, correspondientes a VOLCAN y CERRO, respectivamente; así como de la escritura pública de fecha 01 de febrero de 2011, en mérito de la cual se realizaron las citadas inscripciones, ello no le otorga la calidad de administrada ni le autoriza ocupar la posición de VOLCAN, como responsable por la infracción sancionada al interior del presente procedimiento.

En efecto, además de lo expuesto, considerando que de acuerdo al numeral 7.2 del artículo 7° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, las normas ambientales, en general, son de orden público y deben aplicarse e interpretarse siguiendo, entre otros, los principios, lineamientos y normas contenidas en dicha Ley marco; de acuerdo al Principio de Responsabilidad Ambiental regulado en el artículo IX del Título Preliminar de esta Ley, la responsabilidad debe recaer sobre el causante de la degradación ambiental, de tal manera que los contratos privados carecen de idoneidad para modificar las reglas de derecho expuestas en el presente numeral⁴³.

⁴² Sobre los alcances de la citada sentencia, cabe citar a GUMÁN NAPURÍ, quien al explicar el Principio de Causalidad, indica:

“(…) Pero además lo que el Tribunal denomina erróneamente principio de culpabilidad es precisamente el principio que venimos tratando, que es el de causalidad, puesto que este es precisamente el que impide que una persona sea sancionada por una infracción que no ha cometido. Como ya lo hemos señalado, en materia del derecho administrativo sancionador el concepto de culpabilidad –que además es erróneo– posee una definición distinta que la que se emplea en el derecho penal”

GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Tratado de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo. Ediciones Caballero Bustamante. Lima. Primera edición, 2011

⁴³ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo IX.- Del principio de responsabilidad ambiental

El causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar.

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

Sobre el particular, Héctor Bibiloni señala lo siguiente:

"(...) La preservación del ambiente, por su misma esencia, siempre afecta derechos de terceros y, además, por la aplicación de los principios generales que la rigen, es una cuestión de orden público no disponible por las partes, por lo que excede del marco discrecional que el orden jurídico adjudica a la autonomía de la voluntad contractual (...)"⁴⁴ (El subrayado es nuestro)

Por lo tanto, corresponde desestimar lo solicitado por CERRO en este extremo.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 29325, Ley del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental; Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA y Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA; con la participación de los vocales Lenin William Postigo de la Motta, José Augusto Chirinos Cubas y Francisco José Olano Martínez, y la abstención de la vocal Verónica Violeta Rojas Montes;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- DECLARAR DE OFICIO LA NULIDAD de la Resolución Directoral N° 008-2010-OEFA/DFSAI de fecha 30 de diciembre de 2010, en el extremo referido a los fundamentos contenidos en los numerales 15 al 24, 70 y 71 del Rubro III de dicho acto administrativo; y, por consiguiente, disponer el **ARCHIVO** del presente procedimiento administrativo sancionador respecto al incumplimiento de la Recomendación N° 11 correspondiente a la primera fiscalización de 2006, por los fundamentos expuestos en el numeral 16 de la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo Segundo.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A. contra la Resolución Directoral N° 008-2010-OEFA/DFSAI de fecha 30 de diciembre de 2010, por los fundamentos expuestos en los numerales 11 al 15 de la parte considerativa de la presente Resolución; quedando agotada la vía administrativa.

Artículo Tercero.- NOTIFICAR la presente resolución a VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A y EMPRESA ADMINISTRADORA CERRO S.A.C.; y **REMITIR** el expediente a la

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.

⁴⁴ BIBILONI, Héctor Jorge. El Proceso Ambiental. Objeto. Competencia. Legitimación. Prueba. Recursos. Editorial LexisNexis, Buenos Aires. 1° edición, 2005

Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA para los fines correspondientes.

Regístrese y comuníquese.



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



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



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

