

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 055 - 2013-OEFA/TFA

Lima, 27 FEB. 2013

VISTO:

El Expediente N° 1626212-MEM¹ que contiene el recurso de apelación interpuesto por VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A.² (en adelante VOLCAN) contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 007292 de fecha 13 de mayo de 2010 y el Informe N° 059-2013-OEFA/TFA/ST de fecha 22 de febrero de 2013.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 007292 de fecha 13 de mayo de 2010 (fojas 646 al 651), notificada con fecha 14 de mayo de 2010, se impuso a VOLCAN una multa de ciento veintidós (122) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de cinco (05) infracciones, conforme al siguiente detalle:

¹ Corresponde precisar que el presente procedimiento administrativo sancionador se inició como consecuencia de los resultados de la supervisión regular de fecha 01 al 03 de julio de 2006, llevada a cabo en las instalaciones de la Unidad Minera Andaychagua, ubicada en el Anexo San José del Distrito de Huayhuay, Provincia de Yauli y Departamento de Junín, de titularidad de VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A., obrantes en el Informe de la Primera Fiscalización del 2006 de Normas de Protección y Conservación del Ambiente – Informe N° 015-2006-MINEC/MA (Fojas 16 a 303) y en el Informe Complementario al Informe de la Primera Fiscalización del 2006 de Normas de Protección y Conservación del Ambiente – Informe N° 010-2006-MINEC/MA-COMP (Fojas 400 a 617), elaborados por la Supervisora Externa Minera Interandina de Consultores S.R.L. – MINEC.

² VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A. identificada con Registro Único de Contribuyente (RUC) N° 20383045267.

N°	HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Incumplimiento del compromiso asumido en el Estudio de Impacto Ambiental aprobado por Resolución Directoral N° 204-2003-EM/DGAA ³ , por no haber construido una canaleta con cubierta de geomembrana, sobre la cual deberían estar instalados los tubos de transporte de relave desde la Planta Concentradora hasta el Depósito de Relaves.	Artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM ⁴ .	Segundo párrafo del numeral 3.1 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM ⁵ .	10 UIT
2	Incumplimiento del compromiso asumido en el Estudio de Impacto Ambiental aprobado por Resolución Directoral N° 204-2003-EM/DGAA, toda vez que el patio de recepción de mineral sigue siendo de tierra y no ha sido techado.	Artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM.	Segundo párrafo del numeral 3.1 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.	10 UIT

³ Resolución Directoral N° 204-2003-EM/DGAA de fecha 25 de abril de 2003, que aprueba la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto "Ampliación de la Planta Concentradora Andaychagua", presentado por VOLCAN COMPAÑIA MINERA S.A.A.

⁴ **DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO PARA LA PROTECCION AMBIENTAL EN LA ACTIVIDAD MINERO-METALURGICA.**

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

El tipo, número y ubicación de los puntos de control estarán de acuerdo a las características geográficas de cada región donde se encuentra ubicado el centro productivo. Estos registros estarán a disposición de la autoridad competente cuando lo solicite, bajo responsabilidad.

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.**

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. (...).

En estas infracciones, se comprende también a aquellos titulares que hayan iniciado operaciones sin tener aprobado el correspondiente Estudio de Impacto Ambiental o que teniéndolo aprobado incumplan los compromisos asumidos en dicho estudio.

3	En el punto de control E-607, correspondiente a la descarga del depósito de relaves, ubicado en la tubería de drenaje (quena) antes de unirse con la descarga del canal de derivación del río Andaychagua, se reportaron valores para el parámetro Zn que incumplen el Límite Máximo Permisible establecido en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ⁶ .	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ⁷ .	Numeral 3.2 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ⁸ .	50 UIT
---	---	--	--	--------

⁶ Cabe precisar que de acuerdo a lo señalado en el sub-numeral 3.3. del Numeral 3 de la parte considerativa de la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 007292, el detalle del resultado obtenido en el punto de monitoreo E-607 es el que sigue:

Punto de Monitoreo	Parámetros	Anexo 1 Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Resultados del análisis (mg/L)
E-607	Zn	3 mg/l	3.476 mg/l

⁷ 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
Plomo (mg/l)	0.4	0.2
Cobre (mg/l)	1.0	0.3
Zinc (mg/l)	3.0	1.0
Hierro (mg/l)	2.0	1.0
Arsénico (mg/l)	1.0	0.5
Cianuro total (mg/l) *	1.0	1.0

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

⁸ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM. APRUEBAN ESCALA DE MULTAS Y PENALIDADES A APLICARSE POR INCUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES DEL TUO DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA Y SUS NORMAS REGLAMENTARIAS.

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. (...).

4	Tener una descarga de aguas domésticas no autorizada en un estudio ambiental.	Artículo 7° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ⁹	Numeral 3.4 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM ¹⁰ .	50 UIT
5	Incumplimiento de la Recomendación N° 4 correspondiente a la segunda supervisión del año 2005: "En la nueva cancha de desmonte N° 8, implementar canales de coronación y derivación, que permitan controlar las aguas de escorrentía y filtración" ¹¹ .	Tercer párrafo del numeral 3.1 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM ¹² .		02 UIT
MULTA TOTAL				122 UIT

⁹ **RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 011-96-EM/VMM. APRUEBA LOS NIVELES MÁXIMOS PERMISIBLES PARA EFLUENTES LÍQUIDOS PARA LAS ACTIVIDADES MINERO – METALÚRGICAS.**

Artículo 7°.- Los titulares mineros están obligados a establecer en el EIA y/o PAMA o Declaración Jurada de PAMA, un punto de control en cada efluente líquido minero-metalúrgico, a fin de determinar la concentración de cada uno de los parámetros regulados y el volumen de descarga en metros cúbicos por día, que será medido al momento de efectuar la toma de la muestra. Dicho punto de control deberá ser identificado de acuerdo a la ficha del Anexo 3 que forma parte de la presente Resolución Ministerial.

¹⁰ **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.

3.4. La descarga de relaves y desechos, así como la emisión de gases o polvos al ambiente en general, sin contar con la autorización correspondiente será sancionada de acuerdo a la tabla siguiente:

	SANCION POR OCURRENCIA		
	1ª Vez	2ª Vez	3ª Vez
Productores Mineros en general	Multa de 50 UIT	Multa de 600 UIT	Paralización de actividades
Pequeño Productor Minero	Multa de 5 UIT	Multa de 60 UIT	Paralización de actividades

¹¹ De acuerdo al Informe de la Segunda Fiscalización – 2005. Normas de Protección y Conservación del Ambiente "U.E.A. Andaychagua. Volcan Compañía Minera S.A.A., elaborado por la Supervisora Externa BO CONSULTING S.A., durante la supervisión realizada del 03 al 05 de noviembre de 2005 en la Unidad Minera Andaychagua, de titularidad de VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A., se constató la existencia de un nuevo botadero (N° 8) de desmontes de la mina, el cual venía operando sin mayores controles ambientales. En ese sentido, se formuló la Recomendación N° 4, materia de incumplimiento (Foja 17 del expediente N° 1574177): "En la nueva cancha de desmontes (N° 8), implementar canales de coronación y derivación, que permitan controlar las aguas de escorrentía y filtración respectiva".

¹² **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 en los diferentes procesos de fiscalización. Para el caso de PPM la multa adicional será de 0.5 UIT por cada recomendación incumplida. (...).

2. Con escrito de registro N° 1361167 (Fojas 657 al 683) de fecha 04 de junio de 2010, complementado con escrito de registro N° 1361500 (Fojas 685 al 716) de fecha 07 de junio de 2010, VOLCAN interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 007292 de fecha 13 de mayo de 2010, conforme a los siguientes fundamentos:

- a) Se ha vulnerado el Principio de Tipicidad, establecido en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, toda vez 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.
- b) Se ha vulnerado el Principio de Causalidad previsto en el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444, ya que los hechos imputados no calzan con el supuesto fáctico del artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, norma supuestamente infringida.
- c) Se ha vulnerado el Principio del *Non Bis In Ídem*, previsto en el numeral 10 del artículo 230° de la Ley N° 27444, porque existe un procedimiento administrativo sancionador iniciado con anterioridad al presente, con Oficio N° 315-2009-OS-GFM, existiendo entre ambos identidad de sujeto, hecho y fundamento.
- d) Se ha transgredido los Principios de Legalidad y Tipicidad pues se ha sancionado a la recurrente bajo una interpretación extensiva del numeral 3.2 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, el cual exige que el daño ambiental haya quedado demostrado durante la investigación respectiva, lo que no ha ocurrido en el presente caso, toda vez que en ningún extremo del Informe de Supervisión se establece que las actividades de la recurrente hayan causado un daño al medio ambiente.

En efecto, en el considerando 3.3 de la resolución recurrida, la Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería supone el menoscabo material al ambiente, vulnerando de ese modo el supuesto fáctico del referido tipo infractor, según el cual el daño ambiental debe ser probado en la investigación correspondiente.

- e) Asimismo, la sola verificación del exceso de los Límites Máximos Permisibles (LMP) no determina *per se* la configuración de un menoscabo material al ambiente o sus componentes, que genere además efectos negativos actuales o potenciales, como erróneamente se argumenta en la resolución apelada.
- f) Del mismo modo, no se ha verificado la relación de causalidad entre la conducta imputada a VOLCAN y el supuesto daño ambiental ocasionado.

- g) En ese sentido, la Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería ha hecho un ejercicio abusivo de su potestad sancionadora al sustentar sus argumentos con interpretaciones contrarias a Derecho, sancionando a VOLCAN sin haber acreditado 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.
- h) Se ha vulnerado el Principio de Causalidad previsto en el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444, ya que los hechos imputados no calzan con el supuesto fáctico del artículo 7° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM-VMM, norma supuestamente infringida.
- i) En el Informe de Supervisión se concluye que la recurrente cumplió con la Recomendación N° 4 correspondiente a la Supervisión 2005-II en un 50%. En todo caso, el detalle de que los canales deban ser ciclópeos, de concreto o mixtos, constituiría una nueva recomendación.

Competencia

- 3. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013¹³, 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).
- 4. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental¹⁴, 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.
- 5. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la citada Ley N° 29325, dispone que mediante Decreto Supremo refrendado por los sectores

¹³ DECRETO LEGISLATIVO N° 1013. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE.
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES.

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.

¹⁴ 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.

involucrados se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA¹⁵.

6. 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.
7. En adición, el artículo 10° de la citada Ley N° 29325¹⁶, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM¹⁷, y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, modificado por Resolución del Consejo Directivo N° 014-2012-OEFA/CD¹⁸, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es

¹⁵ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES. 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ DECRETO SUPREMO N° 022-2009-MINAM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL OEFA.

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.

¹⁸ 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.

el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA.

Norma Procedimental Aplicable

8. 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 intervinientes¹⁹.

Al respecto, cabe indicar que a la fecha del inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD; siendo aplicable posteriormente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución N° 012-2012-OEFA/CD, con vigencia desde el 14 de diciembre de 2012²⁰.

Análisis

Protección constitucional al ambiente

9. 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 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, constituye derecho fundamental de la persona *“gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”*²¹.

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

¹⁹ 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.

²⁰ RESOLUCIÓN N° 012-2012-OEFA/CD. APRUEBAN NUEVO REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL – OEFA. Artículo 3°.- Disponer que las disposiciones de carácter procesal del presente Reglamento se aplicarán a los procedimientos administrativos sancionador en trámite, en la etapa en que se encuentren.

²¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

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.

Pleno del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 0048-2004-AI, en su Fundamento N° 27, señaló lo siguiente²²:

“(…) 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 vivientes 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 — vivientes e inanimados— sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivientes (plantas, animales y microorganismos).

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 viviente, 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, 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 otros²³.

²² 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>

²³ 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.

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 por²⁴:

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

Respecto a la transgresión del Principio de Tipicidad

10. Con relación a lo alegado en el literal a) del numeral 2, resulta oportuno precisar que dentro de las exigencias derivadas del Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, encontramos la de exhaustividad suficiente en la descripción de la conducta prohibida, de modo tal que se identifiquen los elementos de la conducta sancionable²⁵.

²⁴ 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>

²⁵ 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: (...)

En tal sentido, considerando que la recurrente cuestiona el aspecto descrito en el párrafo precedente, corresponde determinar si los numerales 3.1 y 3.2 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM satisfacen dicho aspecto específico del Principio de Tipicidad, al ser la norma tipificadora aplicable al presente caso.

Al respecto, cabe indicar que el numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, señala lo siguiente:

*"3.1 **Infracciones de las disposiciones referidas a medio ambiente contenidas en el TUO, Código del Medio Ambiente o Reglamento de Medio Ambiente, aprobado por D.S. N° 016-93-EM y su modificatoria aprobado por D.S. N° 059-93-EM; D.S. N° 038-98-EM, Reglamento Ambiental para Exploraciones; D. Ley N° 25763, Ley de Fiscalización por Terceros y su Reglamento aprobado por D.S. N° 012-93-EM, Resoluciones Ministeriales N°s. 011-96-EM/VMM, 315-96-EM/VMM y otras normas modificatorias y complementarias, que sean detectadas como consecuencia de la fiscalización o de los exámenes especiales el monto de la multa será de 10 UIT por cada infracción, hasta un máximo de 600 UIT. En los casos de pequeño productor minero la multa será de 2 UIT por infracción (...).**"* (El resaltado en negrita es nuestro).

Adicionalmente en el numeral 3.2 del punto 3 de la referida norma se establecen 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 experiencia²⁶. 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.

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 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.

²⁶ 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>

Ahora bien, en cuanto al artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, se tiene que dispone, entre otros, que es obligación del titular minero poner en marcha y mantener programas de previsión y control contenidos en el Estudio de Impacto Ambiental y/o Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, basados en sistemas adecuados de muestreo, análisis químicos, físicos y mecánicos, que permitan evaluar y controlar en forma representativa los efluentes o residuos líquidos y sólidos, las emisiones gaseosas, los ruidos y otros que puedan generar su actividad, por cualquiera de sus procesos cuando éstos pudieran tener un efecto negativo sobre el medio ambiente. Ello se condice, además, con lo dispuesto en el artículo 74° y el numeral 1 del artículo 75° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, que establecen el régimen de responsabilidad general por los efectos negativos derivados del desarrollo de actividades productivas²⁷.

En esta misma línea, el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM establece como obligación ambiental fiscalizable que los resultados analíticos obtenidos para cada parámetro regulado a partir de las muestras provenientes de los efluentes minero-metalúrgicos, deberán cumplir con los Límites Máximos Permisibles (LMP) regulados en su Anexo 1; mientras que el artículo 7° de la citada norma señala que los titulares mineros están obligados a establecer en el instrumento de gestión ambiental correspondiente, un punto de control en cada efluente líquido minero-metalúrgico, a fin de determinar la concentración de cada uno de los parámetros regulados y el volumen de descarga en metros cúbicos por día, que será medido al momento de efectuar la toma de la muestra.

Al respecto, cabe señalar que las obligaciones citadas en el párrafo anterior son de tipo permanente, cuyo incumplimiento acarrea la configuración de daño ambiental descrito en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611²⁸.

En este contexto, deviene válido concluir que el incumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables contenidas en los artículos 4° y 7° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, y en el artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, constituyen infracciones sancionables conforme a los tipos contenidos en los numerales 3.1 y 3.2 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, respectivamente²⁹.

²⁷ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 74°.- De la responsabilidad general

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

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

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

²⁸ Sobre la configuración del daño ambiental como consecuencia del incumplimiento de los LMP corresponde remitirse al numeral 13 de la presente resolución.

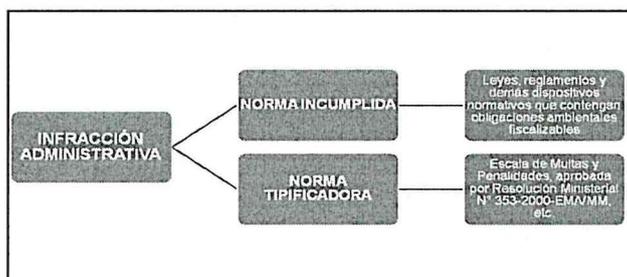
²⁹ En este sentido, se aprecia que las conductas ilícitas tipificadas en los numerales 3.1 y 3.2 del Anexo de la Resolución N° 353-2000-EM/VMM, constituyen infracciones precisas e inequívocas, respecto del incumplimiento de las

En atención a lo expuesto, se considera que las infracciones tipificadas en los numerales 3.1 y 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM no contravienen el contenido del Principio de Tipicidad, en el aspecto relativo a la exhaustividad en la descripción de la conducta típica³⁰.

Respecto al incumplimiento del Estudio de Impacto Ambiental aprobado por Resolución Directoral N° 204-2003-EM/DGAA y el Principio del Non Bis In Idem.

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.

³⁰ 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:



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

<p>Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Norma incumplida: Artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM • Obligación ambiental fiscalizable: Poner en marcha y mantener programas de prevención y control contenidos en el EIA y/o Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, que permitan evaluar y controlar en forma representativa los efluentes o residuos líquidos y sólidos, las emisiones gaseosas, los ruidos y otros que puedan generar su actividad, por cualquiera de sus procesos, cuando éstos pudieran tener un efecto negativo sobre el medio ambiente (riesgo y daño ambiental).
<p>Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Norma incumplida: Artículo 7° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM • Obligación ambiental fiscalizable: Establecer en el instrumento de gestión ambiental correspondiente, un punto de control en cada efluente líquido minero-metalúrgico, a fin de determinar la concentración de cada uno de los parámetros regulados y el volumen de descarga en metros cúbicos por día, que será medido al momento de efectuar la toma de la muestra
<p>Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Norma incumplida: Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM • Obligación ambiental fiscalizable: los efluentes líquidos mineros-metalúrgicos deben cumplir, en todo momento, con los LMP aplicables a los parámetros previstos en el Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM

11. En relación a lo señalado en el literal c) del numeral 2, cabe indicar que los artículos 18° y 25° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, prevén que los Estudios de Impacto Ambiental en su calidad de instrumentos de gestión, incorporan aquellos programas y compromisos que, con carácter obligatorio, tienen como propósito evitar o reducir a niveles tolerables, el impacto al medio ambiente generado por las actividades productivas³¹.

Por su parte, de acuerdo al artículo 6° de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, dentro del procedimiento de certificación ambiental se debe seguir diversas etapas, entre las cuales se tiene la de revisión del EIA, lo que significa que luego de la presentación del estudio original por el titular minero, éste es sometido a examen por la autoridad competente³².

En efecto, en el marco de los artículos 5° y 6° del Decreto Supremo N° 053-99-EM, que establece las disposiciones para uniformizar los procedimientos administrativos ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas, y el artículo 12° de la Ley N° 27446, dicha autoridad se encuentra autorizada a formular observaciones al estudio original, las mismas que una vez absueltas por el titular formarán parte, ambas, del instrumento de gestión ambiental que se apruebe³³.

³¹ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 18°.- Del cumplimiento de los instrumentos

En el diseño y aplicación de los instrumentos de gestión ambiental se incorporan los mecanismos para asegurar su cumplimiento incluyendo, entre otros, los plazos y el cronograma de inversiones ambientales, así como los demás programas y compromisos.

Artículo 25°.- De los Estudios de Impacto Ambiental

Los Estudios de Impacto Ambiental - EIA son instrumentos de gestión que contienen una descripción de la actividad propuesta y de los efectos directos o indirectos previsibles de dicha actividad en el medio ambiente físico y social, a corto y largo plazo, así como la evaluación técnica de los mismos. Deben indicar las medidas necesarias para evitar o reducir el daño a niveles tolerables e incluirá un breve resumen del estudio para efectos de su publicidad. La ley de la materia señala los demás requisitos que deban contener los EIA.

³² LEY N° 27446. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL.

Artículo 6°.- Procedimiento para la certificación ambiental

El procedimiento para la certificación ambiental constará de las etapas siguientes:

1. Presentación de la solicitud;
2. Clasificación de la acción;
3. Revisión del estudio de impacto ambiental;
4. Resolución; y,
5. Seguimiento y control

³³ LEY N° 27446. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL.

Artículo 12°.- Resolución de certificación ambiental

12.1 Culminada la revisión del estudio de impacto ambiental, la autoridad competente emitirá la resolución que aprueba o desaprueba dicho estudio indicando las consideraciones técnicas y legales que apoyan la decisión, así como las condiciones adicionales surgidas de la revisión del estudio de impacto ambiental si las hubiera.

12.2 La resolución que aprueba el estudio de impacto ambiental constituirá la certificación ambiental, quedando así autorizada la ejecución de la acción o proyecto propuesto.

DECRETO SUPREMO N° 053-99-EM. ESTABLECEN DISPOSICIONES DESTINADAS A UNIFORMIZAR PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ANTE LA DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS AMBIENTALES.

Artículo 5°.- De existir observaciones en el EIA, EIAP, EA, PEMA, Plan de Cierre o Abandono, así como en su ampliación o modificación, y en la modificación del PAMA, la Dirección General de Asuntos Ambientales notificará por escrito al titular de la actividad para que en un plazo máximo de noventa (90) días pueda levantar las observaciones planteadas, después de los cuales la autoridad podrá declarar en abandono la solicitud de aprobación.

Artículo 6°.- Si, en un plazo máximo de treinta (30) días calendario, contados a partir de la recepción del levantamiento de las observaciones, la DGAA no se pronuncia sobre dicho levantamiento, los estudios y documentos a que se refiere el artículo anterior, se darán por aprobados.

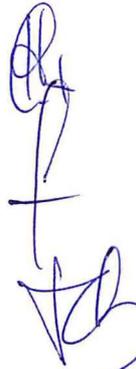
Lo expuesto en el párrafo precedente se explica en el sentido que, tanto la formulación como el levantamiento de observaciones al EIA propuesto por el titular minero, se realizan mediante la expedición de informes por parte de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros al interior del procedimiento de aprobación; siendo que en el caso de informes de levantamiento de observaciones, tales informes recogen los compromisos asumidos por el titular en respuesta a estas últimas, razón por la cual dichos informes integran el EIA finalmente aprobado por la resolución directoral emitida al afecto, la que constituye la Certificación Ambiental.

Así las cosas, resulta oportuno señalar que una vez obtenida la Certificación Ambiental, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 55° del Reglamento de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-EM, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" con fecha 19 de marzo de 2009, será responsabilidad del titular de la actividad cumplir con todas las obligaciones para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, compensar y manejar los impactos ambientales señalados en el Estudio de Impacto Ambiental³⁴.

En este contexto normativo, conviene indicar que la exigibilidad de todos los compromisos ambientales asumidos en los EIA por parte del titular minero, se deriva de lo dispuesto en el artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, el cual traslada a los titulares mineros la obligación de poner en marcha y mantener la totalidad de los programas de previsión y control contenidos en sus instrumentos de gestión ambiental, llámese Estudio de Impacto Ambiental y/o Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, debidamente aprobados.

Por lo tanto, a efectos de sancionar el incumplimiento de cualquier compromiso ambiental derivado de los instrumentos de gestión ambiental antes mencionados, corresponde identificar el compromiso específico y su ejecución según el cronograma y demás especificaciones contenidas en el estudio ambiental de que se trate.

- 
- a) Sobre la falta de construcción de una canaleta con cubierta de geomembrana, sobre la cual deberían estar instalados los tubos de transporte de relave desde la Planta Concentradora hasta el Depósito de Relaves.



³⁴ REGLAMENTO DE LA LEY N° 27446, LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. DECRETO SUPREMO N° 019-2009-EM.

Artículo 55°.- Resolución aprobatoria

La Resolución que aprueba el EIA constituye la Certificación Ambiental, por lo que faculta al titular para obtener las demás autorizaciones, licencias, permisos u otros requerimientos que resulten necesarios para la ejecución del proyecto de inversión.

La Certificación Ambiental obliga al titular a cumplir con todas las obligaciones para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, compensar y manejar los impactos ambientales señaladas en el Estudio de Impacto Ambiental. Su cumplimiento está sujeto a sanciones administrativas e incluso puede ser causal de cancelación de la Certificación Ambiental.

El otorgamiento de la Certificación Ambiental no exime al titular de las responsabilidades administrativas, civiles o penales que pudieran derivarse de la ejecución de su proyecto, conforme a ley. (El subrayado es nuestro).

Sobre el particular, de la revisión de la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto "Ampliación de la Planta Concentradora Andaychagua", aprobado por Resolución Directoral N° 204-2003-EM/DGAA en fecha 25 de abril de 2003, se observa lo siguiente:

"6. CONTROL Y MITIGACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA ACTIVIDAD

6.1. PLAN DE MANEJO AMBIENTAL

(...)

A continuación se describen las medidas de mitigación de impactos previstos para los medios físico, biológico y socioeconómico en la ampliación de la planta concentradora, las obras de derivación de agua y el recrecimiento del antiguo depósito de relaves, tanto en las fases de construcción y operación(...)

6.1.2. ETAPA DE OPERACIÓN

6.1.2.1. MEDIO FÍSICO

6.1.2.1.1. CANTIDAD Y CALIDAD DEL AGUA

(...)

6.1.2.1.1.2. DEPÓSITO DE RELAVES

(...)

- *Los eventuales derrames de relaves que pudieran producirse deberán ser controlados instalando las tuberías de conducción en canaletas, cuya superficie deberá estar protegida con una membrana plástica impermeable. La canaleta tendrá por objeto contener eventuales derrames, evitándose de ese modo la contaminación de las zonas contiguas. La membrana impermeable garantizará que no ocurran filtraciones hacia el subsuelo".*

(Foja 140 del Expediente N° 1325813).

En ese contexto, habiéndose identificado la existencia de un compromiso ambiental en el citado EIA, resulta necesario establecer si dicha obligación fue ejecutada por la recurrente.

Sobre el particular, de acuerdo a lo señalado en el *Informe de la Primera Fiscalización del 2006 de Normas de Protección y Conservación del Ambiente – Informe N° 015-2006-MINEC/MA*, elaborado por la Supervisora Externa MINERA INTERANDINA DE CONSULTORES S.R.L. – MINEC, durante la visita de supervisión realizada los días 01 al 03 de julio de 2006 se verificó lo siguiente (Foja 55):

"4.1.2. VERIFICACIÓN DE LOS COMPROMISOS ESTABLECIDOS EN EIA – AMPLIACIÓN DE LA CAPACIDAD DE TRATAMIENTO DE LA PLANTA CONCENTRADORA ANDAYCHAGUA

PROYECTO 2. CALIDAD DE AGUAS DEL DEPÓSITO DE RELAVES.

c. Estado de la Obra.

No se ha instalado la canaleta cuya superficie deberá estar protegida por una membrana impermeable, con la finalidad de contener los

eventuales derrames de relaves, evitando la contaminación de las zonas contiguas.

Conforme a lo anterior, en el presente procedimiento ha quedado acreditado de manera razonable y suficiente que a pesar de la exigibilidad del compromiso ambiental citado en este punto, VOLCAN no cumplió con ejecutar el mismo; razón por la cual ha sido sancionada en primera instancia administrativa con una multa de diez (10) Unidades Impositivas Tributarias, según lo previsto en el segundo párrafo del numeral 3.1 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.

b) *Sobre la verificación de que el patio de recepción de mineral sigue siendo de tierra y no ha sido techado*

Sobre el particular, de la revisión de la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto "Ampliación de la Planta Concentradora Andaychagua", aprobado por Resolución Directoral N° 204-2003-EM/DGAA el 25 de abril de 2003, se observa lo siguiente:

"6. CONTROL Y MITIGACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA ACTIVIDAD

6.1. PLAN DE MANEJO AMBIENTAL

(...)

A continuación se describen las medidas de mitigación de impactos previstos para los medios físico, biológico y socioeconómico en la ampliación de la planta concentradora, las obras de derivación de agua y el recrecimiento del antiguo depósito de relaves, tanto en las fases de construcción y operación (...)

6.1.2. ETAPA DE OPERACIÓN

6.1.2.1. MEDIO FÍSICO

(...)

6.1.2.1.2. CALIDAD DEL AIRE

6.1.2.1.2.1. PLANTA CONCENTRADORA

- *El patio de recepción de mineral será techado y revestido de un piso de concreto, evitando así la pérdida de mineral por efecto del intemperismo (viento y lluvia) y la contaminación de los suelos"*

(Foja 140 del Expediente N° 1325813)

En ese contexto, habiéndose identificado la existencia de un compromiso ambiental en el citado EIA, resulta necesario establecer si dicha obligación fue ejecutada por la recurrente.

Sobre el particular, de acuerdo a lo señalado en el *Informe de la Primera Fiscalización del 2006 de Normas de Protección y Conservación del Ambiente – Informe N° 015-2006-MINEC/MA*, elaborado por la Supervisora Externa MINERA INTERANDINA DE CONSULTORES S.R.L. – MINEC, durante la visita de supervisión realizada los días 01 al 03 de julio de 2006 se verificó lo siguiente (Foja 55):

**“4.1.2. VERIFICACIÓN DE LOS COMPROMISOS ESTABLECIDOS EN EIA – AMPLIACIÓN DE LA CAPACIDAD DE TRATAMIENTO DE LA PLANTA CONCENTRADORA ANDAYCHAGUA
PROYECTO 3. CALIDAD DE AIRE EN LA PLANTA CONCENTRADORA**

a. Componentes y mantenimiento sostenido del Proyecto.

Volcan Cía. Minera S.A.A. no ha cumplido con este compromiso contraído en el EIA, en la fecha de la inspección el patio de recepción de mineral (cancha de mineral de cabeza) es de tierra y no se ha techado el área por lo que se considera un cumplimiento físico del 0%”.

Conforme lo anterior, en el presente procedimiento ha quedado acreditado de manera razonable y suficiente que a pesar de la exigibilidad del compromiso ambiental citado en este punto, VOLCAN no cumplió con ejecutar el mismo; razón por la cual ha sido sancionada en primera instancia administrativa con una multa de diez (10) Unidades Impositivas Tributarias, según lo previsto en el Segundo Párrafo del Numeral 3.1 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.

No obstante lo anterior, debe indicarse que el Principio del *Non Bis In Idem* establecido en el numeral 10 del artículo 230° de la Ley N° 27444, indica que no se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho, en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento³⁵.

Al respecto, sobre el contenido del referido principio jurídico, implícito en el Derecho al Debido Proceso contenido en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política de 1993, el Tribunal Constitucional, en su sentencia recaída en el Expediente N° 2050-2000-AA/TC, ha señalado que éste tiene una doble configuración, a saber³⁶:

“a. En su formulación material, el enunciado según el cual, «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. (...)”

³⁵ 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: (...)

10. **Non bis in ídem.**- No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

³⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

La sentencia recaída en el Expediente 02050-2002-AA/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02050-2002-AA.html>

b. En su vertiente procesal, tal principio significa que «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos», es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto (...)"

En tal sentido, a fin de determinar si la confirmación de lo resuelto en este extremo a través de la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 007292 de fecha 13 de mayo de 2010, vulnera el Principio del *Non Bis In Idem*, este Tribunal Administrativo considera pertinente analizar el contenido de la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 007801 de fecha 25 de junio de 2010³⁷, correspondiente al procedimiento administrativo sancionador tramitado en el Expediente N° 1658109³⁸, a efectos de verificar si se ha producido la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, conforme a lo alegado por VOLCAN.

Sobre el particular, corresponde precisar que a través de la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 007801 de fecha 25 de junio de 2010, se sancionó a la recurrente por la infracción, entre otros, de lo establecido en el artículo 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, según lo dispuesto en el segundo párrafo del numeral 3.1 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, al haber incumplido con los siguientes dos (2) compromisos contenidos en la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto "Ampliación de la Planta Concentradora Andaychagua":

- a) Incumplimiento del Proyecto 2 (Calidad de Aguas del Depósito de Relaves) del EIA: "No se instaló la canaleta cuya superficie debía estar protegida por una membrana impermeable, con la finalidad de contener eventuales derrames de relaves".
- b) Incumplimiento del Proyecto 3 (Calidad de Aire en la Planta Concentradora del EIA: "El patio de recepción de mineral (cancha de mineral de cabeza) no está techado y revestido de un piso de concreto que evite pérdida de mineral por efecto del intemperismo (viento y lluvias)".

De lo expuesto, se advierte que con relación al contenido del presente procedimiento sancionador, se constata la existencia de los siguientes niveles de identidad:

³⁷ Cabe precisar que la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 007801 de fecha 25 de junio de 2010, fue notificada el 30 de junio de 2010, y no fue impugnada dentro del plazo concedido para la interposición de recursos administrativos, por lo que adquirió el carácter de acto firme.

³⁸ El procedimiento administrativo sancionador tramitado con expediente N° 1658109 se inició como consecuencia de los resultados de la supervisión regular de fecha 06 al 08 de noviembre de 2006, llevada a cabo en las instalaciones de la Unidad Minera Andaychagua, ubicada en el Anexo San José del Distrito de Huayhuay, Provincia de Yauli y Departamento de Junín, de titularidad de VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A., obrantes en el Informe de la Segunda Fiscalización del 2006 de Normas de Protección y Conservación del Ambiente – Informe N° 017-2006-MINEC/MA y en el Informe Complementario al Informe de la Segunda Fiscalización del 2006 de Normas de Protección y Conservación del Ambiente – Informe N° 001-2007-MINEC/MA-COMP, elaborados por la Supervisora Externa Minera Interandina de Consultores S.R.L. – MINEC.

- I. *Identidad de sujeto*: Por cuanto la pretensión punitiva estatal recae, en ambos procedimientos, sobre VOLCAN.
- II. *Identidad de hecho*: Los hechos constitutivos de las infracciones sancionadas en ambos procedimientos coinciden en lo relativo al incumplimiento de dos (2) compromisos ambientales contenidos en la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental del Proyecto "Ampliación de la Planta Concentradora Andaychagua".
- III. *Identidad de fundamento*: Por tratarse del incumplimiento del artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, el bien jurídico protegido en ambos casos es el medio ambiente, entendido éste dentro de los términos de lo expuesto en el numeral 9 de la presente Resolución.

De acuerdo a lo anterior, se concluye que confirmar en este extremo lo resuelto por la primera instancia administrativa, constituiría una vulneración al Principio del *Non Bis In Idem* en su dimensión material, toda vez que mediante la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 007801 de fecha 25 de junio de 2010, que adquirió el carácter de acto firme al no haber sido impugnada dentro del plazo previsto por el artículo 207° de la Ley N° 27444³⁹, se ha impuesto a VOLCAN una sanción por los mismos hechos y fundamento que sustentaron una de las infracciones sancionadas a través del acto administrativo recurrido en el presente procedimiento; correspondiendo estimar lo alegado por la recurrente en este extremo.

Atendiendo a lo señalado en el numeral anterior, carece de objeto emitir pronunciamiento respecto del argumento contenido en el literal b) del numeral 2 de la presente Resolución.

En cuanto a la verificación del daño ambiental durante la supervisión

12. Con relación al argumento contenido en el literal d) del numeral 2, resulta oportuno indicar que el Principio de Legalidad, recogido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, prevé que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas⁴⁰.

³⁹ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.
Artículo 207.- Recursos administrativos.

(...)
207.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días.

⁴⁰ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.
TÍTULO PRELIMINAR.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.

1.1. Principio de Legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

En esa misma línea, el Principio de Tipicidad regulado en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, impone a la Administración, entre otros, el deber de realizar una adecuada subsunción de los hechos a la descripción típica de la infracción imputada, rechazándose la interpretación extensiva o aplicación analógica de la norma tipificadora.

En tal contexto, VOLCAN ha señalado que la Gerencia General del OSINERGMIN habría realizado una aplicación extensiva del numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, toda vez que el daño no se habría demostrado durante la supervisión, conforme a lo exigido por dicho tipo legal. Al respecto, alega que en ningún extremo del Informe de Supervisión se habría establecido que las actividades de la apelante hubieran causado un daño al ambiente.

Sobre el particular, resulta oportuno señalar que la infracción imputada a VOLCAN, tipificada en el numeral 3.2 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, involucra 02 (dos) elementos como parte de su supuesto de hecho:

- a) Incumplimiento del artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, por exceso de los LMP.
- b) Que el exceso de los LMP detectados durante la supervisión origine un daño al ambiente.

En cuanto al elemento previsto en el literal a), corresponde remitirse a lo indicado en el numeral 13 de la presente Resolución, en el sentido que el exceso del LMP aplicable al parámetro Zn, reportado en el punto de monitoreo E-607, se encuentra debidamente acreditado conforme los resultados contenidos en el Informe de Ensayo N° 4619 (Foja 508) emitido por el laboratorio CORPLAB PERÚ S.A.C.

Al mismo tiempo, con relación al elemento descrito en el literal b), resulta oportuno señalar que conforme se desprende del Cuadro N° 7 de "Ubicación de Puntos de Monitoreo - Efluentes" (Foja 416) del *Informe Complementario al Informe de la Primera Fiscalización del 2006 de Normas de Protección y Conservación del Ambiente* – Informe N° 010-2006-MINEC/MA-COMP, elaborado por la Supervisora Externa MINERA INTERANDINA DE CONSULTORES S.R.L. – MINEC, el muestreo realizado en el punto de control E-607 se llevó a cabo entre los días 01 y 03 de julio de 2006, esto es, durante el procedimiento de supervisión regular efectuado en las instalaciones de la recurrente por la citada Supervisora Externa, el cual arrojó resultados que exceden el LMP aplicable en uno de los parámetros supervisados.

En esta misma línea, resulta oportuno precisar que contrariamente a lo expuesto por VOLCAN, el tipo infractor no exige que la Supervisora Externa sea quien determine la configuración o no del daño ambiental, toda vez que de acuerdo a los numerales 28.3 y 28.5 del artículo 28° del Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras, aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD, aplicable al presente caso, correspondía a las Gerencias de Línea de

OSINERGMIN (hoy al OEFA) evaluar el contenido de los Informes de Supervisión y determinar la naturaleza de los hechos constatados por la Supervisora Externa, contando además con la facultad de iniciar el respectivo procedimiento sancionador de considerar que éstos constituyen infracción administrativa⁴¹.

Por tal motivo, si bien en el mencionado Informe no se señala textualmente que se haya causado un daño al ambiente, dicho instrumento sí concluye que se excedió el LMP aplicable al parámetro Zn, configurándose así la situación de daño ambiental definida en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611⁴². Esto, a su vez, fue determinado por el OSINERGMIN a través de la resolución recurrida, en ejercicio de las potestades descritas en el párrafo anterior; debiendo considerarse que, en todo caso, los hechos que configuraron la situación de daño ambiental, fueron constatados durante la supervisión especial realizada en las instalaciones de VOLCAN.

Por lo expuesto, habiéndose acreditado la configuración de los componentes del supuesto de hecho de la infracción sancionada, se concluye que no se ha vulnerado los Principios de Legalidad y Tipicidad en el sentido expuesto por la recurrente, correspondiendo desestimar lo alegado sobre el particular.

Sobre la configuración de daño ambiental por exceso de LMP

13. Con relación a lo alegado en el literal e) del numeral 2, conviene señalar que por disposición del Principio del Debido Procedimiento, establecido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, los administrados tienen el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho, lo que implica que los pronunciamientos de la autoridad administrativa deben sustentarse en la debida aplicación e interpretación del conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico vigente.

En este contexto normativo, considerando que VOLCAN cuestiona la configuración del daño ambiental como consecuencia del incumplimiento de los LMP, el mismo que constituye elemento normativo de la infracción grave tipificada en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-

⁴¹ RESOLUCIÓN N° 324-2007-OS/CD. REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS.

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

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

28.4.- El incumplimiento de las medidas o acciones que deberá tomar el responsable de la actividad supervisada para la subsanación o levantamiento de las observaciones notificadas o de las disposiciones emitidas por la Gerencia de Fiscalización correspondiente, la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente, dentro del plazo otorgado para la subsanación o levantamiento, podrá dar lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador y la imposición de las sanciones correspondientes.

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

⁴² Sobre la configuración del daño ambiental como consecuencia del incumplimiento de los LMP corresponde remitirse al numeral 13 de la presente resolución.

EM/VMM, resulta de vital importancia determinar los alcances de la categoría "daño ambiental" en este supuesto⁴³.

Al respecto, el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611⁴⁴, 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 potenciales⁴⁵.

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

⁴³ 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.

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.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ 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>.

conforman, y que perjudican su calidad física o química, alterando su estado natural en mayor o menor medida.

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 potenciales⁴⁶. 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 nocivos⁴⁷.

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/VMMM, configura el supuesto de daño ambiental, cuyos efectos negativos 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 LMP⁴⁸.

Por lo expuesto, el exceso del LMP aplicable al parámetro Zn reportado en el punto de monitoreo E-607 configura la situación de daño ambiental definida en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, exceso de los LMP que se encuentra acreditado con los resultados contenidos en el Informe de Ensayo N° 4619 (Foja 508) emitido por el laboratorio acreditado CORPLAB PERÚ S.A.C.,


⁴⁶ 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/qimadus/19/06_mario_penia_chacon.html


⁴⁷ 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.

⁴⁸ 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.

con Registro N° LE-029, los mismos que se muestran en la sexta nota al pie de página de la presente Resolución.

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

Por tanto, habiéndose acreditado el exceso del LMP aplicable al parámetro Zn, y en consecuencia, 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, regulada en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

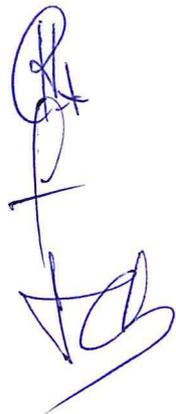
En adición a lo señalado, cabe destacar que la pretensión de la recurrente, de no ser sancionada por la infracción materia de análisis, implicaría la inutilidad de establecer los mencionados LMP. En efecto, no debe olvidarse que el establecimiento de los LMP tiene precisamente por finalidad evitar que 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.

Por consiguiente, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en este extremo.

Sobre la relación de causalidad entre la conducta imputada a VOLCAN y el supuesto daño ambiental ocasionado

- 
14. Con relación a lo alegado en el literal f) del numeral 2, 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 administrativa.

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) La ejecución de los hechos por parte de VOLCAN.

Al respecto, sobre lo señalado en el literal a) cabe indicar que el incumplimiento del LMP aplicable al parámetro Zn, reportado en el punto de monitoreo E-607, se encuentra debidamente acreditado conforme a los resultados contenidos en el Informe de Ensayo N° 4619 (Foja 508) emitido por el laboratorio CORPLAB PERÚ S.A.C.

A su vez, con relación a lo indicado en el literal b), cabe señalar que del Cuadro N° 7 de "Ubicación de Puntos de Monitoreo - Efluentes" (Foja 416) del *Informe Complementario al Informe de la Primera Fiscalización del 2006 de Normas de Protección y Conservación del Ambiente – Informe N° 010-2006-MINEC/MA – COMP*, elaborado por la Supervisora Externa, se constata que el efluente correspondiente al punto en que se verificó el incumplimiento de los LMP, es producido dentro de las instalaciones de la recurrente, y proviene de sus actividades.

Por consiguiente, habiéndose constatado que los hechos materia de sanción al interior del presente procedimiento sancionador fueron ejecutados y, por tanto, son 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, correspondiendo desestimar lo alegado en este extremo.

Sobre el ejercicio arbitrario y abusivo de su potestad sancionadora

15. Respecto a lo alegado en el literal g) 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 y Causalidad previstos en el artículo 230° de la Ley N° 27444, razón por la cual el ejercicio de la potestad sancionadora de la primera instancia administrativa se realizó según lo especificado en el numeral 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 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.

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 impertinente⁴⁹.

⁴⁹ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.
Artículo 163°.- Actuación probatoria

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.

Sobre las infracciones tipificadas en el numeral 3.4 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, por descarga no autorizada de efluentes

16. Al respecto, cabe indicar que el Principio del Debido Procedimiento, recogido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, comporta el derecho de los administrados a obtener pronunciamientos debidamente motivados y fundados en derecho, lo que impone a la Administración Pública el deber de realizar una adecuada aplicación e interpretación del conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico vigente.

En esa misma línea, el Principio de Legalidad regulado en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, prevé que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que les han sido atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

En este contexto normativo, conviene señalar que por disposición del Principio de Tipicidad, regulado en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, 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 análoga.

A su vez, sobre la aplicación del citado Principio, MORÓN URBINA⁵⁰ ha señalado que el mandato de tipificación derivado del mismo no sólo se impone al legislador cuando redacta el ilícito, sino también a la autoridad administrativa cuando instruye un procedimiento sancionador y debe realizar la subsunción de una conducta en los tipos legales existentes.

En efecto, corresponde a la Administración verificar la correcta adecuación de los hechos a la descripción típica de la infracción imputada, rechazándose toda interpretación extensiva o aplicación analógica de la norma tipificadora, toda vez que ello resultaría contrario a derecho, dado que implicaría sancionar conductas que no se encuentran calificadas como ilícitas.

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).

⁵⁰ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima. 9° edición, 2011.

Sobre el particular, conforme se desprende del Oficio N° 1091-2009-OS-GFM (Foja 619), mediante el cual se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador, la Gerencia de Fiscalización Minera del OSINERGMIN imputó a VOLCAN el siguiente hecho:

- *“Infracción al artículo 7° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, por tener una descarga de aguas domésticas no autorizada en un estudio ambiental*

Posteriormente, conforme se desprende del numeral 3.9 del Rubro 3 de la Resolución recurrida, la Gerencia General del citado organismo regulador sancionó a la apelante por incurrir en la infracción tipificada en el numeral 3.4 del punto 3 del Anexo de la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.

Sin embargo, resulta oportuno señalar que con relación a la infracción tipificada en el numeral 3.4 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades, el supuesto de hecho del citado tipo infractor prevé la realización de descargas de relaves y desechos, así como la emisión de gases o polvos al ambiente en general, sin contar con la autorización correspondiente; más no incluye dentro del tipo la descarga de efluentes minero-metalúrgicos, como ocurrió en el presente caso.

Por tal motivo, considerar que las descargas de efluentes minero-metalúrgicos al ambiente sin autorización configura la infracción prevista en el numeral 3.4 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, y no la tipificada en el primer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 de la misma Escala⁵¹, constituye una calificación jurídica errónea de los hechos.

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 que la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 007292 de fecha 13 de mayo de 2010 vulneró los Principios del Debido Procedimiento, Legalidad y Tipicidad, al haberse sancionado como ilícitos administrativos supuestos no previstos en el numeral 3.4 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por la Resolución Ministerial N° 353-2000-

⁵¹ 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. En los casos de pequeño productor minero la multa será de 2 UIT por infracción.

EM/VMM, conforme a lo expuesto líneas arriba; en aplicación del numeral 202.1 del artículo 202° de la Ley N° 27444, corresponde declarar de oficio la nulidad de dicho acto administrativo en el extremo referido a las infracciones materia de revisión, por 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 la reposición del presente procedimiento administrativo sancionador hasta el momento en que se realice nuevamente la imputación de cargos, por el hecho descrito en el numeral 4 del rubro "hechos imputados" del cuadro detalle contenido en el primer numeral de la presente Resolución, considerando la correcta aplicación de la legislación minero-ambiental.

En atención a la declaración de nulidad contenida en el numeral anterior, carece de sentido emitir pronunciamiento sobre lo alegado por VOLCAN en el literal h) del numeral 2 de la presente Resolución.

Con relación al Incumplimiento de la Recomendación N° 4 de la Segunda Supervisión del año 2005

17. Respecto a lo alegado en el literal i) del numeral 2, resulta oportuno señalar que a efectos de emitir un pronunciamiento motivado y fundado en las reglas jurídicas vigentes a la fecha en que se produjeron los hechos materia de sanción, como exigencia derivada del Principio del Debido Procedimiento contenido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, resulta necesario establecer el marco jurídico vigente a la fecha de la supervisión.

Sobre el particular, debe señalarse que el marco legal aplicable al momento de las supervisiones efectuadas comprendía la Ley N° 27474, Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 049-2001-EM.

En este contexto normativo, de acuerdo al numeral 3 del artículo 7° de la citada Ley N° 27474, en concordancia con el numeral 3 del artículo 8° del Decreto Supremo N° 049-2001-EM, los fiscalizadores externos se encontraban facultados a formular recomendaciones en materia ambiental, señalando plazos perentorios para el cumplimiento de las mismas; siendo el incumplimiento de dichas recomendaciones 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/VMM⁵².

⁵² 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.

Al respecto, conviene explicar que la formulación de recomendaciones constituye la materialización del Principio de Acciones Correctivas que orienta la actividad de supervisión ambiental en el sector que es objeto de fiscalización, regulado en los numerales 1.10 y 1.27 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; y tiene como propósito ordenar la solución de las deficiencias detectadas durante la supervisión⁵³.

En efecto, el establecimiento de una recomendación se justifica en los hallazgos u observaciones verificados en las instalaciones del titular minero, los cuales traducen principalmente las condiciones deficientes en los procesos, técnicas u operaciones realizadas para el desarrollo de la actividad minera, así como la detección de incumplimientos a las obligaciones fiscalizables en materia ambiental, que causan o pueden causar impactos negativos al ambiente.

De este modo, con el propósito de superar estas condiciones o incumplimientos detectados durante la acción de supervisión, el Supervisor Externo se encuentra habilitado a formular las recomendaciones que considere adecuadas para subsanar las mismas y así evitar o disminuir el impacto negativo que tales condiciones causan o puedan causar al ambiente, correspondiendo precisar que

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.

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

PRINCIPIOS DE LA FISCALIZACIÓN

1.10 Acciones Correctivas

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. (...)

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: (...)

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.

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/guiamineriaix.pdf>.

la obligación de hacer o no hacer en que consiste la recomendación no sólo puede encontrar sustento en la normativa del sector sino, además, en los criterios técnicos y tecnologías disponibles que resulten aplicables.

A su vez, conviene agregar que la labor de determinación sobre el cumplimiento o no de las recomendaciones formuladas por los Supervisores Externos en la forma, modo y/o plazo especificados para su ejecución, corresponde finalmente a la autoridad encargada de supervisión, fiscalización y sanción, siendo posible en caso de verificar una situación de incumplimiento, imponer la sanción correspondiente según lo indicado en el párrafo anterior.

Es por estos motivos 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 tipo infractor previsto en el tercer párrafo del numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/MMM.

En el presente caso, durante la supervisión regular realizada por la Supervisora Externa BO CONSULTING S.A. en la Unidad Minera Andaychagua entre los días 03 y 05 de noviembre de 2005, se constató la existencia de un nuevo botadero (N° 8) de desmontes de la mina, el cual venía operando sin mayores controles ambientales. En ese sentido, se formuló la Recomendación N° 4, materia de incumplimiento (Foja 17 del expediente N° 1574177):

“En la nueva cancha de desmontes (N° 8), implementar canales de coronación y derivación, que permitan controlar las aguas de escorrentía y filtración respectiva”.

Asimismo, conforme se aprecia en el Formato de Observaciones y Recomendaciones del *Informe de la Segunda Fiscalización – 2005. Normas de Protección y Conservación del Ambiente. U.E.A. Andaychagua. Volcan Compañía Minera S.A.A.*, para la ejecución de dicha obra se le otorgó a la recurrente un plazo de cuarenta y cinco (45) días.

Sobre el particular, durante la supervisión regular realizada del 01 al 03 de julio de 2006 en las instalaciones de la recurrente, cuyos resultados se encuentran contenidos en el *Informe de la Primera Fiscalización del 2006 de Normas de Protección y Conservación del Ambiente – Informe N° 015-2006-MINEC/MA*, elaborado por la Supervisora Externa MINERA INTERANDINA DE CONSULTORES S.R.L., se determinó que VOLCAN no cumplió la citada Recomendación.

En efecto, conforme se desprende del Formato de Verificación de las Recomendaciones de la Segunda Fiscalización del 2005, el Supervisor Externo constató lo siguiente:

“50% Cumplido. La empresa minera realizó excavaciones para captar las aguas de escorrentía. Falta la construcción de los canales, pudiendo ser ciclópeos, de concreto o mixtos, que garanticen su estabilidad física”.

En este punto cabe señalar que, por disposición del numeral 21.4 del artículo 21° del Reglamento aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD, la información contenida en los Informes de Supervisión se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario; por lo que correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que desvirtuaran el contenido del mencionado Informe.

No obstante, es preciso indicar que la apelante no desconoce el incumplimiento de la recomendación objeto de supervisión, limitándose a señalar que el detalle de que los canales puedan ser ciclópeos, de concreto o mixtos, se trataría de una nueva recomendación, lo cual, luego de la revisión del *Informe de la Primera Fiscalización del 2006 de Normas de Protección y Conservación del Ambiente – Informe N° 015-2006-MINEC/MA*, se constata que es erróneo.

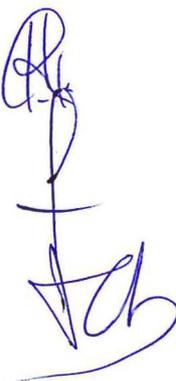
Por lo tanto, corresponde desestimar lo alegado por VOLCAN en este extremo.

Estando a los considerandos expuestos, y de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental; el Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; el Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA; y la Resolución 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 de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 007292 de fecha 13 de mayo de 2010, en el extremo referido a la infracción descrita en el rubro 4 del cuadro detalle contenido el primer numeral de la presente Resolución; y, en consecuencia, **RETROTRAER** el procedimiento administrativo sancionador al momento en que se realice la imputación de cargos por dicha infracción, por los fundamentos expuestos en el numeral 16 de la parte considerativa de la presente Resolución.



ARTÍCULO SEGUNDO.- Declarar **FUNDADO EN PARTE** el recurso de apelación interpuesto por VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A. contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 007292 de fecha 13 de mayo de 2010, en el extremo referido a las infracciones descritas en los rubros 1 y 2 del cuadro detalle contenido el primer numeral de la presente Resolución, por los fundamentos expuestos en el numeral 11 de la parte considerativa de la presente Resolución; e **INFUNDADO** en todos los demás extremos, quedando agotada la vía administrativa.

ARTÍCULO TERCERO.- **DISPONER** que el monto de la multa impuesta, ascendente a cincuenta y dos (52) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), sea depositado en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional,

debiendo indicar al momento de la cancelación 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 VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A. y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

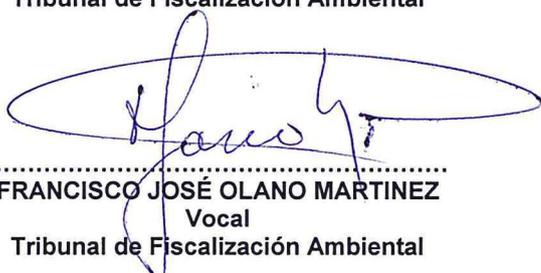
Regístrese y comuníquese.



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



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



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



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