

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 101-2013-OEFA/TFA

Lima, 30 ABR. 2013

VISTO:

El Recurso de Apelación interpuesto por VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A. (en adelante VOLCAN)¹ contra la Resolución Directoral N° 021-2013-OEFA/DFSAI emitida por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental el 11 de enero de 2013, contenido en el Expediente N° 114-08-MA/E; y el Informe N° 104-2013-OEFA/TFA/ST del 29 de abril de 2013;

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes

1. Del 05 al 09 de diciembre de 2008, la supervisora externa D & E DESARROLLO Y ECOLOGÍA S.A.C., por encargo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante OSINERGMIN), llevó a cabo la supervisión especial de las instalaciones de la Unidad de Producción "Andaychagua", ubicada en el distrito de Huay-huay, provincia de Yauli, departamento de Junín; de titularidad de VOLCAN.
2. Con fecha 29 de diciembre de 2008, la citada supervisora externa presentó a OSINERGMIN el Informe de Resultados de la Novena Campaña "Supervisión Especial de Monitoreo Ambiental de Efluentes Minero Metalúrgicos en el Ámbito Geográfico de Huancavelica y Junín" – Informe N° 42-2008-SEMA (Fojas 03 a

¹ VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A. identificada con Registro Único de Contribuyente (RUC) N° 20383045267.

74), que contiene, entre otros, los resultados obtenidos en los puntos de control E-1, E-7 y E-21 (Código OSINERGMIN)²:

Punto de Monitoreo	Parámetro	NMP según Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM/VMM ³	Día	Turnos	Resultado de la Supervisión
E-1 (607)	pH	6-9	Día 1: 05/12/08	Turno 1	10.76
				Turno 3	10.37
				Turno 3	10.26
			Día 2: 08/12/08	Turno 1	10.01
				Turno 2	9.63
				Turno 3	9.71
			Día 3: 09/12/08	Turno 1	9.25
Turno 3	9.28				

Punto de Monitoreo	Parámetro	NMP según Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM/VMM	Día	Turnos	Resultado de la Supervisión
E-7 (604)	pH	6-9	Día 3: 09/12/08	Turno 1	10.23

Punto de Monitoreo	Parámetro	NMP según Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM/VMM	Día	Turnos	Resultado de la Supervisión
E-21 (610)	pH	6-9	Día 1: 05/12/08	Turno 1	9.36

- Mediante Oficio N° 182-2009-OS-GFM del 30 de enero de 2009 (Foja 75), notificado el 03 de febrero de 2009, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador, en base a los hechos verificados durante la visita de supervisión señalada en el considerando anterior.
- Mediante Resolución Directoral N° 021-2013-OEFA/DFSAI del 11 de enero de 2013 (Fojas 87 a 90), notificada el 14 de enero de 2013, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA) impuso a VOLCAN una multa de ciento cincuenta (150) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por la comisión de tres (03) infracciones, conforme al siguiente detalle:

² Los citados puntos de control son identificados también mediante los siguientes códigos del Ministerio de Energía y Minas: 607, 604 y 610, respectivamente.

³ Al respecto, la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, que aprueba los Niveles Máximos Permisibles para efluentes líquidos minero-metalúrgicos, publicada el 13 de enero de 1996, establece en su Anexo I los Niveles Máximos Permisibles de emisión para las unidades minero – metalúrgicas. Los niveles aprobados en los parámetros relevantes para el presente caso son:

**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

N°	HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	En el punto de control E-1 (Código OSINERGMIN) / 607 (Código del Ministerio de Energía y Minas), correspondiente al efluente de descarga del depósito de relaves de la Unidad de Producción Andaychagua, se reportaron valores para el parámetro pH, que exceden los Límites Máximos Permisibles establecidos en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM			50 UIT
2	En el punto de control E-7 (Código OSINERGMIN) / 604 (Código del Ministerio de Energía y Minas), correspondiente al efluente de descarga de la planta de tratamiento de agua de mina de la Unidad de Producción Andaychagua, se reportaron valores para el parámetro pH, que exceden los Límites Máximos Permisibles establecidos en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N°011-96-EM/VMM ⁴	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ⁵	50 UIT
3	En el punto de control E-21 (Código OSINERGMIN) / 610 (Código del Ministerio de Energía y Minas), correspondiente al efluente aguas abajo de la descarga del depósito de relaves de la Unidad de Producción Andaychagua, se reportaron valores para el parámetro pH, que exceden los Límites Máximos Permisibles establecidos en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM			50 UIT
MULTA TOTAL				150 UIT

⁴ Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM. Aprueban los Niveles Máximos Permisibles para efluentes líquidos para las actividades minero-metalúrgicas, publicada el 13 de enero de 1996.-

Artículo 4°.- Resultados analíticos no excederán los niveles contemplados en el Anexo 1 o 2, según sea el caso.

Los resultados analíticos obtenidos para cada parámetro regulado a partir de la muestra recogida del efluente minero-metalúrgico, no excederán en ninguna oportunidad los niveles establecidos en la columna "Valor en cualquier Momento" del Anexo 1 ó 2 según corresponda.

⁵ Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM. Aprueban Escala de Multas y Penalidades a aplicarse por incumplimiento de disposiciones del TUO de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias, publicada el 2 de setiembre de 2000.-

ANEXO

3. MEDIO AMBIENTE

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

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

5. Con escrito de registro N° 2013-E01-003919 (Fojas 93 a 126) del 01 de febrero de 2013, VOLCAN interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 021-2013-OEFA/DFSAL del 11 de enero de 2013, conforme a los siguientes fundamentos:

- a) Se ha vulnerado el Principio de Legalidad, dado que la sanción impuesta se sustenta en la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, la cual no tiene rango de ley ni cuenta con una remisión directa y expresa a una norma con dicho rango.

Además, si bien el artículo 17° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, atribuyó al Ministerio del Ambiente la facultad de tipificar infracciones ambientales por vía reglamentaria, a la fecha de comisión de la infracción no fue emitida norma alguna con rango de ley que previera las sanciones aplicables.

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

- c) Asimismo, también se ha transgredido el citado principio al haberse 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.

- d) No se ha demostrado el supuesto daño ambiental, toda vez que la sola verificación del exceso de los Límites Máximos Permisibles (en adelante, LMP) no determina *per se* la configuración de un menoscabo material al ambiente o sus componentes, que genere además efectos negativos actuales o potenciales.

En ese sentido, al no haberse acreditado la relación de causalidad entre la conducta imputada a VOLCAN y el supuesto daño ambiental ocasionado, se ha infringido el Principio de Verdad Material contemplado en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

- e) El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental ha hecho un ejercicio arbitrario y abusivo de su potestad sancionadora al haber transgredido los Principios de Legalidad, Tipicidad y Verdad Material, y haber multado a VOLCAN sin acreditar el daño ambiental y la relación causal respectiva, lo que configura el delito tipificado en el artículo 376° del Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo N°635.

II. Competencia

6. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013 - Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente⁶, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.
7. En mérito a lo establecido en los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental⁷, 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.
8. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325 dispone que mediante Decreto Supremo, refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA⁸.

⁶ Decreto Legislativo N° 1013. Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, publicado el 14 de mayo de 2008.-

1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

Créase el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA como organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, constituyéndose en pliego presupuestal, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, la supervisión, el control y la sanción en materia ambiental que corresponde.

⁷ Ley N° 29325. Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 5 de marzo de 2009.-

Artículo 6°.- Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)

El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, que constituye un pliego presupuestal. Se encuentra adscrito al MINAM, y se encarga de la fiscalización, supervisión, evaluación, control y sanción en materia ambiental, así como de la aplicación de los incentivos, y ejerce las funciones previstas en el Decreto Legislativo N° 1013 y la presente Ley. El OEFA es el ente rector del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

Artículo 11°, modificado por Ley N° 30011, publicado el 26 de abril de 2013.-

Funciones generales

11.1 El ejercicio de la fiscalización ambiental comprende las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, y sanción destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables establecidas en la legislación ambiental, así como de los compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental y de los mandatos o disposiciones emitidos por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), en concordancia con lo establecido en el artículo 17, conforme a lo siguiente:

(...)

c) Función Fiscalizadora y Sancionadora: comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y la de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones y compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental, de las normas ambientales, compromisos ambientales de contratos de concesión y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA, en concordancia con lo establecido en el artículo 17. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas cautelares y correctivas.

(...)

⁸ Ley N° 29325. Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 5 de marzo de 2009.-

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

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

9. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM⁹ se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental del OSINERGMIN¹⁰ al OEFA, y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de julio de 2010¹¹, se estableció que el OEFA asumiría las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería desde el 22 de julio de 2010.
10. Por otro lado, el artículo 10° de la Ley N° 29325¹², los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM¹³, y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución N° 005-2011-OEFA/CD¹⁴, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental

⁹ Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM. Aprueban inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA, publicado el 21 de enero de 2010.-

Artículo 1°.- Inicio del proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA

Apruébese el inicio del proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN, al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA.

¹⁰ Ley N° 28964. Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG, publicada el 24 de enero de 2007.-

Artículo 18°.- Referencia al OSINERGMIN

A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, toda mención que se haga al OSINERGMIN en el texto de leyes o normas de rango inferior debe entenderse que está referida al OSINERGMIN.

¹¹ Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD. Aprueban aspectos objeto de la transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería entre el OSINERGMIN y el OEFA, publicada el 23 de julio de 2010.-

Artículo 2°.- Determinar que la fecha en que el OEFA asumirá las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería, transferidas del OSINERGMIN será el 22 de julio de 2010.

¹² Ley N° 29325. Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 5 de marzo de 2009.-

Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental, modificado por Ley N° 30011, publicado el 26 de abril de 2013

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

(...)

¹³ Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM. Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, publicado el 15 de diciembre de 2009.-

Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

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

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

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

¹⁴ Resolución de Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD. Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 21 de julio de 2011.-

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

III. Norma Procedimental Aplicable

11. Previamente al 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 intervinientes¹⁵.
12. Al respecto, corresponde indicar que a la fecha de inicio del presente procedimiento, se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 640-2007-OS/CD; siendo aplicable posteriormente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA¹⁶.

IV. Análisis

IV.1. Protección constitucional al ambiente

13. De acuerdo al numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú¹⁷, toda persona tiene el derecho fundamental a "gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida".

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 para 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.

¹⁵ Ley N° 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001.-

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

(...)

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

(...)

¹⁶ Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD – Aprueban Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 13 de diciembre de 2012.-

Artículo 3°.- Disponer que las disposiciones de carácter procesal del presente Reglamento se aplicarán a los procedimientos administrativos sancionadores en trámite, en la etapa en que se encuentren.

¹⁷ Constitución Política del Perú de 1993, publicada el 30 de diciembre de 1993.-

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

(...)

14. El Tribunal Constitucional ha desarrollado en recurrente jurisprudencia que el contenido esencial del citado derecho fundamental está configurado por: 1) el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado; y, 2) el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado:

“En su primera manifestación, comporta la facultad de las personas de disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y sustantiva. La intervención del ser humano no debe suponer, en consecuencia, una alteración sustantiva de la indicada interrelación. (...) Sobre el segundo acápite, (...) entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. Evidentemente, tal obligación alcanza también a los particulares”¹⁸.

15. Asimismo, dicho Tribunal ha señalado que, además del numeral 22 del artículo 2° de la Constitución, existe un conjunto de disposiciones de la Carta fundamental referidas a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el medio ambiente, denominado “Constitución Ecológica”¹⁹, de las que se deriva un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar y promover con el ambiente frente a las actividades humanas que pudieran afectarlo. Al respecto, ha señalado:

*“Así, en primer lugar, al ser los recursos naturales in totum, patrimonio de la Nación, **su explotación no puede ser separada del interés nacional**, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de las generaciones presentes y futuras”²⁰. (Resaltado nuestro)*

*“(...) la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsor de 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”²¹ (Resaltado nuestro)*

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 4.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de agosto de 2008, recaída en el Expediente 3610-2008-PA/TC, fundamento jurídico 33.

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 11.

²¹ Ibid. Fundamento jurídico 24.

16. En ese sentido, Amartya Sen advierte que: *“un medio ambiente dañado que le niegue aire limpio a las futuras generaciones (...) seguirá estando dañado sin importar cuán ricas sean esas generaciones”*²².
17. Sobre lo que implica el medio ambiente, el Tribunal Constitucional ha señalado que:
- “(...) 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)”*²³.
18. En esa línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente²⁴, prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.
19. 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. Es por ello que dichas medidas se encuentran contempladas en el marco jurídico que regula la protección del medio ambiente y en los instrumentos de gestión ambiental.
20. En este orden de ideas, puede afirmarse que las normas sectoriales referidas a la protección y conservación del ambiente deberán interpretarse y aplicarse dentro del marco constitucional que regula el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado.



²² SEN, Amartya: *“Continuing the Conversation: Amartya Sen Talks with Bina Agarwal, Jane Humphries e Ingrid Robeyns”*. Feminist Economics N° 9, 2003, p.330. Consultado el 26 de marzo de 2013: <http://csde.washington.edu/~scurran/files/readings/April28/recommended/ContinuingtheConversation.pdf> (traducción nuestra)

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional del 1 de abril de 2005, recaída en el Expediente 0048-2004-AI, fundamento jurídico 27.

²⁴ Ley N° 28611. Ley General del Ambiente, publicada el 15 de octubre de 2005.-
Artículo 2°.- Del ámbito

(...)

2.3 *Entiéndase, para los efectos de la presente Ley, que toda mención hecha al “ambiente” o a “sus componentes” comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.*

IV.2. Sobre la vulneración del Principio de Legalidad

21. En cuanto a lo alegado en el literal a) del considerando 5 de la presente Resolución, resulta oportuno indicar que la legalidad de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM se estableció a través de la Ley General de Minería, con el texto concordado aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería; de conformidad con lo establecido en la Tercera Disposición Final de la Ley N° 26821, Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, norma con rango de ley que permite la remisión a disposiciones reglamentarias para el ejercicio de la potestad sancionadora en el sector minero²⁵.
22. En efecto, de acuerdo al literal l) del artículo 101° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, corresponde imponer sanciones y multas a los titulares de derechos mineros que incumplan con sus obligaciones o infrinjan las disposiciones señaladas en dicha Ley, su Reglamento y el Código del Medio Ambiente²⁶.
23. Es bajo el marco planteado que se emitió la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, norma que estableció la Escala de Multas y Penalidades por incumplimientos, entre otros, de obligaciones ambientales, dentro de las cuales se encuentran aquellas contenidas en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.
24. Asimismo, se tiene que mediante Ley N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERGMIN, se declaró que en tanto se aprueben por el regulador los procedimientos de fiscalización de las actividades mineras a su cargo, seguirán vigentes las disposiciones sobre esta materia contenidas, entre otras, en la Escala de Sanciones y Multas aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM; siendo de aplicación todas las normas complementarias que se encontraban vigentes a la fecha de la promulgación de esta Ley.
25. Al mismo tiempo, con relación a la vigencia de la citada Resolución Ministerial, corresponde señalar que, a través del Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, en concordancia con la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al

²⁵ Ley N° 26821. Ley Orgánica para el Aprovechamiento de los Recursos Naturales, publicada el 26 de junio de 1997.-

Disposiciones Finales

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

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

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

²⁶ Decreto Supremo N° 014-92-EM. Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, publicado el 04 de junio de 1992.-

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

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

OEFA. Así, el artículo 4° de la mencionada Ley, autorizó al OEFA a sancionar las infracciones en materia ambiental empleando el marco normativo y escalas de sanciones que venía aplicando el regulador²⁷.

26. Por tanto, la legalidad de la Escala de Multas y Sanciones, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, viene dada por la Ley General de Minería y complementada por las Leyes N° 28964 y N° 29325; y, en ese sentido, deviene en válidamente aplicable por el OEFA.
27. De otro lado, cabe indicar que el artículo 103° de la Constitución Política, en concordancia con el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, establece la regla de la aplicación inmediata de la ley, lo que implica que desde su entrada en vigencia, ésta se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. De este modo, los hechos cumplidos bajo la antigua ley se rigen por aquélla, mientras que los efectos o hechos producidos luego de la entrada en vigencia de la nueva ley se rigen por ésta²⁸.
28. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha explicado la citada regla de derecho, entre otros, a través de los fundamentos N° 72, 73 y 74 de la sentencia recaída en el expediente N° 00008-2008-PI/TC, cuyo texto es el siguiente²⁹:

*“72. En ese sentido, este Tribunal ha pronunciado en reiterada jurisprudencia que nuestro ordenamiento jurídico se rige por la teoría de los hechos cumplidos, estableciendo que “(...) **nuestro ordenamiento adopta la teoría de los hechos cumplidos** (excepto en materia penal cuando favorece al reo), de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes’ (STC 0606-2004-AA/TC, FJ 2). Por tanto, para aplicar una norma (...) en el tiempo debe considerarse (...) consecuentemente, el principio de aplicación inmediata de las normas”. (El resaltado es nuestro)*


²⁷ Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM. Aprueban inicio del proceso de transferencia de las funciones de Supervisión, Fiscalización y Sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA, publicada el 21 de enero de 2010.-

Artículo 4°.- Referencias Normativas

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


²⁸ Constitución Política del Perú. Publicada el 31 de diciembre de 1992.-

Artículo 103°.- (...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. (...)

**Decreto Legislativo N° 295. Código Civil, publicado el 25 de julio de 1984.-
Título Preliminar.-**

Artículo III.- Aplicación de la ley en el tiempo

La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.


²⁹ La Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00008-2008-PI/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica:
http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00008-2008-AI.html#_ftn22

29. Asimismo, el Principio de Irretroactividad regulado en el numeral 5 del artículo 230° de la Ley N° 27444, prevé que serán aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.
30. En este marco normativo, cabe indicar que a la fecha en que se configuró el hecho que sustenta la infracción imputada, así como la imposición de la sanción, resultaba aplicable la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM. Por tal razón, correspondía sancionar a VOLCAN según los tipos infractores contenidos en dicho dispositivo legal, lo que es conforme a las reglas de aplicación temporal de las normas arriba citadas.
31. De otro lado, a través del artículo 17° de la Ley N° 29325, modificado por el artículo único de la Ley N° 29514, se estableció la potestad tipificadora de infracciones ambientales por vía reglamentaria a favor del Ministerio del Ambiente. Por ello, dicha entidad emitió el Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM, que aprueba el Cuadro de Tipificación de Infracciones Ambientales y Escala de Multas y Sanciones aplicables a la Gran y Mediana Minería respecto de Labores de Explotación, Beneficio, Transporte y Almacenamiento de Concentrados de Minerales, publicado el 10 de noviembre de 2012³⁰.
32. Sin embargo, pese a lo alegado por la recurrente, dicho Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escalas de Multas y Sanciones aprobado por Decreto Supremo N° 007-2012-MINAM, no resulta aplicable al presente caso dado que no se encontraba vigente a la fecha de comisión de la infracción o imposición de la sanción, ni constituye una norma sancionadora más favorable a VOLCAN. Esto último, por cuanto se mantienen las infracciones por incumplimiento de los LMP incluso con una multa mayor a la prevista en la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, la que alcanza hasta diez mil (10,000) UIT.

Por las consideraciones expuestas, corresponde desestimar los argumentos de la impugnante en este extremo.

IV.3. Sobre la vulneración del Principio de Tipicidad por haberse sancionado en base a una norma sancionadora en blanco

33. En cuanto a lo alegado en el literal b) del considerando 5 de la presente Resolución, resulta oportuno indicar que, dentro de las exigencias derivadas del Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, se encuentra la exigencia de exhaustividad suficiente en la descripción

³⁰ Ley N° 29325. Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Modificada por Ley N° 29514, publicada el 5 de marzo de 2009.-

Artículo 17°.- Infracciones

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

Ley N° 29514. Ley que modifica el artículo 17° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, y dicta otras disposiciones; publicada el 26 de marzo de 2010.-

SEGUNDA.- Vigencia y derogatoria

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

de la conducta prohibida, de modo tal que se identifiquen los elementos de la conducta sancionable.

34. 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 constituir ambos la norma tipificadora aplicable al presente caso.
35. Sobre el particular, 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 es nuestro)

36. Adicionalmente, en el numeral 3.2 del punto 3 de la referida norma, se establecen los supuestos específicos considerados como graves y que por ende, 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 (...).”

- 
37. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que en la determinación de las conductas infractoras está permitido el empleo de los llamados “conceptos jurídicos indeterminados”, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia³¹. Al respecto, es pertinente considerar que los titulares mineros cuentan con capacidad técnica, administrativa y financiera para identificar las obligaciones a las que se encuentran sujetas con motivo de su actividad económica.

- 
38. En ese sentido, de la revisión de lo señalado en el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, se verifica que dicha norma establece como obligación ambiental fiscalizable que los resultados analíticos obtenidos para cada parámetro regulado a partir de las muestras provenientes de los efluentes

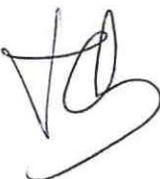
³¹ La sentencia recaída en el Expediente N° 0010-2002-AI/TC, es una de naturaleza normativa; encontrándose disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

minero-metalúrgicos, deben cumplir con los LMP regulados en su Anexo 1; obligación de tipo permanente, cuyo incumplimiento acarrea la configuración de daño ambiental, descrito en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611³².

39. Conforme a lo expuesto, deviene válido concluir que el incumplimiento de la obligación ambiental fiscalizable contenida en el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, constituye infracción grave y sancionable conforme al tipo contenido en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM³³.
40. En atención a lo expuesto, este cuerpo colegiado considera que la infracción tipificada en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM no contraviene el contenido del Principio de Tipicidad, en particular en lo relativo a la exhaustividad en la descripción de la conducta típica.

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

IV.4. Sobre la vulneración del Principio de Tipicidad debido a la interpretación extensiva del numeral 3.2 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM

41. En la misma línea de lo señalado en el numeral IV.3. de la presente Resolución, 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.
- 
42. En tal contexto, conforme a lo detallado en el literal c) del considerando 5 de la presente Resolución, la recurrente sostiene 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.
- 
43. Al respecto, resulta oportuno señalar que las infracciones imputadas a VOLCAN, tipificadas en el numeral 3.2 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, involucran 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.
- 

³² Sobre la configuración del daño ambiental como consecuencia del incumplimiento de los LMP corresponde remitirse al numeral IV.5. de la presente Resolución.

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

- b) Que el exceso de los LMP detectados durante la supervisión origine un daño al ambiente.
44. En ese sentido, a fin de acreditar la configuración del elemento previsto en el literal a) del considerando anterior, corresponde remitirse a lo indicado en el considerando 2 de la presente Resolución, en tanto que el exceso de los LMP aplicables al parámetro pH, reportados en los puntos de control E-1, E-7 y E-21, se encuentra debidamente acreditado conforme a los resultados contenidos en los siguientes documentos emitidos por el Laboratorio de Ensayo INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C.³⁴:
- Informe de Campo N° 12-08-0267 (Foja 41);
 - Informe de Campo N° 12-08-0273 (Foja 42); e,
 - Informe de Campo N° 12-08-0283 (Foja 43).
45. Con relación al elemento descrito en el literal b) del considerando 43, resulta oportuno señalar que conforme se desprende de los Cuadros N° 03, 04 y 05 – Resultados Estaciones E-1, E-7 y E-21 (Fojas 8 y 9), contenidos en el Informe de Resultados de la Novena Campaña “Supervisión Especial de Monitoreo Ambiental de Efluentes Minero Metalúrgicos en el Ámbito Geográfico de Huancavelica y Junín” – Informe N° 42-2008-SEMA, el muestreo realizado en los puntos de control E-1, E-7 y E-21 se llevó a cabo durante la supervisión especial efectuada por la supervisora externa D & E DESARROLLO Y ECOLOGÍA S.A.C. en las instalaciones de la recurrente, el cual arroja resultados que informan de un exceso de los LMP establecidos por el ordenamiento jurídico ambiental en el caso del parámetro supervisado.
46. En esa 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 administrativo sancionador de considerar que éstos constituyen infracción administrativa³⁵.

³⁴ Laboratorio de Ensayo acreditado por la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Registro N°LE-031.

Los citados Informes de Campo y de Ensayo se encuentran anexos al Informe de Resultados de la Novena Campaña “Supervisión Especial de Monitoreo Ambiental de Efluentes Minero Metalúrgicos en el Ámbito Geográfico de Huancavelica y Junín” – Informe N° 42-2008-SEMA, elaborado por la supervisora externa D & E DESARROLLO Y ECOLOGÍA S.A.C.

³⁵ Resolución N° 324-2007-OS/CD. Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras, publicado el 10 de junio de 2007.-

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

28.3.- La Gerencia de Fiscalización correspondiente, la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente se encuentran facultadas a emitir Informes en caso de detectar observaciones o

47. Por lo expuesto precedentemente, se debe indicar que no obstante el Informe elaborado por la supervisora externa no refiere textualmente que se haya causado un daño al ambiente, dicho documento sí concluye que se excedió los LMP aplicables al parámetro pH en los puntos de control E-1, E-7 y E-21, configurándose así la situación de daño ambiental definida en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, conforme se detalla en el numeral IV.5. de la presente Resolución.

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

IV.5. Respecto a la configuración del daño ambiental como consecuencia del exceso de LMP

48. En cuanto a lo señalado en el literal d) del considerando 5 de la presente Resolución, es oportuno precisar que en aplicación del Principio de Verdad Material, recogido en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, en concordancia con el numeral 6.1 del artículo 6° del mismo cuerpo legal, los pronunciamientos que emiten las entidades al interior de los procedimientos administrativos sancionadores, sólo podrán sustentarse en aquellos hechos que se encuentren debidamente probados³⁶.
49. En tal sentido, recae sobre la Administración el deber de acreditar la concurrencia de cada uno de los elementos que integran el ilícito administrativo, de modo tal que deberá rechazarse como motivación la formulación de hipótesis, conjeturas o la aplicación de presunciones no reconocidas normativamente para atribuir responsabilidad por su comisión a los administrados, pues en todos estos

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.*

³⁶ Ley N° 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001.-
Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

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

Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo

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

casos se trata de hechos posibles o probables, que carecen de idoneidad para desvirtuar la Presunción de Licitud reconocida a favor de éstos, conforme a lo previsto en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444³⁷.

50. Asimismo, habiéndose acreditado en un procedimiento administrativo sancionador la comisión del hecho imputado por parte de la Administración y, por tanto, habiéndose desvirtuado los efectos del Principio de Presunción de Licitud, corresponderá a los administrados aportar los medios de prueba que permitan dejar sin efecto la convicción formada por el órgano sancionador.
51. En este contexto, VOLCAN cuestiona que el incumplimiento de los LMP³⁸ constituya la infracción grave prevista en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, por la cual ha sido sancionada, sosteniendo que su accionar no ha generado un daño ambiental. En tal sentido, resulta importante en este procedimiento determinar los alcances de la categoría “daño ambiental”.
52. Al respecto, el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611³⁹ define el daño ambiental como todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, tenga origen o no en la contravención a normas de protección y conservación del ambiente, cuyos efectos negativos pueden ser **actuales o potenciales**⁴⁰.
53. En ese sentido, conforme ha señalado este Tribunal en reiterados pronunciamientos, así como mediante la Resolución N° 082-2013-OEFA/TFA⁴¹, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 15 de abril de 2013, la definición de

³⁷ Ley N° 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001.-
Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

9. **Presunción de licitud.-** Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

³⁸ Al respecto, cabe indicar que la doctrina considera que “[e]l 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”. Véase: ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*. Lima: IUSTITIA 2011, p. 458.

³⁹ Ley N° 28611 – Ley General del Ambiente, publicada el 15 de octubre de 2005.-
Artículo 142°.- De la responsabilidad por daños ambientales

(...)

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

⁴⁰ Sobre el concepto de daño ambiental, la doctrina sostiene que “(...) un daño ambiental es una lesión física no limitada a un espacio o a un tiempo determinados, por eso sus consecuencias se expanden rápidamente irradiando en todas sus direcciones, tanto en el espacio como en el tiempo (...) Un hecho generador de daño ambiental hoy constituye siempre la posibilidad de otro daño mañana”. Véase: BIBILONI, Héctor Jorge. “El proceso ambiental”. Buenos Aires: LexisNexis, 2005. p. 86 – 87.

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

daño ambiental prevista en la Ley N° 28611 recoge dos elementos de importancia:

- a) El daño ambiental debe importar un menoscabo material al ambiente y/o a alguno de sus componentes.
 - b) El referido menoscabo material debe generar efectos negativos, que pueden ser **actuales o potenciales**.
54. Con relación al primer elemento, referido al menoscabo material, cabe señalar que ello involucra toda afectación⁴² al ambiente que se produce, por ejemplo, al emitir sustancias contaminantes que deterioran la calidad física o química de alguno o varios de los elementos del ambiente, alterando su estado natural en mayor o menor medida.
55. A su vez, el segundo elemento hace referencia a que en la configuración del daño ambiental no es indispensable que los efectos negativos del menoscabo material producido en el ambiente sean actuales, sino que resulta suficiente que dichos efectos negativos sean potenciales⁴³, entendiendo como potencial aquello que puede suceder o existir⁴⁴.
56. Tal como señala Sánchez Yaringaño *"el efecto negativo del daño ambiental no necesariamente debe ser inmediato y actual, sino que puede ser potencial y futuro. Al respecto, es necesario distinguir entre causas y efectos. De acuerdo a la Ley, solamente los efectos pueden ser actuales o potenciales, las causas que generan esos efectos sí tienen que verificarse en la realidad (...) a través de los métodos propios de la ciencia y de la tecnología"*⁴⁵.
57. En tal sentido, el menoscabo material se configura frente a toda acción u omisión, que altere, trastorne o disminuya algún elemento constitutivo del ambiente⁴⁶; mientras que lo potencial son los efectos negativos de ese menoscabo, es decir, la probabilidad futura en grado de verosimilitud de que ocurran dichos efectos negativos.

⁴² SANCHEZ YARINGAÑO, Gadwyn. *"El principio de responsabilidad ambiental y su aplicación por la administración pública en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores: Una perspectiva crítica"*. Lima: Themis XXXV N°58, 2010. p. 279.

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

⁴⁴ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

⁴⁵ SANCHEZ YARINGAÑO, Gadwyn. *Ibid.* loc. cit.

⁴⁶ Al respecto, ver considerando 19 de la presente Resolución.

58. De acuerdo con lo establecido en el numeral 32.1 del artículo 32° de la Ley N° 28611, el LMP *"es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos que caracterizan a un efluente o una emisión, que **al ser excedida causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano y al ambiente (...)**"*⁴⁷ (Resaltado nuestro).
59. Por ello, si un titular excede los LMP, causa o puede causar un daño que, de acuerdo con la definición del numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, desarrollada en los considerando 52 al 57 de la presente Resolución, constituye daño ambiental. En este caso, el menoscabo material se verifica mediante la debida comprobación del exceso de los LMP, es decir, la superación de los niveles tolerables de descargas al ambiente respecto de un determinado parámetro; mientras que los efectos negativos de tal menoscabo material pueden ser actuales o potenciales.
60. De lo expuesto, se tiene que el exceso de los LMP implica la existencia de daño ambiental; y, por tanto, configura la infracción grave prevista en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM⁴⁸, referida a la generación de daño al ambiente⁴⁹.
61. En este contexto, en el presente caso se evidencia que la empresa recurrente ha generado daño ambiental al haber excedido los LMP aplicables al parámetro pH en tres puntos de control, tal como ha quedado acreditado en los Informes de Campo N° 12-08-0267 (Foja 41), N° 12-08-0273 (Foja 42) y N° 12-08-0283 (Foja 43), elaborados por el laboratorio acreditado INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C.
62. En consecuencia, siguiendo lo señalado en los considerandos 51 al 61 de la presente Resolución, ha quedado acreditado que la empresa recurrente ha incurrido en la infracción grave prevista en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM al haber excedido los LMP permitidos; y, por tanto, no se ha vulnerado el Principio de Verdad Material.

⁴⁷ Ley N° 28611 – Ley General del Ambiente, publicada el 15 de octubre de 2005.-
Artículo 32°.- Del Límite Máximo Permisible.-

(...)

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

(...)

(Resaltado nuestro)

⁴⁸ Ver nota a pie de página 3.

⁴⁹ Resulta pertinente precisar que en el Decreto Supremo 007-2012-MINAM publicada el 10 de noviembre de 2012, que aprueba el Cuadro de Tipificación de Infracciones Ambientales y Escala de Multas y Sanciones aplicables a la Gran y Mediana Minería respecto de Labores de Explotación, Beneficio, Transporte y Almacenamiento de Concentrados de Minerales; se establece expresamente que el incumplimiento de los LMP constituye una infracción muy grave y, por tanto, que la sanción pecuniaria aplicable puede ser de hasta 10 000 UIT.

Por tal motivo, corresponde desestimar este argumento de la apelante.

IV.6. Sobre el ejercicio arbitrario y abusivo de la potestad sancionadora

63. Respecto a lo alegado en el literal e) del considerando 5 de la presente Resolución, cabe señalar que, conforme al análisis expuesto por este Órgano Colegiado en los numerales IV.2, IV.3, IV.4 y IV.5 de la presente Resolución, el presente procedimiento administrativo sancionador ha observado el contenido de los Principios de Tipicidad, Legalidad y Verdad Material previstos en 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 mismo⁵⁰.
64. 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 pertinencia⁵¹.
65. 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.

 ⁵⁰ Ley N° 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001.-
Artículo 229°.- Ámbito de aplicación de este Capítulo
229.1 Las disposiciones del presente Capítulo disciplinan la facultad que se atribuye a cualquiera de las entidades para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados.

 ⁵¹ Ley N° 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001.-
Artículo 162°.- Carga de la prueba (...)
162.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

 Resolución Ministerial N° 010-93-JUS. Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, publicada el 22 de abril de 1993.-

Artículo 190°.- Pertinencia e improcedencia.-

Los medios probatorios deben referirse a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión. Los que no tengan esa finalidad, serán declarados improcedentes por el Juez.

Son también improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer:

1. Hechos no controvertidos, imposibles, o que sean notorios o de pública evidencia;
2. Hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de la demanda, de la reconvencción o en la audiencia de fijación de puntos controvertidos. Sin embargo, el Juez puede ordenar la actuación de medios probatorios cuando se trate de derechos indisponibles o presuma dolo o fraude procesales;
3. Los hechos que la ley presume sin admitir prueba en contrario; y
4. El derecho nacional, que debe ser aplicado de oficio por los Jueces. En el caso del derecho extranjero, la parte que lo invoque debe realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido. La declaración de improcedencia la hará el Juez en la audiencia de fijación de puntos controvertidos. Esta decisión es apelable sin efecto suspensivo. El medio de prueba será actuado por el Juez si el superior revoca su resolución antes que se expida sentencia. En caso contrario, el superior la actuará antes de sentenciar.

66. 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 impertinente⁵².
67. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que la apelante tiene expedito su derecho para hacer uso de los medios de defensa legal que le reconoce el ordenamiento jurídico para cuestionar lo resuelto por esta entidad, lo que debe encausarse a través de las vías procedimentales correspondientes.

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

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental; Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA y Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, modificado por Resolución N° 014-2012-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, Héctor Adrián Chávrry Rojas y Francisco José Olano Martínez.

SE RESUELVE:



Artículo Primero.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación presentado por VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A. contra la Resolución Directoral N° 021-2013-OEFA/DFSAI del 11 de enero de 2013, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución, quedando agotada la vía administrativa.



Artículo Segundo.- DISPONER que el monto de la multa, ascendente a ciento cincuenta (150) 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 número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.



⁵² Ley N° 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001.-

Artículo 163°.- Actuación probatoria

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

Artículo Tercero.- NOTIFICAR la presente resolución a VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A. y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.



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



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



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



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