

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N°103-2013-OEFA/TFA

Lima, 30 ABR. 2013

VISTO:

El Recurso de Apelación interpuesto por VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A. contra la Resolución Directoral N° 073-2013-OEFA/DFSAI emitida por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental el 21 de febrero de 2013, en el Expediente N° 050-09-MA/E; y el Informe N° 106-2013-OEFA/TFA/ST de fecha 29 de abril de 2013;

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes

1. El procedimiento administrativo sancionador se inició como consecuencia de la supervisión especial llevada a cabo del 20 al 23 de agosto de 2009, en las instalaciones de la Unidad Minera San Cristóbal/Mahr Túnel, de titularidad de VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A. (en adelante, VOLCAN)¹, ubicada en el distrito de Yauli, provincia de Yauli y departamento de Junín; en la cual se detectó una infracción a la normativa ambiental. Como producto de dicha supervisión se elaboró el Informe N° 002-2009/CEP&S-MA (Fojas 002 a 149).

Asimismo, mediante Oficio N° 232-2010-OS-GFM del 24 de febrero de 2010, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN) remite a VOLCAN los suplementos de Informes de Ensayo con Valor Oficial MA905208, MA905212 y MA905244, emitidos por el Laboratorio SGS del Perú S.A.C.; a través de los cuales se corrigen los decimales de los resultados de potencial de hidrógeno (pH) y temperatura de todos los puntos de monitoreo correspondientes a la supervisión especial realizada.

¹ La empresa VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A. cuenta con Registro Único de Contribuyente N° 20383045267.

2. En la Resolución Directoral N° 073-2013-OEFA/DFSAI (Fojas 187 a 190), notificada el 22 de febrero de 2013, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA) incluyó el siguiente cuadro que muestra los resultados obtenidos en el punto de control E-6 (EM-521):

Punto de Monitoreo	Parámetro	NMP según Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM/VMM	Día	Turnos	Resultado de del análisis del Informe de Ensayo N° MA905212	Resultado de del análisis del Informe de Ensayo Suplementario N° MA905212
E-6 (EM-521)	pH	6-9	Día 1: 20/08/2009	Turno 2	4.90	4.93
			Día 1: 20/08/2009	Turno 3	5.00	5.02
			Día 3: 23/08/2009	Turno 1	9.10	9.10

3. En atención a lo previsto en la citada Resolución Ministerial, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos resolvió imponer a VOLCAN una multa de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), al haber excedido los Límites Máximos Permisibles, conforme se detalla a continuación:

Hecho Imputado	Norma Incumplida	Tipificación	Sanción
Por encontrarse fuera del valor establecido como nivel máximo permisible respecto del parámetro potencial de hidrógeno (en adelante, pH), en el punto de monitoreo E-6 (EM-521), correspondiente al efluente de descarga de la planta concentradora Marth Túnel y depósito de relaves	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N°011-96-EM/VMM ²	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ³	50 UIT
MULTA TOTAL			50 UIT

² 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.

³ 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. (...)*

4. Mediante escrito presentado el 15 de marzo de 2013 (Fojas 191 a 216) VOLCAN interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 073-2013-OEFA/DFSAI del 21 de febrero de 2013, sosteniendo lo siguiente:

- a) Se ha vulnerado el principio del debido procedimiento al no haberse aplicado lo dispuesto en el Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua, aprobado mediante Resolución Directoral N° 004-94-EM/DGAA, toda vez que el equipo portátil de campo debió ser calibrado en el laboratorio y adicionalmente, antes de efectuar la medición en campo.

Sin embargo, de la revisión del anexo 5 del Informe de Supervisión se verifica que los equipos han sido calibrados el 22 de junio de 2009 y el 30 de agosto de 2009; es decir, dos meses antes y días después de haberse llevado a cabo la supervisión especial.

Asimismo, VOLCAN refiere que SGS DEL PERÚ S.A.C. no ha sido acreditado como laboratorio de calibración de equipos de monitoreo; por tanto, no debe otorgarse credibilidad a los resultados obtenidos por los equipos multiparámetros que han sido utilizados para medir el nivel de pH en el efluente monitoreado en el punto de control E-6 (EM-521).

- b) Se han vulnerado los principios de legalidad y tipicidad previstos en los numerales 1 y 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, así como en el literal d) del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política de 1993, ya que la Escala de Multas y Penalidades fue aprobada por una Resolución Ministerial y no por una ley o una norma con rango de ley.

- c) Asimismo, se ha transgredido el principio de tipicidad al haber 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.

- d) No se ha demostrado el supuesto daño ambiental, por cuanto la sola verificación del exceso de los LMP no determina la configuración de un menoscabo material al ambiente o sus componentes, que genere además efectos negativos actuales o potenciales; por tal motivo, la multa impuesta resulta arbitraria. Además, el exceso de LMP no constituye un daño al medio ambiente, como erróneamente se argumenta en la resolución apelada.

Asimismo, OEFA hace una interpretación errónea del artículo 142° de la Ley General del Ambiente, concluyendo que el daño ambiental ocurre cuando se puede causar efectos adversos en el ambiente; sin embargo, la LGA indica que la potencialidad está referida a los efectos del menoscabo material cuya existencia debe demostrarse.

Por tanto, se ha vulnerado el principio del debido procedimiento y el principio de verdad material contemplado en los numerales 1.2 y 1.11 del artículo IV de la Ley N° 27444.

- e) No se ha acreditado la relación de causalidad entre la conducta de VOLCAN y el supuesto daño ambiental.
- f) El OEFA no es competente para probar la existencia de un daño al ambiente, siendo que los estudios que debieron realizarse en el cuerpo receptor para probar que existió o existirá un daño al ambiente son competencia de la Autoridad Nacional del Agua – ANA.

II. Competencia

- 5. 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 Ambiente⁴, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental.
- 6. En mérito a lo establecido en los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental⁵, 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.
- 7. 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,

⁴ 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.

⁵ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 5 de marzo de 2009, modificada por Ley N° 30011, publicada el 26 de abril de 2013.-

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

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

Artículo 11°.- Funciones generales

11.1 El ejercicio de la fiscalización ambiental comprende las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, y sanción destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables establecidas en la legislación ambiental, así como de los compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental y de los mandatos o 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.

(...)

supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA⁶.

8. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM⁷ se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN⁸) al OEFA, y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de julio de 2010⁹, 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.
9. Por otro lado, el artículo 10° de la Ley N° 29325¹⁰, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM¹¹, y el artículo 4° del Reglamento Interno del

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ 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.

⁹ 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.

¹⁰ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 5 de marzo de 2009, modificada por Ley N° 30011, publicada el 26 de abril de 2013.-

Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

10.1 El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) contará 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.

(...)

¹¹ 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:

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

III. Norma Procedimental Aplicable

10. Previamente al análisis de los argumentos formulados por VOLCAN, este órgano colegiado considera pertinente, en virtud del principio del debido procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444¹³, establecer la normativa procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes.
11. En tal sentido, corresponde indicar que a la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 640-2007-OS/CD del 30 de octubre de 2007; siendo aplicable posteriormente, el Reglamento del Procedimiento Administrativo

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

¹² 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, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 014-2012-OEFA/CD, publicada el 22 de diciembre de 2012.-

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.

Las resoluciones del Tribunal agotan la vía administrativa y se difunden para que sean de conocimiento público a través del portal institucional del OEFA.

Los pronunciamientos de la Sala Plena del Tribunal son de obligatorio cumplimiento y constituyen precedentes administrativos de observancia obligatoria en materia ambiental, siempre que esto se señale en la misma resolución debidamente sustentada, debiendo ser publicada de acuerdo a las normas correspondientes en el diario oficial El Peruano y en el portal institucional del OEFA. Asimismo, el Tribunal podrá disponer la publicación en el diario oficial El Peruano de resoluciones que contengan o desarrollen criterios de importancia en materia de competencia del OEFA.

¹³ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.-

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

(...)

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

(...)

Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, vigente desde el 14 de diciembre de 2012¹⁴.

IV. Análisis

IV.1 Protección constitucional al ambiente

12. De acuerdo al numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú¹⁵, toda persona tiene el derecho fundamental a “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.
13. 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”¹⁶.

14. Asimismo, dicho Tribunal ha indicado 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”¹⁷, 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,

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

(...)

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 4.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de agosto de 2008, recaída en el Expediente 3610-2008-PA/TC, fundamento jurídico 33.

por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de las generaciones presentes y futuras”¹⁸. (Resaltado nuestro)

“(…) la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsoras 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”¹⁹ (Resaltado nuestro)

15. 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”²⁰.
16. 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 vivos y que determina y condiciona su existencia. Es el ámbito en que se desarrolla la vida y en cuya creación no ha intervenido la acción humana. En puridad, medio ambiente alude al compendio de elementos naturales —vivos e inanimados— sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivos (plantas, animales y microorganismos)”²¹.

17. En esa línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente²², 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

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 11.

¹⁹ Ibid. Fundamento jurídico 24.

²⁰ 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)

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional del 1 de abril de 2005, recaída en el Expediente 0048-2004-AI, fundamento jurídico 27.

²² 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.

que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.

18. En 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.
19. En este orden de ideas, puede afirmarse que las normas sectoriales referidas a la protección y conservación del ambiente deberán interpretarse y aplicarse dentro del marco constitucional que regula el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado.

IV.2 Con relación a la calibración del equipo portátil de campo multiparámetro

20. Conforme se ha recogido en el literal a) del considerando 4 de la presente Resolución, la empresa recurrente alegó que se ha vulnerado el principio del debido procedimiento, toda vez que la calibración del equipo de medición fue realizada dos meses antes y días después de la supervisión, incumpliendo el Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua.
21. Al respecto, corresponde mencionar que de acuerdo al principio del debido procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, los pronunciamientos de la autoridad administrativa deben sustentarse en la debida aplicación e interpretación del conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico vigente²³.
22. En tal sentido, resulta oportuno señalar que de acuerdo al numeral 4.2 del Rubro 4.0 del Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua aprobado por Resolución Directoral N° 004-94-EM/DGAA²⁴, en la preparación de un viaje de muestreo deberá limpiarse y calibrarse todo el equipo, los reactivos y soluciones buffer deberán estar frescos y completos y los recipientes de muestreo ordenados.


²³ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.-
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:
(...)

1.2. **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.


²⁴ Resolución Directoral 004-94-EM/DGAA - Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua, publicada el 02 de marzo de 1994.-

4.2 Preparación

En la preparación de un viaje de muestreo, deberá limpiarse y calibrarse todo el equipo; los reactivos y soluciones buffer deberán estar frescos y completos, los recipientes de muestreo ordenados (limpiados de acuerdo los procedimientos estándar)



23. El referido Protocolo señala que además resultará prudente verificar que cada instrumento cumpla con los estándares de calibración antes de ir a campo, y precisa que la calibración de las sondas para los medidores de pH debe verificarse frecuentemente para determinar si tienen la exactitud y precisión de los instrumentos de laboratorio²⁵.
24. En esta misma línea, de acuerdo al literal f) del numeral 5 de la Directriz SNA-acr-12d del Servicio Nacional de Acreditación, que aprueba los Criterios para la Trazabilidad de las Mediciones (*Policy on traceability of measurements*), uno de los elementos esenciales de la trazabilidad es el intervalo de calibración, el mismo que establece²⁶.

"f) Intervalos de calibración; con el objeto de mantener la trazabilidad de las mediciones, las calibraciones deberán repetirse a intervalos apropiados; la frecuencia de las calibraciones depende de una serie de variables, por ejemplo, la exactitud requerida, incertidumbre requerida, la frecuencia y modo de uso y la estabilidad de los equipos, entre otros." (Resaltado nuestro)

25. Por tal motivo, y contrariamente a lo sostenido por VOLCAN, se concluye que, del Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua aprobado por Resolución Directoral N° 004-94-EM/DGAA, para la realización de muestreos en campo deberá verificarse el estado de calibración de dicho equipo, de modo tal que se asegure su correcto funcionamiento; no siendo necesario que se someta al equipo de medición a un procedimiento de calibración cada vez que se realiza una supervisión.
26. En consecuencia, no existe norma imperativa alguna que establezca una periodicidad u oportunidad en que se deba practicar la calibración de estos instrumentos, lo que es ratificado por el Sistema Nacional de Acreditación, al


²⁵ Resolución Directoral 004-94-EM/DGAA - Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua, publicada el 02 de marzo de 1994.-

(...)

4.2.1 Equipo

Para garantizar la calidad de las muestras, deberá limpiarse todo el equipo al finalizar el viaje de muestreo y mantenerse en óptimo estado de limpieza y en buenas condiciones de funcionamiento. Deberá tenerse un registro de mantenimiento de cada instrumento, a fin de anotar el mantenimiento del equipo, reemplazo de sondas o electrodos, reemplazo de baterías y cualquier problema o lecturas o calibraciones irregulares encontradas al usar las sondas o electrodos. Es prudente verificar que cada instrumento cumpla con los estándares de calibración antes de ir a campo.

4.2.2 Instrumentos Analíticos

Algunas sondas o electrodos manuales tipo «bolígrafo» están disponibles para las medidores de campo de parámetros, tales como pH, Eh, temperatura, conductividad y TOS. Estos pueden utilizarse para observaciones de campo y programas de reconocimiento. No obstante, la calibración de estas sondas debe verificarse frecuentemente para determinar si tienen la exactitud y precisión de los instrumentos de laboratorio. Por lo general, los fabricantes harán mención de la exactitud de cada instrumento.

Los instrumentos portables están disponibles para medir parámetros de campo en la estación de muestreo. Estos parámetros incluyen algunos o todos, a saber: Eh, pH, conductividad, temperatura, oxígeno disuelto y turbidez. Algunos proveedores de instrumentos tienen a disposición juegos de campo para las medidores de sulfato alcalinidad, acidez y dureza. No obstante, por lo general, el laboratorio de análisis mide estos últimos parámetros. Los medidores de flujo usualmente requieren la instalación de un vertedero en los Lugares de flujos mayores. Se requerirá un cronómetro y, posiblemente, un calibrador de profundidad o varilla de medición.


²⁶ La Directriz SNA-acr-120 del Servicio Nacional de Acreditación, que aprueba los Criterios para la Trazabilidad de las Mediciones (*Policy on traceability of measurements*), se encuentra disponible en:
<http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/O/Ojfer/acre01/Requisitos/DocGenerales/DirectrizDeTrazabilidad.pdf>

indicar que su realización depende de diversos factores, sin fijar un intervalo o plazo para la calibración, conforme a lo citado precedentemente.

27. Así las cosas, el Informe de Calibración LMQ-013-2008 de fecha 30 de setiembre de 2008 (Folios 124 a 127) acredita que el equipo Multiparámetro marca HACH modelo **HQ40d (del medidor); PCHC101 (electrodo de pH) y CDC401 (electrodo de conductividad)** ha sido calibrado por el Laboratorio de Metrología Química del Servicio Nacional de Metrología del Instituto Nacional de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI).
28. Cabe enfatizar que esta calibración aseguró, sin necesidad de ensayos y ediciones duplicadas, el cumplimiento de las características del equipo que lo hacen operativo, dentro de las especificaciones técnicas del fabricante.
29. Por tanto, se ha acreditado el cumplimiento del Protocolo aprobado por Resolución Directoral N° 004-94-EM/DGAA en lo relativo a la condición de los equipos para mediciones en campo.
30. De otro lado, en relación a lo señalado por la recurrente sobre la falta de acreditación del laboratorio SGS DEL PERÚ S.A.C. para realizar la calibración de los equipos; cabe precisar que de acuerdo al subnumeral 5.6.1 y los puntos 5.6.2.1 y 5.6.2.2 del sub-numeral 5.6.2 del Rubro 5 de la Norma Técnica Peruana NTP-ISO/IEC 17025²⁷, los equipos deben calibrarse antes de ser puestos en

27

Resolución Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales N° 0018-2001-INDECOPI-CRT - Norma Técnica Peruana NTP-ISO/IEC 17025: Requisitos Generales para la Competencia de Laboratorios de Ensayo y Calibración, publicada el 08 de marzo de 2001.-

5.6. Trazabilidad de la medición

5.6.1 Generalidades

Todo equipo utilizado para ensayos y/o calibraciones, incluyendo el equipo para medición auxiliar (por ejemplo, para las condiciones ambientales) que tengan un efecto significativo sobre la exactitud o validez del resultado del ensayo, calibración o muestreo debe calibrarse antes de ser puesto en servicio. El laboratorio debe tener un programa y procedimiento establecidos para la calibración de su equipo.

NOTA: Tal programa debería incluir un sistema para seleccionar, utilizar, calibrar, verificar, controlar y mantener los patrones de medición, materiales de referencia utilizados como patrones de medición, y equipos de ensayo y medición utilizado para realizar ensayos y calibraciones.

5.6.2 Requisitos específicos

5.6.2.1 Calibración

a) Para laboratorios de calibración, el programa de calibración del equipo debe diseñarse y operarse de tal modo que asegure que las calibraciones y mediciones hechas por el laboratorio sean trazables al Sistema Internacional de Unidades (SI).

Un laboratorio de calibración establece la trazabilidad de sus propios patrones de medición e instrumentos de medición al SI a través de una cadena ininterrumpida de calibraciones o comparaciones que los enlaza a los patrones primarios pertinentes de las unidades de medición del SI. El enlace a las unidades del SI puede ser alcanzado haciendo referencia a patrones de medición nacionales. Los patrones de medición nacionales pueden ser patrones primarios, los cuales son "realizaciones" primarias de las unidades del SI o representaciones acordadas de las unidades del SI basadas en constantes físicas fundamentales, o pueden ser patrones secundarios los cuales son patrones calibrados por otro instituto metrológico nacional. Al utilizar servicios de calibración externos, debe asegurarse la trazabilidad de la medición utilizando servicios de calibración de laboratorios que pueden demostrar competencia técnica, capacidad de medición y trazabilidad. Los certificados de calibración emitidos por estos laboratorios deben contener los resultados de medición, incluyendo la medición de la incertidumbre y/o una declaración del cumplimiento con una especificación metrológica identificada (Véase también 5.10.4.2).

(...)

5.6.2.2 Ensayos

a) Para los laboratorios de ensayo, los requisitos dados en 5.6.2.1 se aplican para el equipo de medición y ensayo utilizado en funciones de medición, a menos que se haya establecido que la incertidumbre de la

servicio y los laboratorios deben tener un programa o procedimiento establecido para la calibración de su equipo, el mismo que debe ser diseñado y operado de tal modo que asegure que las calibraciones y mediciones hechas por el laboratorio sean trazables al Sistema Internacional de Unidades (SI).

31. En el caso particular, si bien la calibración del equipo multiparámetro ha sido solicitada por el Laboratorio SGS DEL PERÚ S.A.C.; ésta fue realizada por el **Laboratorio de Metrología Química del Servicio Nacional de Metrología del INDECOPI**, el mismo que documenta la trazabilidad a los patrones nacionales, que realizan las unidades de medida de acuerdo con el Sistema Internacional de Unidades (SI).
32. Por tal motivo, considerando que el equipo multiparámetro para realizar la medición del parámetro pH se encontraba debidamente calibrado, conforme consta del Informe de Calibración LMQ-013-2008 de fecha 30 de setiembre de 2008 (Folios 124 a 127), corresponde tener por válidos los resultados obtenidos por dicho equipo de medición.
33. En atención a lo expuesto, se constata que durante el procedimiento de supervisión se aplicaron correctamente las pautas derivadas de los dispositivos antes descritos; por lo que no se ha producido vulneración alguna del debido procedimiento invocado por la recurrente, correspondiendo desestimar lo alegado en este extremo.

IV.3 Con relación a la vulneración de los principios de legalidad y tipicidad

34. Conforme se ha señalado en el literal b) del considerando 4 de la presente Resolución, la empresa recurrente alegó que se ha vulnerado los principios de legalidad y tipicidad, al haberse sancionado sobre la base de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, la misma que constituye una norma con rango infra legal, que no cuenta con una remisión directa y expresa de la ley.
35. Al respecto, cabe indicar que en el marco de los principios de legalidad y tipicidad recogidos en los numerales 1 y 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, la tipificación de aquellas conductas constitutivas de infracción así como la previsión de las consecuencias administrativas aplicables a título de sanción deben observar la regla de la reserva legal, esto es, encontrarse previstas en normas con rango de ley²⁸.

calibración asociada contribuye muy poco a la incertidumbre total de los resultados del ensayo. Cuando surja esa situación, el laboratorio debe asegurar que el equipo utilizado puede proporcionar la incertidumbre de medición requerida.

NOTA: El punto hasta el cual se deberían seguir los requisitos en 5.6.2.1 depende del aporte relativo de la incertidumbre de calibración a la incertidumbre total. Si la calibración es un factor dominante, debería seguirse estrictamente los requisitos.

b) Cuando la trazabilidad de las mediciones a las unidades del SI no sea posible y/o pertinentes, se requieren los mismos requisitos de trazabilidad que para laboratorios de calibración, por ejemplo, a materiales de referencia certificados, métodos armonizados y/o normas de consenso. (Véase 5.6.2.1 .b)

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:

²⁸

36. Corresponde precisar que la legalidad de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM se estableció a través de la Ley General de Minería con el texto concordado publicado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, de conformidad con lo establecido en la Tercera Disposición Final de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley N° 26821; norma con rango de ley que permite la remisión a disposiciones reglamentarias para el ejercicio de la potestad sancionadora en el sector minero²⁹.
37. 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 Ambiente³⁰.
38. En este contexto normativo 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.
39. Asimismo, mediante la Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 28964³¹, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las

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

(...)

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.

²⁹ Ley N° 26821. Ley Orgánica para el Aprovechamiento de los Recursos Naturales, publicado 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

³⁰ 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.

³¹ Ley N° 28964 - Ley que Transfiere Competencias de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Mineras al OSINERG, publicada el 24 de enero de 2007.-

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

PRIMERA.- En tanto se aprueben por el OSINERGMIN, los procedimientos de fiscalización de las actividades mineras a su cargo, seguirán vigentes las disposiciones sobre esta materia contenidas en la Ley N° 27474 y continuarán aplicándose los procedimientos establecidos en el Reglamento de Fiscalización de Actividades Mineras, aprobado por Decreto Supremo N° 049-2001-EM y sus normas modificatorias, así como la Escala de Sanciones y Multas, aprobada por Resolución Ministerial N° 310-2000-EM, siendo de aplicación todas las normas complementarias de estas disposiciones que se encuentren vigentes a la fecha de promulgación de la presente Ley, y continuará habilitada la nómina de Fiscalizadores Externos. Para efectos del Arancel de Fiscalización será de aplicación lo dispuesto en el artículo 7° de la presente Ley, y seguirán vigentes todas las disposiciones reglamentarias y complementarias que no se le opongan.

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 en la Escala de Sanciones y Multas aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, siendo de aplicación todas las normas complementarias de estas disposiciones que se encontraban vigentes a la fecha de la promulgación de esta Ley.

40. A su vez, con relación a la vigencia de la citada Resolución Ministerial cabe señalar que a través del Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, en concordancia con la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325³², se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental del OSINERGMIN al OEFA, siendo que mediante el artículo 4° del referido dispositivo legal se autorizó a este Organismo a sancionar las infracciones en materia ambiental empleando el marco normativo y escalas de sanciones que venía aplicando el regulador³³.
41. Por lo tanto, la legalidad de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM viene dada por la Ley General de Minería, complementada a su vez, por las indicadas Leyes N° 28964 y N° 29325; y, en ese sentido, deviene válidamente aplicable por el OEFA, no habiéndose producido vulneración alguna a los principios de legalidad y tipicidad.

Por lo expuesto, corresponde desestimar lo argumentado por la apelante en este extremo.

IV.4 Sobre la presunta 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

42. En relación a lo recogido en el literal c) del considerando 4 de la presente Resolución, la empresa recurrente ha alegado que se ha transgredido el principio de tipicidad al habersele sancionado bajo una interpretación extensiva del numeral 3.2 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, el cual exige

³² 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 de recursos, de cada una de las entidades.
(...)

³³ 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 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.

que el daño ambiental haya quedado demostrado durante la investigación respectiva, lo que no habría ocurrido en el presente caso.

43. Al respecto, 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.
44. En ese sentido, 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/MMM, involucra dos (2) elementos como parte de su supuesto de hecho:
- a) Incumplimiento del artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/MMM, por exceso de los LMP.
 - b) Que el exceso de los LMP detectados durante la supervisión origine un daño al ambiente.
45. Así, 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 el punto de control E-6 (EM-521), se encuentra debidamente acreditado conforme a los resultados contenidos en los documentos emitidos por el Laboratorio de Ensayo SGS DEL PERÚ S.A.C.³⁴:
- Informe de Ensayo con Valor Oficial MA905212 (Fojas 79 a 81); y
 - Suplemento de Informe de Ensayo con Valor Oficial MA905212 (Fojas 175 a 177).
46. Con relación al elemento descrito en el literal b) del considerando 44, resulta oportuno señalar que conforme se desprende del Cuadro N° 03-B Resultados del Punto E-6 (EM-521) de la Primera Campaña de Monitoreo 2009- Efluentes (Fojas 17) contenidos en el Informe N° 002-2009/CEP&S-MA, el muestreo realizado en el punto de control E-6 (EM-521) se llevó a cabo durante la supervisión especial efectuada por la supervisora externa Consorcio EMAIMEHSUR S.R.L. PROING & SERTEC S.A. ING. ASOC. en las instalaciones de la recurrente, el cual arroja resultados que se encuentran fuera del rango de los LMP establecidos por el ordenamiento jurídico ambiental.
47. Por lo expuesto precedentemente, el Informe elaborado por la supervisora externa concluye que los resultados de los monitoreos realizados al parámetro pH en el punto de control E-6 (EM-521) se encontraban fuera del rango establecido como

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-002.

Los citados Informes de Ensayo se encuentran anexos al Informe N° 002-2009/CEP&S-MA, elaborado por la supervisora externa Consorcio EMAIMEHSUR S.R.L. PROING & SERTEC S.A. ING. ASOC.

nivel máximo permisible, configurándose así la situación de daño ambiental definida en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, conforme se detallará en el numeral IV.5. de la presente Resolución.

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

IV.5 En cuanto a la verificación del daño ambiental durante la supervisión y la vulneración de los principios de debido procedimiento y verdad material

48. Conforme se ha mencionado en el literal d) del considerando 4 de la presente Resolución, la empresa recurrente ha alegado que se ha vulnerado el principio del debido procedimiento y verdad material al no haberse demostrado la ocurrencia de un daño ambiental, real o potencial.
49. Al respecto, 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.
50. Por su parte, el principio de verdad material previsto 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, prescribe que los pronunciamientos que emiten las entidades al interior de los procedimientos administrativos sólo podrán sustentarse en aquellos hechos que se encuentren debidamente probados³⁵.
51. En efecto, de acuerdo a lo señalado por MORÓN URBINA sobre los alcances del referido principio, cabe considerar que³⁶:

"(...) las actuaciones probatorias de las autoridades deben estar dirigidas a la identificación y comprobación de los hechos reales producidos y a constatar la realidad, independientemente de cómo hayan sido alegadas

³⁵ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001.-
Artículo IV.- Principios del procedimiento 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.
En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

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. (...)

³⁶ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima. 9° edición, 2011. p. 84.

y, en su caso, probadas por los administrados participantes en el procedimiento. En sentido inverso, el principio pretende que la probanza actuada en el procedimiento permita distinguir cómo en realidad ocurrieron los hechos (verdad real o material) de lo espontáneamente pueda aparecer en el expediente de acuerdo a las pruebas presentadas por los administrados (verdad formal o aparente), para dar la solución prevista en la ley. Debe tenerse en cuenta que siendo la actuación administrativa la ejecución de la voluntad de la ley, corresponde a la autoridad apreciar si existen en cada caso, los presuntos hechos de las normas (ej. contaminación ambiental), para poder aplicar la consecuencia jurídica prevista en la misma norma (ej. medida correctiva, de remediación o sanción administrativa).”

52. En este contexto normativo, es tarea de este Organismo acreditar que la decisión de sancionar a VOLCAN se encuentra debidamente motivada, así como determinar que los hechos imputados sean producto de actividades atribuibles a dicha empresa.
53. Sobre el particular, cabe indicar que en el presente caso se cuestiona la presencia de daño ambiental como elemento necesario para configurar una infracción como grave, de acuerdo a la tipificación recogida en el numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM por el incumplimiento de LMP, motivo por el cual reviste de vital importancia determinar los alcances de la categoría “daño ambiental”, en este supuesto³⁷.
54. Al respecto, el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611³⁸ 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**³⁹.



³⁷ 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, Carlos. Manual de Derecho Ambiental. Editorial Iustitia. Lima, 2011.



³⁸ 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.



³⁹ 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.

55. En ese sentido, conforme el pronunciamiento emitido por este Tribunal mediante la Resolución N° 082-2013-OEFA/TFA⁴⁰, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 15 de abril de 2013, la definición de daño ambiental prevista en la Ley N° 28611 recoge dos elementos de importancia:
- a) El daño ambiental debe importar un menoscabo material al ambiente y/o a alguno de sus componentes.
 - b) El referido menoscabo material debe generar efectos negativos, que pueden ser **actuales o potenciales**.
56. Con relación al primer elemento, referido al menoscabo material, cabe señalar que ello involucra toda afectación⁴¹ 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.
57. 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 potenciales⁴², entendiendo como potencial aquello que puede suceder o existir⁴³.
58. 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"*⁴⁴.
59. En tal sentido, el menoscabo material se configura frente a toda acción u omisión, que altere, trastorne o disminuya algún elemento constitutivo del ambiente⁴⁵; 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.

⁴⁰ Procedimiento administrador sancionador seguido contra NYRSTAR ANCASH S.A., tramitado en expediente N° 157-09-MA/E.

⁴¹ 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.

⁴² 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/gimadus/19/06_mario_penia_chacon.html

⁴³ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

⁴⁴ SANCHEZ YARINGAÑO, Gadwyn. Ibid. loc. cit.

⁴⁵ Al respecto, ver considerando 17 de la presente Resolución.

60. 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 (...)**”*⁴⁶ (Resaltado nuestro).
61. Por ello, si una empresa excede los LMP, causa o puede causar efectos negativos que, de acuerdo con la definición del numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, constituyen 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.
62. 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/VMM⁴⁷, referida a la generación de daño al ambiente⁴⁸.
63. En este contexto, en el presente caso se evidencia que la empresa recurrente ha generado daño ambiental al encontrarse fuera del valor establecido como nivel máximo permisible aplicable al parámetro pH, tal como ha quedado acreditado en el Informe de Ensayo con Valor Oficial N° MA905212 del 28 de agosto de 2009 (Fojas 79 a 81) así como el Informe de Ensayo Suplementario N° MA905212 del 30 de diciembre de 2009 (Fojas 175 al 177) elaborados por el laboratorio acreditado SGS del Perú S.A.C.
64. En consecuencia, siguiendo lo recogido en los considerandos 54 al 63 de la presente Resolución, la empresa recurrente ha incurrido en la comisión de la infracción grave prevista en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM al haber excedido los LMP permitidos.
65. El análisis realizado en el presente caso guarda coherencia y uniformidad con las reiteradas resoluciones que este Tribunal ha emitido sobre la comisión de

⁴⁶ 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)

⁴⁷ Ver nota a pie de página 3.

⁴⁸ Resulta pertinente precisar que en el Decreto Supremo 007-2012-MINAM publicada el 10 de noviembre de 2012, que aprueba el Cuadro de Tipificación de Infracciones Ambientales y Escala de Multas y Sanciones aplicables a la Gran y Mediana Minería respecto de Labores de Explotación, Beneficio, Transporte y Almacenamiento de Concentrados de Minerales; se establece expresamente que el incumplimiento de los LMP constituye una infracción muy grave y, por tanto, que la sanción pecuniaria aplicable puede ser de hasta 10 000 UIT.

infracciones graves, al haberse excedido los LMP; estableciéndose que el exceso de los LMP genera daño al ambiente, en los términos de la definición de daño que recoge el numeral 142.2 del artículo 142 de la Ley General del Ambiente.

66. Finalmente, corresponde precisar que de acuerdo al análisis formulado en los párrafos precedentes, en el presente procedimiento administrativo sancionador se respetaron las garantías inherentes al Debido Procedimiento, al emitirse una decisión motivada, adecuada al contenido de las normas que integran el ordenamiento positivo y sustentada en la acreditación de los hechos que configuran la infracción imputada a VOLCAN, por lo que no se ha vulnerado los principios del debido procedimiento y verdad material, regulados en los numerales 1.2 y 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

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

IV.6 Sobre la relación de causalidad entre la conducta imputada a VOLCAN y el daño ambiental ocasionado

67. Conforme se ha señalado en el literal e) del considerando 4 de la presente Resolución, la empresa recurrente ha alegado que no se ha establecido la relación de causalidad entre la conducta imputada a VOLCAN y el supuesto daño ocasionado.

68. Cabe señalar 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.

69. 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.

70. Al respecto, sobre lo mencionado en el literal a) del considerando 69, cabe indicar que el incumplimiento de los valores establecidos como nivel máximo permisible respecto del parámetro pH en el punto de monitoreo E-6 (EM-521) ha quedado acreditado en el Informe de Ensayo con Valor Oficial N° MA905212 del 28 de agosto de 2009 (Fojas 79 a 81) así como en el Informe de Ensayo Suplementario N° MA905212 del 30 de diciembre de 2009 (Fojas 175 al 177).

71. A su vez, con relación a lo recogido en el literal b) del considerando 69, corresponde precisar que del análisis de los medios probatorios que obran en el Informe N° 002-2009/CEP&S-MA, se constata que los incumplimientos se verificaron dentro de las instalaciones de la recurrente y provienen de sus actividades.

72. Asimismo, de acuerdo a lo señalado en el numeral IV.5 de la presente Resolución, se evidencia que la empresa recurrente ha generado daño ambiental al encontrarse al parámetro pH fuera del valor establecido como nivel máximo

permisible, tal como ha quedado acreditado en los informes de ensayo con valor oficial elaborados por el laboratorio acreditado SGS del Perú S.A.C.

73. Por consiguiente, habiéndose verificado que la conducta imputada y el daño ambiental ocasionado al interior del presente procedimiento sancionador 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.

IV.7 Sobre la competencia del OEFA para sancionar por incumplimiento de LMP

74. Respecto a lo alegado en el literal f) del considerando 4 de la presente Resolución, la empresa recurrente sostiene que los estudios que deban realizarse en el cuerpo receptor para probar si existió o existirá daño al ambiente son competencia de la Autoridad Nacional del Agua – ANA y no del OEFA.

75. Sobre el particular, no deben confundirse las normas de emisión, que comprenden a los LMP como nivel de protección ambiental cuya medición se realiza en la fuente de las emisiones o vertimientos con el propósito de controlar, en este caso, los efluentes provenientes de la actividad minera; y las normas de calidad referidas a los cuerpos receptores, que son competencia de la Autoridad Nacional del Agua.

76. En razón de aquello, no resulta relevante en el presente caso analizar la calidad de cuerpo receptor dado que la infracción es por exceso de los LMP; en ese sentido, sólo corresponde determinar si la apelante ha excedido los LMP, obligación que se encuentra establecida en el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

77. Bajo ese supuesto, conforme se ha señalado en el considerando 62 de la presente Resolución, se tiene que el exceso de los LMP implica la existencia de daño ambiental; y, por tanto, configura la infracción grave prevista en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, referida a la generación de daño al ambiente.

78. En base a lo expuesto, se tiene que en el presente procedimiento administrativo sancionador se ha probado que VOLCAN ha generado daño ambiental al haber excedido los LMP, conforme se ha establecido en el numeral IV.5 de la presente Resolución; por ello lo alegado por la apelante resulta improcedente.

Por lo expuesto, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente 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 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; la Resolución N° 005-2011-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA;

SE RESUELVE:

Artículo primero.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA VOLCAN S.A.A. contra la Resolución Directoral N° 073-2013-OEFA/DFSAI del 21 de febrero de 2013, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

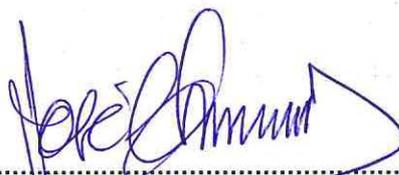
Artículo segundo.- DISPONER que el monto de la multa impuesta, ascendente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), sea depositado en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicar al momento de la cancelación al banco el número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

Artículo tercero.- NOTIFICAR la presente resolución a COMPAÑÍA MINERA VOLCAN S.A.A. y **REMITIR** el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA para los fines correspondientes.

Regístrese y comuníquese.



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



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



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



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