

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 129-2013-OEFA/TFA

Lima, 07 JUN. 2013

VISTO:

El Recurso de Apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA COLQUIRRUMI S.A. contra la Resolución Directoral N° 003-2013-OEFA/DFSAI emitida por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental el 03 de enero de 2013, en el Expediente N° 310-08-MA/E; y el Informe N° 131-2013-OEFA/TFA/ST del 22 de mayo de 2013;

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes

1. El procedimiento administrativo sancionador se inició como consecuencia de la Supervisión Especial "Monitoreo Ambiental de Efluentes Minero Metalúrgicos en el Ámbito Geográfico de Cajamarca. Zona 1: Llaucano – Tingo" llevado a cabo los días 4, 6, 7 y 8 de diciembre de 2008, en el distrito de Hualgayoc, provincia de Hualgayoc, departamento de Cajamarca; en la cual se detectó una infracción a la normativa sobre Límites Máximos Permisibles. Como producto de dicha supervisión, se elaboró el "Informe 2B de la Supervisión Especial Monitoreo Ambiental de Efluentes Minero Metalúrgicos en el Ámbito Geográfico de Cajamarca – Zona 1 – Quinta Campaña" (Fojas 003 a 090).
2. En la Resolución Directoral N° 003-2013-OEFA/DFSAI del 03 de enero de 2013 (Fojas 128 a 131), notificada el 03 de enero de 2013, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA) incluyó los siguientes cuadros que muestran los resultados obtenidos en el punto de control E-18:

Punto de Monitoreo	Parámetro	NMP según Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM/VMM	Día	Turno	Resultado de la Supervisión
E-18	pH	6 – 9	07/12/08	1° Turno (5:30 am)	5.7

Punto de Monitoreo	Parámetro	NMP según Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM/VMM	Día	Turno	Resultado de la Supervisión
E-18	Cobre (Cu)	1 mg/l	04/12/08	3° Turno (20:00 pm)	19.733
			04/12/08	1° Turno (05:30 am)	1.823
			04/12/08	2° Turno (11:30 am)	1.498

Punto de Monitoreo	Parámetro	NMP según Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM/VMM	Día	Turno	Resultado de la Supervisión
E-18	Zinc (Zn)	3 mg/l	04/12/08	3° Turno (20:00 pm)	4.025

Punto de Monitoreo	Parámetro	NMP según Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM/VMM	Día	Turno	Resultado de la Supervisión
E-18	Fierro (Fe)	2 mg/l	08/12/08	1° Turno (04:30 am)	2.5
			04/12/08	3° Turno (20:00 pm)	>70
			06/12/08	2° Turno (14:00 pm)	2.2
			07/12/08	1° Turno (05:30 am)	>70
			07/12/08	2° Turno (11:30 am)	>70
			07/12/08	3° Turno (20:30 pm)	8.6

Punto de Monitoreo	Parámetro	NMP según Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM/VMM	Día	Turno	Resultado de la Supervisión
E-18	Arsénico (As)	1 mg/l	04/12/08	3° Turno (20:00 pm)	2.743

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 caso son:

ANEXO 1
NIVELES MAXIMOS PERMISIBLES DE EMISION PARA
LAS UNIDADES MINERO-METALURGICAS

PARAMETRO	VALOR EN CUALQUIER MOMENTO
pH	6 - 9
Cobre (mg/l)	1.0
Zinc (mg/l)	3.0
Fierro (mg/l)	2.0
Arsénico (mg/l)	1.0

En atención a lo previsto en la citada Resolución Ministerial, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos resolvió imponer a COMPAÑÍA MINERA COLQUIRRUMI S.A. (en adelante, COLQUIRRUMI)¹ una multa de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), al haber incumplido los Límites Máximos Permisibles, conforme se detalla a continuación:

Hecho Imputado	Norma Incumplida	Tipificación	Sanción
Por encontrarse fuera del valor establecido como NMP respecto de los parámetros pH, Cu, Zn, Fe y As en el punto identificado como E-18 correspondiente al efluente de la Planta de Tratamiento de Aguas Ácidas de la Quebrada El Sinchao que descarga en el río Tingo.	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

¹ La empresa COMPAÑÍA MINERA COLQUIRRUMI S.A. cuenta con Registro Único del Contribuyente N° 20100094305.

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 TULO 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 TULO, 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 24 de enero de 2013 (Fojas 134 a 276), COLQUIRRUMI interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 003-2013-OEFA/DFSAI del 03 de enero de 2013, sosteniendo lo siguiente:

- a) Se ha vulnerado el principio de legalidad previsto en el numeral 1 del artículo 230° de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, dado que se ha sancionado a la recurrente sobre la base de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, la misma que es una norma con rango infra legal, que no cuenta con una remisión directa y expresa de la ley.
- b) Se ha transgredido el principio de tipicidad, previsto en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, ya que en la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM no se precisa las conductas constitutivas de infracción, por lo que constituye una norma sancionadora en blanco. Asimismo, la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM tampoco puede considerarse como la norma base de la tipificación.
- c) No se ha demostrado que se haya causado un daño ambiental, de acuerdo a lo indicado en el numeral 3.2 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, siendo que la sola verificación del exceso de los LMP no determina la configuración de un menoscabo material al ambiente o sus componentes que genere efectos negativos actuales o potenciales; por tal motivo la multa impuesta resulta arbitraria.

Asimismo, COLQUIRRUMI señala que el OEFA realiza una interpretación errónea del artículo 142° de la Ley General del Ambiente, concluyendo que el daño ambiental también ocurre cuando se puede causar efectos adversos en el ambiente; sin embargo no se ha demostrado que existan o existirán efectos negativos en el cuerpo receptor.

Por tanto, continúa COLQUIRRUMI, se ha vulnerado los principios de debido procedimiento y verdad material contemplados en los numerales 1.2 y 1.11, respectivamente, del artículo IV de la Ley N° 27444.

- d) COLQUIRRUMI no realizó actividad minera alguna en su concesión minera Constancia ubicada en la Quebrada El Sinchao; sin embargo asumió voluntariamente la remediación de los pasivos ubicados en dicha zona para cuyo tratamiento fue construida la Planta de Tratamiento de Aguas Ácidas de la Quebrada El Sinchao.

Los compromisos asumidos en su Plan de Cierre de Pasivos Ambientales se limitaban, en una primera etapa, al cierre de las bocaminas y desmonteras de las concesiones mineras bajo su responsabilidad, entre ellas la concesión minera Constancia; en una segunda etapa; a la implementación de un *wetland* para el tratamiento de las aguas ácidas provenientes de tales concesiones; y en una tercera etapa a la implementación de una planta de tratamiento, solo si después de la implementación del *wetland* no se logró

alcanzar los LMP, siendo que al momento de la supervisión aún se encontraba dentro del plazo para ejecutar la segunda etapa.

Además, la descarga de la Planta de Tratamiento de Aguas Ácidas de la Quebrada El Sinchao de titularidad del FONAM no es un punto de control establecido en su Plan de Cierre de Pasivos Ambientales, por lo que dicho efluente, donde confluyen las descargas de otros pasivos ambientales del área, no es de responsabilidad de COLQUIRRUMI sino del FONAM.

En tal sentido, no es responsable respecto a la referida descarga, tal como lo ha señalado la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA, mediante la Resolución Directoral N° 102-2011-OEFA/DFSAI, y dicha responsabilidad tampoco se desprende del numeral 7.1 de la Cláusula Séptima del Convenio de Gestión, Entrega y Operación de la referida Planta, suscrito el 07 de abril de 2008, a través del cual acordó con el FONAM que COLQUIRRUMI colaboraría con la operación de la Planta en cuestión.

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

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.-

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.

Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 05 de marzo de 2009, modificada por la Ley N° 30011, publicada el 26 de abril de 2013.-

Artículo 11°.- Funciones generales

Son funciones generales del OEFA:

(...)

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

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, 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 OSINERGMIN, 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 05 de marzo de 2009, modificada por la 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) 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.

¹¹ Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el 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

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 la apelante, 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 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 OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, vigente desde el 14 de diciembre de 2012¹⁴.

vinculante en materia ambiental, siempre que se señale en la misma Resolución, en cuyo caso deberán ser publicadas de acuerdo a Ley.

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

- a) Resolver en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación 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 - Aprueban Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada el 21 de julio de 2011.-**

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.

- 13 **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.*

(...)

- 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.-**

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

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.

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

*"(...) 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 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)"*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 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 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.*

18. En tal 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 vulneración al principio de legalidad

20. Conforme se ha señalado en el literal a) del considerando 4 de la presente Resolución, la empresa recurrente alegó que se ha vulnerado el principio de legalidad, al haberse sancionado sobre la base de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, la misma que constituiría una norma de rango infra legal, que no contaría con una remisión directa y expresa de la ley.
21. Al respecto, cabe indicar que en el marco del principio de legalidad establecido en el numeral 1 del artículo 230° de la Ley N° 27444, 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 la libertad²³.
22. Al respecto, 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 minero²⁴.

²³ **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:

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.

²⁴ **Ley N° 26821. Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible 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

23. En efecto, de acuerdo al literal I) 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 sus obligaciones o infrinjan las disposiciones señaladas en dicha Ley, su Reglamento y el Código del Medio Ambiente²⁵.
24. 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.
25. Mediante Ley N° 28964 - Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERGMIN, se declaró que en tanto se aprueben por el regulador los procedimientos de fiscalización de las actividades mineras a su cargo, seguirán vigentes las disposiciones sobre esta materia contenidas, entre otras, en la Escala de Sanciones y Multas aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, siendo de aplicación todas las normas complementarias de estas disposiciones que se encontraban vigentes a la fecha de la promulgación de esta Ley.
26. A su vez, corresponde señalar que a través del Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, en concordancia con la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del OSINERGMIN al OEFA, siendo que por medio de su artículo 4° se autorizó a este Organismo a sancionar las infracciones en materia ambiental empleando el marco normativo y escalas de sanciones que venía aplicando el regulador²⁶.
27. Por lo tanto, la legalidad de la Escala de Multas y Sanciones, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, viene dada por la Ley General de Minería y complementada por las indicadas Leyes N° 28964 y N° 29325; y, en ese sentido, deviene válidamente aplicable por el OEFA.

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

²⁵ 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.

²⁶ 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.

IV.3. Sobre la vulneración del principio de tipicidad

28. Con relación a lo alegado en el literal b) del considerando 4 de la presente Resolución, la empresa recurrente ha alegado que la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM no precisa las conductas constitutivas de infracción, por lo que constituye una norma sancionadora en blanco. Asimismo, la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM tampoco puede considerarse como la norma base de la tipificación²⁷.
29. En tal sentido, considerando que la recurrente cuestiona el aspecto descrito en el párrafo precedente, corresponde determinar si el numeral 3.2 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, satisface dicho aspecto específico del Principio de Tipicidad, al ser la norma tipificadora aplicable al presente caso.
30. Al respecto, cabe indicar que el numeral 3.1 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, señala lo siguiente:

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

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

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

²⁷

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: (...)

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.

En consecuencia, corresponde desestimar lo argumentado por la apelante en este extremo.

IV.4. En cuanto a la verificación del daño ambiental durante la supervisión y la vulneración de los principios de debido procedimiento y verdad material

36. Con relación a lo alegado en el literal c) del considerando 4 de la presente Resolución, la empresa recurrente ha alegado que se han vulnerado los principios del debido procedimiento y verdad material al no haberse demostrado la ocurrencia de un daño ambiental real o potencial.
37. 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.
38. 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 emitidos por las entidades al interior de los procedimientos administrativos sólo podrán sustentarse en aquellos hechos que se encuentren debidamente probados³¹.
39. En efecto, de acuerdo a lo señalado por MORÓN URBINA sobre los alcances del referido principio, cabe considerar que³²:

“(...) 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 y, en su caso, probadas por los administrados participantes en el

Artículo III.- Finalidad

La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.

³¹ 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. (...)*

³² MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima. 9° edición, 2011. p. 84.

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)."

40. En este contexto normativo, es tarea de este Organismo acreditar que la decisión de sancionar a la apelante se encuentra debidamente motivada, así como determinar que los hechos imputados sean producto de actividades atribuibles a dicha empresa.
41. Sobre el particular, cabe indicar que en el presente caso se cuestiona la existencia de daño ambiental como elemento necesario para calificar una infracción de grave, conforme 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 los LMP, motivo por el cual reviste vital importancia determinar los alcances de la categoría "daño ambiental", en este supuesto³³.
42. Al respecto, el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611³⁴ 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**³⁵.

³³ 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.

³⁴ 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.*

³⁵ 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.

43. En ese sentido, conforme el pronunciamiento emitido por este Tribunal mediante la Resolución N° 082-2013-OEFA/TFA³⁶, 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**.
44. Con relación al primer elemento, referido al menoscabo material, cabe señalar que ello involucra toda afectación³⁷ 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.
45. 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 potenciales³⁸, entendiendo como potencial aquello que puede suceder o existir³⁹.
46. 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"*⁴⁰.
47. En tal sentido, el menoscabo material se configura frente a toda acción u omisión, que altere, trastorne o disminuya algún elemento constitutivo del ambiente⁴¹; 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.

³⁶ Procedimiento administrador sancionador seguido contra NYRSTAR ANCASH S.A., tramitado en expediente N° 157-09-MA/E.

³⁷ 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.

³⁸ 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

³⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

⁴⁰ SANCHEZ YARINGAÑO, Gadwyn. *Ibid.* loc. cit.

⁴¹ Al respecto, ver considerando 19 de la presente Resolución.

48. 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 (...).”*⁴² (Resaltado nuestro).
49. Por ello, si una empresa 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, 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, teniendo en cuenta lo establecido en el numeral 32.1 del artículo 32° de la Ley N° 28611.
50. 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/VMM⁴³, referida a la generación de daño al ambiente⁴⁴.
51. Para el caso en particular, los excesos del LMP de los parámetros pH, Cu, Zn, Fe y As reportados en el punto de monitoreo correspondiente al efluente de la Planta de Tratamiento de Aguas Ácidas de la Quebrada El Sinchao, configuran la situación de daño ambiental definida en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611. Asimismo, dichos excesos se encuentran acreditados conforme a los resultados obtenidos en el Informe de Ensayo con Valor Oficial N° MA808162 (Fojas 20, 24, 25, 28, 32, 33 y 36) y el Informe de Ensayo con Valor Oficial N° MA808177 (Foja 49) elaborados por el Laboratorio SGS del Perú S.A.C.
52. En consecuencia, habiéndose acreditado los excesos del LMP de los parámetros pH, Cu, Zn, Fe y As conforme a los Informes de Ensayo referidos, y por tanto, la existencia de daño ambiental, se ha configurado la conducta recogida en el supuesto de hecho tipificado en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM (acción con daño ambiental),

⁴² 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)

⁴³ Ver nota a pie de página 3.

⁴⁴ 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.

calificada como grave; razón por la cual correspondía aplicar la sanción de 50 UIT prevista en dicho tipo legal.

53. En este contexto, de acuerdo al análisis formulado en los párrafos precedentes y no habiéndose vulnerado los principios de debido procedimiento y verdad material corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en este extremo.

IV.5. Respecto a la responsabilidad sobre la descarga de la Planta de Tratamiento de Aguas Ácidas de la Quebrada El Sinchao

54. Conforme se ha señalado en el literal d) del considerando 4 de la presente Resolución, la empresa recurrente ha alegado que no es responsable por el efluente de la Planta de Tratamiento de Aguas Ácidas de la Quebrada El Sinchao, de titularidad del FONAM, tal como se ha señalado mediante la Resolución Directoral N° 102-2011-OEFA/DFSAL, porque ello no estaba establecido en su Plan de Cierre de Pasivos Ambientales ni se deriva del Convenio de Gestión, Entrega y Operación de la referida Planta, suscrito el 07 de abril de 2008.

55. Al respecto, cabe precisar que de acuerdo a lo señalado en el artículo 6° de la Ley N° 28271 - Ley que Regula los Pasivos Ambientales de la Actividad Minera, los responsables de la remediación de pasivos ambientales realizan los estudios, acciones y obras correspondientes para controlar, mitigar y eliminar, en lo posible, los riesgos y efectos contaminantes y dañinos a la población y al ecosistema en general. Estos estudios tendrán como referencia los límites máximos permisibles o estándares de calidad establecidos por las autoridades ambientales competentes, según corresponda, para lo cual presentarán su Plan de Cierre de Pasivos Ambientales, conforme a las Guías sobre Cierre de Pasivos Ambientales aprobadas por la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas, con opinión de los Ministerios de Agricultura y de Salud.

- 
56. Asimismo, el artículo 43° de la referida Ley establece que el remediador está obligado a ejecutar las medidas establecidas en el Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros en los plazos y condiciones aprobados, así como a mantener y monitorear la eficacia de las medidas implementadas, tanto durante su ejecución como en la etapa de post cierre.

- 
57. Además de lo señalado en el considerando anterior, el referido artículo dispone que el programa de monitoreo aprobado como parte del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros, deberá ser ejecutado hasta que se demuestre la estabilidad física y química de los componentes mineros objeto del Plan de Cierre, así como el cumplimiento de los límites máximos permisibles y la no afectación de los estándares de calidad ambiental correspondientes.

- 
58. En el presente caso, mediante la Resolución Directoral N° 437-2006-MEM/AAM del 6 de octubre de 2006 se aprobó el Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros de Minas Colquirrumi – Área El Sinchao de COLQUIRRUMI, a ejecutarse en la cuenca del río Tingo Maygasbamba, en el distrito y provincia de Hualgayoc, departamento de Cajamarca. Dicho Plan comprende a las minas Constancia, Abastecedora, Tres Amigos, Lorenzo Miguel y Rímac.

59. De la revisión del Informe N° 175-2006/MEM-AAM/HSG/FV/AV/CC del 29 de agosto de 2006, en el cual se encuentran las especificaciones técnicas del precitado Plan, se desprende que COLQUIRRUMI se comprometió a lo siguiente:

“ VI. SISTEMA DE TRATAMIENTO DE AGUAS ÁCIDAS

- *Los drenajes de las bocaminas una vez taponeadas serán derivados a un wetland, dado su bajo flujo. Los detalles de diseño del wetland se encuentran en el escrito N° 1546504 (información complementaria a observación N° 12 y plano N° CSL-044300-1-AM-21. El wetland tendrá en el fondo una capa de arcilla, luego otra de caliza y otra capa de materia orgánica para la reducción del oxígeno disuelto en el agua; todas las capas tendrán 15 cm de espesor. El wetland tratará un caudal de 3 L/s, tendrá un área superficial de 318 m² y un tiempo de retención hidráulica de 8.6 horas. Se promoverá el crecimiento de plantas acuáticas propias de zonas con altitudes 3800 msnm a 4000 msnm, tales como totora, junquillo u otros.*
- *Adicionalmente, Compañía Minera Colquirrumi S.A. asume el compromiso final de implementar una planta de tratamiento activo de aguas ácidas en caso que los efluentes del sistema de tratamiento del wetland se encuentren por encima de los Límites Máximos Permisibles.*
- *Como cumplimiento de dicho compromiso, Compañía Minera Colquirrumi ha contribuido en el financiamiento para el desarrollo del proyecto de la Planta de Aguas Ácidas El Sinchao conducido por el Fondo Nacional del Ambiente (FONAM), en proporción a su aporte en la carga de contaminantes metálicos producto de los pasivos ambientales en la zona hasta su estabilización química.” (El resaltado es nuestro).*

60. Asimismo, en el Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros de COLQUIRRUMI se consignó:

“b. Monitoreo de la Calidad del Agua

Incluye el monitoreo para detectar la generación de aguas ácidas y su alto contenido de metales pesados como consecuencia de la lixiviación, dando cumplimiento a las normas que establecen los LMP en efluentes de actividades mineras y al Protocolo de Monitoreo correspondiente. (El resaltado es nuestro)

61. En tal sentido, del compromiso asumido en el Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros de COLQUIRRUMI y, de acuerdo a lo señalado en el artículo 43° de la Ley N° 28271 – Ley que Regula los Pasivos Ambientales de la Actividad Minera, se desprende que la apelante tenía la obligación de implementar el Proyecto “Sistema de Tratamiento de Aguas Ácidas”, a efectos que una vez culminadas las etapas del mismo, los efluentes generados en los pasivos ambientales mineros de las minas Constancia, Abastecedora, Tres Amigos, Lorenzo Miguel y Rímac cumplieran los límites máximos permisibles establecidos en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

62. Siendo ello así, resulta pertinente mencionar que con fecha 07 de abril de 2008, la apelante suscribió con el FONAM el Convenio de Gestión, Entrega y Operación de la Planta de Tratamiento de Aguas Ácidas de la Quebrada El Sinchao, mediante el cual se encargó la operación de dicha Planta a COLQUIRRUMI, por el término máximo de un año computado a partir de la fecha de entrega oficial de la misma, la cual se realizó el 20 de junio de 2008, fecha en que inició sus operaciones.
63. Cabe señalar que la instalación y funcionamiento de la Planta tenía como objetivo el tratamiento de los efluentes contaminantes provenientes, entre otras concesiones, de la concesión Constancia, la cual está comprendida dentro del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales de COLQUIRRUMI.
64. Asimismo, al momento de la supervisión especial, COLQUIRRUMI venía operando la Planta de Tratamiento de Aguas Ácidas de la Quebrada El Sinchao, siendo que en virtud del Convenio suscrito con FONAM, debía adoptar las medidas necesarias para ejecutar la operatividad de la misma, entre ellas, el controlar los LMP conforme a Ley.
65. Por lo expuesto, siendo que el tratamiento de las aguas ácidas generadas en la concesión Constancia se venía realizando en la Planta de Tratamiento de Aguas Ácidas de la Quebrada El Sinchao, que venía operando la apelante al momento de la supervisión especial llevada a cabo los días 4, 6, 7 y 8 de diciembre de 2008, COLQUIRRUMI era responsable de que el efluente final de dicha Planta (punto de monitoreo E-18) no sobrepasara los LMP, en virtud de las obligaciones ambientales asumidas por la misma.

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

Teniendo en cuenta los considerandos expuestos, y de conformidad con lo establecido 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 la Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, modificada por Resolución de Consejo Directivo N° 014-2012-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 COLQUIRRUMI S.A. contra la Resolución Directoral N° 003-2013-OEFA/DFSAI del 03 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 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 COLQUIRRUMI S.A. y **REMITIR** el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines correspondientes.

Regístrese y comuníquese,



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



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



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



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

