

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N°161-2013-OEFA/TFA

Lima, 23 JUL. 2013

VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA CAUDALOSA S.A. contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 007973 del 20 de julio de 2010, en el Expediente N° 125-08-MAE; y el Informe N° 173-2013-OEFA/TFA/ST del 4 de julio de 2013;

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes

1. El presente procedimiento administrativo sancionador se inició como consecuencia de la supervisión especial llevada a cabo del 29 de setiembre al 02 de octubre de 2008, en las instalaciones de la Unidad Minera HUACHOCOLPA UNO, ubicada en el Distrito de Huachocolpa, provincia y departamento Huancavelica, de titularidad de COMPAÑÍA MINERA CAUDALOSA S.A. (en adelante, CAUDALOSA)¹, obrante en el "Informe de Resultados de la Sexta Campaña, Zona Huancavelica, Supervisión Especial de Monitoreo Ambiental de Efluentes Minero Metalúrgicos en el Ámbito Geográfico de Huancavelica y Junín" (en adelante, Informe de Supervisión) elaborado por D & E DESARROLLO Y ECOLOGÍA S.A.C.².
2. En la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007973 de fecha 20 de julio de 2010³, notificada el 21 de julio de 2010, la Gerencia General del OSINERGMIN incluyó los

¹ COMPAÑÍA MINERA CAUDALOSA S.A. cuenta con el Registro Único de Contribuyente N° 20100116805.

² Fojas 03 al 48.

³ Fojas 70 al 73.

siguientes cuadros que muestran los resultados obtenidos en los puntos de control V-4, V-5 y V-7⁴:

Punto de Monitoreo	Parámetro	Anexo 1 Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Día	Turnos	Resultado de la Fiscalización	Exceso	Receptor
V-4 (E-19)	pH	6-9	30/09/08	1° Turno	12.02	3.02	Río Escalera
			30/09/08	2° Turno	12.25	3.25	Río Escalera
			30/09/08	3° Turno	12.04	3.04	Río Escalera
			01/10/08	1° Turno	11.04	2.04	Río Escalera
			01/10/08	2° Turno	11.80	2.80	Río Escalera
			01/10/08	3° Turno	11.29	2.29	Río Escalera
			02/10/08	2° Turno	10.94	1.94	Río Escalera
			02/10/08	3° Turno	11.54	2.54	Río Escalera
	STS	50,0 mg/L	01/10/08	1° Turno	64.7	14.7	Río Escalera
	Zn (Disuelto)	3,0 mg/L	30/09/08	2° Turno	3.203	0.203	Río Escalera
02/10/08			1° Turno	14.430	11.430	Río Escalera	

Punto de Monitoreo	Parámetro	Anexo 1 Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Día	Turnos	Resultado de la Fiscalización	Exceso	Receptor
V-5 (E-15)	pH	6-9	30/09/08	1° Turno	10.29	1.29	Río Escalera
			30/09/08	2° Turno	10.10	1.10	Río Escalera
			30/09/08	3° Turno	9.82	0.82	Río Escalera
			01/10/08	1° Turno	10.10	1.10	Río Escalera
			01/10/08	2° Turno	10.24	1.24	Río Escalera
			01/10/08	3° Turno	10.21	1.21	Río Escalera
			02/10/08	1° Turno	9.33	0.33	Río Escalera
			02/10/08	2° Turno	9.65	0.65	Río Escalera
	02/10/08	3° Turno	9.28	0.28	Río Escalera		
SST	50,0 mg/L	01/10/08	2° Turno	50.7	0.7	Río Escalera	

⁴ Cabe precisar que los puntos de control V-4 (código del Ministerio de Energía y Minas) corresponde al E-19 (código de Monitoreo Ambiental), V-5 (código del Ministerio de Energía y Minas) al E-15 (código de Monitoreo Ambiental) y V-7 (código del Ministerio de Energía y Minas) al E-16 (código de Monitoreo Ambiental).

Punto de monitoreo	Parámetro	Anexo 1 Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Día	Turnos	Resultado de la Fiscalización	Exceso	Receptor
V-7 (E-16)	pH	6-9	29/09/08	3° Turno	9.02	0.02	Río Escalera
	STS	50,0 mg/L	02/10/08	1° Turno	68.5	18.5	Río Escalera
			02/10/08	2° Turno	98.5	48.5	Río Escalera
			02/10/08	3° Turno	63.6	13.6	Río Escalera
	Zn (Disuelto)	3,0 mg/L	01/10/08	1° Turno	15.030	12.030	Río Escalera
			01/10/08	3° Turno	23.600	20.600	Río Escalera
			02/10/08	1° Turno	9.977	6.977	Río Escalera

3. En atención a los resultados y su comparación con lo establecido en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, la Gerencia General del OSINERGMIN impuso a CAUDALOSA una multa de cincuenta (150) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), conforme se detalla a continuación:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
En el punto de control V-4 (E-19) correspondiente a la confluencia de los efluentes minero metalúrgicos provenientes de la bocamina Cucho Nivel 4450, bocamina Rublo Nivel 4132 y bocamina Victoria Nivel 4498, los cuales	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ⁵	Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ⁶	50 UIT

⁵ Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM - Aprueban los Niveles Máximos Permisibles para efluentes líquidos para las actividades minero-metalúrgicas, publicada en el diario oficial El Peruano 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."

PARAMETRO	VALOR EN CUALQUIER MOMENTO	VALOR PROMEDIO ANUAL
pH	Mayor que 6 y Menor que 9	Mayor que 6 y Menor que 9
Sólidos suspendidos (mg/l)	50	25
Piomo (mg/l)	0.4	0.2
Cobre (mg/l)	1.0	0.3
Zinc (mg/l)	3.0	1.0
Hierro (mg/l)	2.0	1.0
Arsénico (mg/l)	1.0	0.5
Cianuro total (mg/l) *	1.0	1.0

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

⁶ Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM - Escala de multas y penalidades a aplicarse por incumplimiento de Disposiciones del TUO de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias, publicada en el diario oficial El Peruano 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°s. 011-96-EM/VMM, 315-96-EM/VMM y otras normas modificatorias y complementarias, que sean detectadas como*

descargan al río Escalera, se reportaron valores para los parámetros ph, STS, Zn Disuelto que incumplen los Límites Máximos Permisibles establecidos en el rubro "valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM			
En el punto de control V-5 (E-15) correspondiente a la confluencia de los efluentes provenientes de la bocamina San Inocente Nivel 4132 y del depósito de relaves Rublo (parte superior), el cual descarga al río Escalera, se reportaron valores para los parámetros pH y STS que incumplen los Límites Máximos Permisibles establecidos en el rubro "valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	50 UIT
En el punto de control V-7 (E-16) correspondiente al efluente proveniente de la bocamina Fátima Nivel 4068, el cual descarga al río Escalera, se reportaron valores para los parámetros pH, STS y Zn Disuelto que incumplen los Límites Máximos Permisibles establecidos en el rubro "valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	50 UIT
MULTA TOTAL			150 UIT

4. El 17 de agosto de 2010⁷ CAUDALOSA interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General del OSINERGMIN N° 007973 del 20 de julio de 2010⁸, argumentando lo siguiente:

- a) La resolución apelada se ha limitado a invocar el incumplimiento de los límites máximos permisibles (en adelante, LMP) como sustento de la infracción grave, pretendiendo que aquello es suficiente para demostrar la existencia de un supuesto daño al ambiente.

Si bien el exceso de los LMP constituye una infracción al ordenamiento legal; no implica "per se" la comisión de un daño al ambiente.

- b) Para que se verifique el daño ambiental, la autoridad debe probar tanto el menoscabo material como los efectos negativos en el cuerpo receptor de los efluentes sancionados.

- c) Se han vulnerado los principios de verdad material, tipicidad y presunción de licitud contenidos en el Numeral 1.11 del Artículo IV del Título Preliminar y los Números 4 y 9 del Artículo 230° de la Ley N° 27444-Ley del Procedimiento

consecuencia de la fiscalización o de los exámenes especiales el monto de la multa será de 10 UIT por cada infracción, hasta un máximo de 600 UIT. (...)

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

⁷ Fojas 75 al 86.

⁸ Complementado mediante escrito del 18 de junio de 2013 (Fojas 106 al 117).

Administrativo General, ya que se ha partido de la premisa que no se requiere acreditar el daño ambiental para imponer la sanción prevista en el Numeral 3.2 del Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.

- d) Resulta erróneo lo establecido por el Tribunal de Fiscalización Ambiental en la Resolución N° 82-2013-OEFA/TFA (precedente administrativo) al señalar que la potencialidad que tiene un efluente de causar daño por transgredir un LMP, equivale a un efecto negativo potencial causado por un menoscabo al ambiente.

Por ello, un efluente que transgrede los LMP tiene la potencialidad de causar daño al ambiente, pero no puede ser un efecto negativo potencial en el ambiente; pues se estaría equiparando el concepto de LMP al de ECA.

Tampoco, se ha establecido la causalidad entre la calidad de tales efluentes y el menoscabo material y los efectos negativos.

- e) No se han analizado los cuerpos receptores de los efluentes que han sido supervisados.
5. Cabe agregar que en su recurso de apelación CAUDALOSA solicitó el uso de la palabra ante el Tribunal de Fiscalización Ambiental, que fue concedido mediante Carta N° 068-2013-OEFA/TFA/ST del 12 de junio de 2013⁹, programándose dicha diligencia para el día 18 de junio de 2013; la misma que se llevó a cabo conforme consta en el Acta respectiva¹⁰.

II. Competencia

6. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013 - Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente¹¹, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA.
7. En mérito a lo establecido en los Artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental¹², el OEFA es un

⁹ Foja 102.

¹⁰ Foja 119.

¹¹ Decreto Legislativo N° 1013 - Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, publicado en el diario oficial El Peruano 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.

¹² Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 05 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."

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 ambiental.

8. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325 dispone que, mediante Decreto Supremo refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción ambiental serán asumidas por el OEFA¹³.
9. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM¹⁴ 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, OSINERGMIN¹⁵) al OEFA, y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de julio de 2010¹⁶, 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.

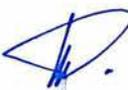
"Artículo 11°.- Funciones generales

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.

(...)."

 13 Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.-

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 documentario, personal, bienes y recursos, de cada una de las entidades.

 14 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 en el diario oficial El Peruano 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."

 15 Ley N° 28964 - Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG, publicada en el diario oficial El Peruano 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".

16 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 en el diario oficial El Peruano 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. Por otro lado, el Artículo 10° de la Ley N° 29325¹⁷, los Artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM¹⁸, y el Artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución N° 005-2011-OEFA/CD¹⁹, 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

11. Previo al análisis de los argumentos formulados por CAUDALOSA, 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° 27444²⁰, establecer la normativa procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador.

¹⁷ Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.-

"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.
(...)"

¹⁸ Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano 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:

- 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."

¹⁹ 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 en el diario oficial El Peruano 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."

²⁰ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada en el diario oficial El Peruano 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.

(...)"

12. En tal sentido, corresponde indicar que, a la fecha de inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 640-2007-OS/CD; siendo aplicable posteriormente, el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD, vigente desde el 14 de diciembre de 2012²¹.

IV. Análisis

IV.1 Protección constitucional al ambiente

13. De acuerdo al Numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú²², toda persona tiene el derecho fundamental a “gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.
14. El Tribunal Constitucional señala 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”²³.

15. Asimismo, dicho Tribunal ha señalado que, además del Numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución Política del Perú, existe un conjunto de disposiciones de la Carta fundamental referidas a las relaciones entre el individuo, la sociedad y el ambiente, denominado “Constitución Ecológica”²⁴, de las que se deriva un conjunto de acciones que el Estado se compromete a desarrollar y promover frente a las

²¹ Resolución de Consejo Directivo N° 012-2012-OEFA/CD – Aprueban Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano 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”.

²² Constitución Política del Perú de 1993.-
“Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:
(...)

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

(...).”

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 4.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de agosto de 2008, recaída en el Expediente N° 3610-2008-PA/TC, Fundamento Jurídico 33.

actividades humanas que pudieran afectar al ambiente tal como se aprecia a continuación:

*"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"*²⁵. (Resaltado nuestro)

*"(...) la finalidad de lucro debe ir acompañada de una estrategia previsora del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar. La Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no soportarán"*²⁶ (Resaltado nuestro)

16. En ese sentido, 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"*²⁷.
17. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha definido al ambiente en los siguientes términos:

*"(...) 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)"*²⁸.

18. En esa línea, el Numeral 2.3 del Artículo 2° de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente²⁹ prescribe que el ambiente comprende aquellos elementos físicos,

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del 19 de febrero de 2009, recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, Fundamento Jurídico 11.

²⁶ Ibid. Fundamento Jurídico 24.

²⁷ 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)

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional del 1 de abril de 2005, recaída en el Expediente 0048-2004-AI, Fundamento Jurídico 27.

²⁹ Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, publicada en el diario oficial El Peruano 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."*

químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que, en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.

19. En 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 ambiente. Es por ello que dichas medidas se encuentran contempladas en el marco jurídico que regula la protección del ambiente y en los instrumentos de gestión ambiental.
20. En este orden de ideas, puede afirmarse que las normas sectoriales referidas a la protección y conservación del ambiente deberán interpretarse y aplicarse dentro del marco constitucional que regula el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado.

IV.2 Sobre la configuración del daño ambiental por exceso de los LMP y la vulneración de los principios de verdad material, tipicidad y presunción de licitud

21. Conforme a lo señalado en los literales a), b) y c) del considerando 4 de la presente Resolución, la apelante sostiene que se ha invocado el incumplimiento de los LMP como sustento de la infracción grave, pero no se ha demostrado el daño ambiental producido. Agrega que, para verificar el daño ambiental se debió probar tanto el menoscabo material como los efectos negativos en el cuerpo receptor; caso contrario, se estaría transgredido los principios de verdad material, tipicidad y presunción de licitud.
22. Como cuestión previa conviene señalar que, de acuerdo al principio de verdad material previsto en el Numeral 1.11 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444³⁰, los pronunciamientos que emiten las entidades al interior de los procedimientos administrativos sancionadores sólo podrán sustentarse en aquellos hechos que se encuentren debidamente probados.
23. Por su parte, el principio de tipicidad regulado en el Numeral 4 del Artículo 230° de la Ley N° 27444, establece que sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas en normas con rango de ley, sin admitir interpretación extensiva o análoga³¹.

³⁰ Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.-
Título Preliminar

"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.
(...)"

³¹ 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:
(...)

24. A su vez, Morón Urbina ha señalado que el mandato de tipificación derivado del principio de tipicidad resulta aplicable no sólo para el legislador al momento de redactar el ilícito, sino también para la autoridad administrativa cuando instruye un procedimiento sancionador y debe realizar la subsunción de una conducta en los tipos legales existentes³².
25. En efecto, corresponde a la Administración Pública verificar la ocurrencia y correcta adecuación de los hechos a la descripción típica de la infracción imputada, rechazándose toda interpretación extensiva o aplicación analógica de la norma tipificadora, toda vez que ello resultaría contrario a derecho, dado que implicaría sancionar conductas que no se encuentran calificadas como ilícitas.
26. Asimismo, el principio de presunción de licitud contenido en el Numeral 9 del Artículo 230° de la Ley N° 27444, establece que las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.
27. En este contexto, CAUDALOSA cuestiona que no se habría acreditado el daño al ambiente ocasionado por el exceso de los LMP³³. En tal sentido, resulta importante en este procedimiento determinar los alcances de la categoría “**daño ambiental**”.
28. 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.

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. (...).*”

 32 MORON URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Octava Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, pp. 703.

 33 Al respecto, cabe indicar que la doctrina considera que “[e]l LMP es la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y/o biológicos que caracterizan a un efluente o a una emisión, que al ser expedida causa o puede causar daño a la salud, al bienestar humano y al ambiente. (...) Los LMP sirven para el control y fiscalización de los agentes que producen efluentes y emisiones, a efectos de establecer si se encuentran dentro de los parámetros considerados inocuos para la salud, el bienestar humano y el ambiente. Excederlos acarrea responsabilidad administrativa, civil o penal, según el caso”. Véase: ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. *Manual de Derecho Ambiental*. Lima: IUSTITIA 2011, p. 458.

 34 Ley N° 28611 – Ley General del Ambiente.-
“Artículo 142°.- De la responsabilidad por daños ambientales
(...) 142.2 Se denomina daño ambiental a todo menoscabo material que sufre el ambiente y/o alguno de sus componentes, que puede ser causado contraviniendo o no disposición jurídica, y que genera efectos negativos actuales o potenciales.”

 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: Lexis Nexis, 2005. p. 86 – 87.

29. En ese sentido, conforme al 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**.
30. 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.
31. 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, entendiéndose como potencial aquello que puede suceder o existir³⁹.
32. 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.
33. En tal sentido, el menoscabo material se configura frente a toda acción u omisión, que altere, trastorne o disminuya algún elemento constitutivo del ambiente; 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 el 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/gimadus/19/06_mario_penia_chacon.html

³⁹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

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

34. 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 (...)”*⁴¹ (Resaltado nuestro).
35. 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 desarrollada en los considerandos 28 al 34 de la presente Resolución, constituye daño ambiental. En este caso, el menoscabo material se verifica mediante la debida comprobación del exceso de los LMP, es decir, la superación de los niveles tolerables de descargas al ambiente respecto de un determinado parámetro; mientras que los efectos negativos de tal menoscabo material pueden ser actuales o potenciales, conforme a lo señalado en el Numeral 32.1 del Artículo 32° de la Ley N° 28611.
36. De lo expuesto, se tiene que el exceso de los LMP implica la existencia de efectos negativos potenciales en el ambiente; 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 ambiente⁴².
37. En este contexto, en el presente caso se evidencia que CAUDALOSA ha generado daño ambiental al haber excedido los LMP aplicables a los parámetros pH, STS, Zn Disuelto, tal como ha quedado acreditado mediante los Informes de Campo N° 10-08-0039⁴³, N° 10-08-0040⁴⁴ y N° 10-08-0043⁴⁵ y los Informes de Ensayo con Valor Oficial N° 1014602L/08-MA⁴⁶, N° 1014600L/08-MA⁴⁷ y N° 1014598L/08-MA⁴⁸ emitido por el laboratorio INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C., acreditado

⁴¹ Ley N° 28611 – Ley General del Ambiente.-
“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 es nuestro).

⁴² 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.

⁴³ Foja 32.

⁴⁴ Foja 33.

⁴⁵ Foja 34.

⁴⁶ Foja 21.

⁴⁷ Fojas 23 a 24.

⁴⁸ Fojas 26 a 27.

ante el INDECOPI, cuyos resultados se han detallado en el considerando 2 de la presente Resolución.

38. En consecuencia, siguiendo lo señalado en los considerandos 27 al 37 de la presente Resolución, CAUDALOSA incurrió 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, por lo que no se ha vulnerado el principio de tipicidad.
39. Asimismo, no se han vulnerado los principios de verdad material y presunción de licitud por cuanto está acreditado el exceso de los LMP mediante los informes de ensayo e informes de campo y la apelante no ha ofrecido medios probatorios que acrediten lo contrario, por lo que se ha desvirtuado los efectos de la presunción de licitud.

Sobre la base de las consideraciones antes expuestas, corresponde desestimar lo alegado por la apelante.

IV.3 Sobre la Resolución N° 082-2013-OEFA/TFA dictada por el Tribunal de Fiscalización Ambiental

40. Conforme a lo señalado en el literal d) del considerando 4 de la presente Resolución, respecto de la Resolución N° 082-2013-OEFA/TFA dictada por el Tribunal de Fiscalización Ambiental, el titular minero sostiene que si un efluente transgrede los LMP tiene la potencialidad de causar daño al ambiente, pero no constituye per se un efecto negativo potencial en el ambiente; pues estaría equiparando el concepto de LMP al de ECA. Además agrega que no se ha establecido la causalidad entre la calidad de tales efluentes y el menoscabo material y los efectos negativos.
41. Sobre el particular, el menoscabo material consiste en un cambio, modificación o alteración en un componente ambiental abiótico o biótico (elementos ambientales) que constituye una afectación negativa de la calidad ambiental. En tal sentido, para que se configure el daño ambiental sólo es necesario que este menoscabo material genere efectos negativos actuales o potenciales.
42. A efectos de determinar la existencia de un efecto negativo potencial, es suficiente comprobar que existe un menoscabo material en el ambiente; es decir, que el ambiente haya recibido sustancias contaminantes (efluentes, emisiones o descargas).
43. Por consiguiente, para que el exceso de los LMP genere 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 potenciales, entendiéndose como potencial aquello que puede suceder o existir.
44. Sobre la alegación de la apelante referida a que sería necesario probar los efectos negativos que genera el menoscabo material, debe señalarse que ello no es así ya que conforme a lo señalado en el acápite 41 anterior, para comprobar el daño ambiental es suficiente que los efectos negativos sean potenciales.

45. Por tanto, en base a las consideraciones antes expuestas, corresponde desestimar lo alegado por la apelante en este extremo.

IV.4 Sobre el análisis a un cuerpo receptor para acreditar el daño ambiental

46. Conforme a lo señalado en el literal e) del considerando 4 de la presente Resolución, el titular minero sostiene que no se han analizado los cuerpos receptores de los efluentes que han sido supervisados.
47. Sobre el particular, deben distinguirse las normas que regulan los parámetros aplicables a efluentes (LMP), cuya medición se realiza en la fuente de las emisiones o vertimientos con el propósito de controlar, como en este caso, los efluentes provenientes de la actividad minera; de aquellas normas que regulan los parámetros a cuerpos receptores (ECA) que son competencia de la Autoridad Nacional del Agua.
48. En virtud de lo señalado, 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.
49. Bajo ese supuesto, se ha señalado en el considerando 36 de la presente Resolución, 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 de Punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMMM.

Por ello, corresponde desestimar lo alegado por la apelante.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental; Decreto Legislativo N° 1013 que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA y Resolución de Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, modificada por Resolución 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 presentado por COMPañÍA MINERA CAUDALOSA S.A. contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 007973 del 20 de julio de 2010, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución, quedando agotada la vía administrativa.

Artículo segundo.- DISPONER que el monto de la multa, ascendente a ciento cincuenta (150) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), sea depositado en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicar al

momento de la cancelación al número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

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

Regístrese y comuníquese.



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



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



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



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