



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 007-2012-OEFA/TFA

Lima, 30 de enero de 2012

VISTOS:

El Expediente N° 2007-255, que contiene el recurso de apelación interpuesto por Pan American Silver S.A. Mina Quiruvilca (en adelante, PAN AMERICAN) contra la Resolución Directoral N° 024-2011-OEFA/DFSAI de fecha 30 de junio de 2011, emitida por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental; y el Informe N° 007-2012-OEFA/TFA/ST de fecha 20 enero de 2012;

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución Directoral N° 024-2011-OEFA/DFSAI de fecha 30 de junio de 2011 (folios 447 - 461), notificada el 05 de julio de 2011, enmendada con Resolución Directoral N° 028-2011-OEFA/DFSAI de fecha 08 de julio de 2011 se impuso a PAN AMERICAN una multa de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por la comisión de una infracción tipificada en el numeral 3.2 del punto 3) "Medio Ambiente" de la Escala de Multas y Penalidades aprobado por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM¹, conforme se detalla a continuación:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
En el punto de monitoreo EF-13 se detectó el valor de 826 mg/L para el parámetro Sólidos Totales en Suspensión que supera el límite máximo permisible establecido en la columna "valor en cualquier momento"	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	50 UIT

- Con escrito de registro N° 08968, presentado con fecha 26 de julio de 2011, complementado con escrito de registro N° 09458 de fecha 08 de agosto de 2011,

¹ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM-VMM - ESCALA DE MULTAS Y PENALIDADES A APLICARSE POR INCUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES DEL TUO DE LA LEY GENERAL DE MINERÍA Y SUS NORMAS REGLAMENTARIAS

3. MEDIO AMBIENTE

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

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 (...).

PAN AMERICAN interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 024-2011-OEFA/DFSAI de fecha 30 de junio de 2011, enmendada con Resolución Directoral N° 028-2011-OEFA/DFSAI de fecha 08 de julio de 2011 (folios 466- 492), de acuerdo a los siguientes fundamentos:

- a. No era necesaria la segunda toma de muestra de verificación toda vez que los fiscalizadores conocían de la propiedad físico/química de los lodos de la planta de tratamiento de aguas ácidas del tipo HDS (que contienen iones de compuestos metálicos y no metálicos); no obstante la segunda toma de muestra se realizó en cumplimiento de lo establecido en el numeral 4.5.1 del apartado 4.5 del Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua del Ministerio de Energía y Minas porque la primera toma de muestra fue realizada de forma inadecuada, dado que ésta no cumplió con los procedimientos, conforme se acredita con lo establecido por el fiscalizador en el folio 85 "discusión de resultados" que evidencia una condición irregular que desvirtúa la primera muestra; sin embargo esta toma de muestra debería haber considerado también una segunda toma de muestra para los STS y no solamente para los iones metálicos en el agua.
- b. El laboratorio seleccionado deberá demostrar que es confiable como lo señala el Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua del Ministerio de Energía y Minas en el punto 5.2 "Garantía de Calidad (QA) / Control de Calidad (QC) en laboratorios" sobre los estándares de verificación; por lo que es necesario realizar la calibración de los instrumentos, lo que conllevaría resultados confiables; no obstante los procedimientos o certificados de calibración de los instrumentos no fueron presentados en el momento de la fiscalización ni tampoco fueron de conocimiento de PAN AMERICAN.
- c. Es importante la Garantía de Calidad (QA) y Control de Calidad (QC) en las mediciones de campo establecida en el punto 4.4 del Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua; no obstante, no se cumplió con garantizar la calidad de la muestra ni tampoco con la integridad de los resultados, ya que no se realizó procedimiento alguno de control, como la toma de muestras duplicada o toma de blanco, hechos observados y verificados por el fiscalizador y los representantes de la empresa, ya que no se registra en la cadena de custodia.
- d. El error material resulta válido cuando no se altere lo sustancial del contenido del acto administrativo, ni se altere el sentido de la decisión; no obstante se evidencia en el presente caso que la variación de la sanción de 10 UIT a 50 UIT implica una alteración efectiva del acto administrativo originario, Resolución Directoral N°024-2011-OEFA/DFSAI, siendo ello una nueva apreciación de los hechos, que conlleva a una sanción más gravosa y que no fluye de lo expuesto en los considerandos de la citada Resolución, máxime si no se ha generado daño ambiental alguno pasible de sanción.
- e. El principio de tipicidad evita la sanción de normas genéricas que conciben como sancionable cualquier incumplimiento; no obstante el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM establece una infracción genérica de dañar al medio ambiente y no tipifica expresamente como infracción la superación de los

LMP en efluentes líquidos minero – metalúrgicos de manera cierta, precisa y predecible, lo cual resulta claramente contrario al Principio de Tipicidad. En consecuencia, pretender sancionarnos a través de la Resolución Directoral N° 024-2011-OEFA/DFSAI sobre la base del numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM es completamente nulo, conforme al inciso 1 del artículo 10° de la Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General.

- f. La resolución recurrida incurre en error al considerar que el hecho de exceder los LMP es causa automática de daño ambiental y sancionable conforme el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM; toda vez que la Ley N° 28611 – Ley General del Ambiente, señala que al exceder los LMP existe la posibilidad de causar daño ambiental; por lo que tratándose de una imputación de responsabilidad hecha por la Administración (OEFA), a ella corresponde la carga de probar la existencia del daño ambiental y la relación de causalidad entre el hecho y el daño; no obstante nada de ello se ha probado como puede desprenderse de la resolución recurrida.
- g. En el supuesto negado, que se haya sobrepasado los LMP, que no ha sido demostrado fehacientemente por la deficiencias incurridas en la toma de muestra; se debería sancionarnos de acuerdo a lo establecido en el numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, pero siendo que la citada norma atenta contra el principio de tipicidad, sería nula la correspondiente resolución.

Competencia

3. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013², Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA).
4. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental³, el OEFA es un

² DECRETO LEGISLATIVO N° 1013 - DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DEL AMBIENTE

Segunda Disposición Complementaria Final - Creación de Organismos Públicos adscritos al Ministerio del Ambiente

1. Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental

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

³ LEY N° 29325 - LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

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

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

Artículo 11°.- Funciones generales

Son funciones generales del OEFA: (...)

d) **Función Fiscalizadora y Sancionadora:** comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones derivadas de los

organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental.

5. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la citada Ley N° 29325, dispone que mediante Decreto Supremo refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA⁴.
6. Con Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, publicado el 21 de enero de 2010, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN) al OEFA; y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, publicada en 20 de julio de 2010, se estableció como fecha efectiva de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería del OSINERGMIN al OEFA el 22 de julio de 2010.
7. De otro lado, es preciso mencionar que el artículo 10° de la citada Ley N° 29325⁵, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM⁶, y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD⁷, disponen que el Tribunal

instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA.

⁴ **LEY N° 29325 - LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL
PRIMERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL**

Las entidades sectoriales que se encuentren realizando funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental, en un plazo de treinta (30) días útiles, contado a partir de la entrada en vigencia del respectivo Decreto Supremo, deben individualizar el acervo documentario, personal, bienes y recursos que serán transferidos al OEFA, poniéndolo en conocimiento y disposición de éste para su análisis acordar conjuntamente los aspectos objeto de la transferencia. (...)

⁵ **LEY N° 29325 - LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL
Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental**

10.1 El OEFA contará con un Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) que ejerce funciones como última instancia administrativa. Lo resuelto por el Tribunal es de obligatorio cumplimiento y constituye precedente vinculante en materia ambiental, siempre que esto se señale en la misma Resolución, en cuyo caso deberán ser publicadas de acuerdo a Ley. El TFA estará conformado por cinco (5) vocales designados mediante Resolución Suprema, por un período de cuatro años; el Presidente será designado a propuesta del MINAM y tendrá voto dirimente, los cuatro (4) restantes serán designados previo concurso público efectuado conforme a lo que establezca el Reglamento de Organización y Funciones de la entidad.

⁶ **DECRETO SUPREMO N° 022-2009-MINAM - REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL OEFA
Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental**

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

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

- a) Resolver en segunda y última instancia administrativa, los recursos de apelación interpuesto contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos.

⁷ **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 005 -2011-OEFA/CD - REGLAMENTO INTERNO DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL**

Artículo 4°.- Competencia del Tribunal

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

Norma Procedimental Aplicable

8. Antes de realizar el análisis de los argumentos esgrimidos por PAN AMERICAN, este Órgano Colegiado considera pertinente, en aplicación del Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2. del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establecer la norma procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes⁸.
9. En tal sentido, siendo que a la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 233-2009-OS/CD, corresponderá observar el contenido normativo de dicho cuerpo legal.

Análisis

Protección constitucional al ambiente

10. Al respecto, cabe precisar que el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993⁹, señala que toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha manifestado que:

“El contenido del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona está determinado por los siguientes elementos, a saber: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y, 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve.

En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, dicho derecho comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos

El Tribunal es competente para conocer y resolver en última instancia administrativa, los recursos de apelación contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por órganos del OEFA en materia de supervisión y fiscalización ambiental; así como resolver los recursos impugnativos interpuestos ante aquellas entidades cuyas funciones en materia ambiental hayan sido transferidas al OEFA. Asimismo, es competente para resolver las quejas administrativas de conformidad con lo establecido en el artículo 158° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

⁸ LEY N° 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

⁹ CONSTITUCIÓN POLITICA DEL PERÚ

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: (...)

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

se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1° de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.

Pero también el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares y, con mayor razón, a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente (STC 0048-2004-AI/TC)".

En este contexto, resulta oportuno poner énfasis en esta última configuración, toda vez que el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado impone a los particulares la obligación de adoptar medidas tendientes a prevenir, evitar o reparar los daños que sus actividades productivas causen o puedan causar al medio ambiente. A su vez, dichas medidas provendrán, entre otros, del marco jurídico aplicable al medio ambiente y aquellas asumidas por dichos particulares en sus instrumentos de gestión ambiental.

Lo expuesto, se condice además con el concepto de Responsabilidad Social de las empresas, el que ha sido desarrollado por el propio Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, y respecto del cual cabe citar lo siguiente:

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

Habiéndose delimitado el marco constitucional en el que debe entenderse la protección al bien jurídico medio ambiente respecto de las actividades productivas, comprendida en ellas la minera, corresponde establecer que las normas sectoriales de protección y conservación del ambiente deberán interpretarse y aplicarse dentro del citado contexto constitucional.

Respecto a la toma de muestra en el punto de monitoreo EF-13

11. Con relación al argumento de PAN AMERICAN señalado en el literal a) del considerando 2, cabe indicar que es obligación del titular minero no exceder en ninguna oportunidad los parámetros aplicables a los efluentes minero metalúrgicos previstos en el Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, de conformidad con lo establecido en el artículo 4° de la citada Resolución.

Por su parte, el artículo 13° de la indicada Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, establece que serán considerados como efluentes líquidos minero-metalúrgicos, aquellos flujos provenientes de las instalaciones del titular minero, que descarguen al ambiente.

Al respecto, conforme se desprende del numeral 3.4.3 del Informe de Fiscalización realizada por BO CONSULTING S.A. de fecha 31 de agosto de 2007 (folios 73 - 74), el flujo materia de muestreo en el punto de monitoreo EF-13 correspondiente al flujo de agua que proviene de la Planta de Neutralización y descarga al Río Moche.

Así también, cabe precisar que del Informe de Ensayo N° 01005-01006-07 efectuado por el Laboratorio Labeco Análisis Ambientales S.R.L. (folios 83 y 194) acreditado ante el INDECOPI, se desprende el siguiente resultado de la toma de muestra realizada en el punto de monitoreo EF-13:

Estación	Parámetro (mg/L)	Valor en cualquier momento (mg/L)	Fecha de toma de muestra	Resultado del análisis (mg/L)
EF-13	STS	50	19.07.07	826

De esa forma, se evidencia que PAN AMERICAN excedió, en el punto de monitoreo EF-13, el LMP del parámetro STS establecido en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

Asimismo, cabe precisar que del apartado "Discusión de Resultados" de la Tabla N° III-16 - Resultados Físico-Químico de Efluentes Líquidos - Unidad Quiruvilca del citado Informe de Fiscalización (foja 91) se desprende que el fiscalizador realizó el monitoreo en el punto EF-13 en condiciones estables, obteniéndose para el parámetro STS 826 mg/L y concentraciones bajas de los metales (Pb, Cu, Zn, Fe y As). En ese sentido, la "Discusión de Resultados" sólo representa una descripción de los hechos y/o condiciones en que el fiscalizador tomó la muestra en el punto de monitoreo EF-13, y en ningún extremo señala una condición irregular en que se tomó la muestra como afirma el recurrente.

Por otro lado, cabe señalar que del apartado "Discusión de Resultados" de la Tabla N° III-17 - Resultados Químicos del EF-13 - Efluentes Planta de Neutralización - Unidad Quiruvilca del citado Informe de Fiscalización (foja 92) se desprende que el supervisor solicitó al Laboratorio Labeco Análisis Ambientales S.R.L. un análisis adicional de metales totales con la finalidad de evaluar la concentración global de dichos parámetros. Sin embargo, dicho análisis no representa, como equivocadamente señala la recurrente, una segunda toma de muestras de verificación porque la primera toma de muestra fue realizada de forma inadecuada,

dado que la toma que ha servido para la imposición de la sanción en primera instancia y la toma para el análisis de metales totales, tienen objetivos distintos.

De esta forma, se evidencia que el análisis adicional sobre metales totales es un análisis independiente del análisis sobre los parámetros STS en el efluente minero metalúrgico en el que se ubica el punto de monitoreo EF-13, cuyo resultado se encuentra debidamente acreditado con el Informe de Ensayo N° 01005-01006-07 realizado por el Laboratorio Labeco Análisis Ambientales S.R.L. (folio 194). En otras palabras, la independencia de las muestras se sustenta en el hecho que, al tratarse de parámetros distintos, el resultado de la muestra de metales totales -sea cual fuera el resultado- en modo alguno influye en el resultado obtenido en la muestra que ha sido objeto de sanción.

Por tanto, no es correcto lo afirmado por PAN AMERICAN en el sentido que el análisis adicional de metales totales se realizó porque la primera toma de muestra fue realizada de forma inadecuada, razón por la cual corresponde mantener el análisis contenido en el Informe de Ensayo N° 01005-01006-07 realizado por el Laboratorio Labeco Análisis Ambientales S.R.L. (folio 194), donde se evidencia que PAN AMERICAN excedió el LMP en el punto de monitoreo EF-13. Por consiguiente, corresponde desestimar el argumento de PAN AMERICAN en este extremo.

Acerca de la supuesta vulneración del Protocolo de Monitoreo de la Calidad del Agua (instrumentos, toma de muestras duplicada o toma de blanco)

12. Con relación a los argumentos de PAN AMERICAN señalados en los literales b) y c) del considerando 2, cabe indicar que el Protocolo de Monitoreo de la Calidad de Agua del Sub Sector Minería, aprobado por Resolución Directoral 044-94-EM/DGAA de fecha 2 de marzo de 1994, es una guía donde se describen los procedimientos y técnicas adecuadas para efectuar la toma de muestras en las distintas etapas del proceso minero con la finalidad de asegurar la calidad de sus resultados.

Sobre los instrumentos, el numeral 4.5.3 del apartado Mediciones de Campo del Protocolo de Monitoreo de la Calidad de Agua establece que el equipo portátil de campo deberá calibrarse en el laboratorio de acuerdo a las directivas o especificaciones del fabricante y la calibración deberá verificarse y ajustarse de ser necesario en el campo. Asimismo, el punto 5.2 "Garantía de Calidad (QA) / Control de Calidad (QC) en laboratorios" del citado Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua señala que el uso de los estándares de verificación es un procedimiento que proporciona una comparación muy útil del funcionamiento de los instrumentos a través de estándares de calibración.

En el presente caso, se advierte del literal d) del punto 3.4.8.1 "metodología de muestreos y análisis" del Informe Final de Fiscalización elaborado por BO CONSULTING S.A. de fecha 31 de agosto de 2007 que los parámetros de lectura in situ correspondieron al pH, temperatura, conductividad eléctrica, caudal y oxígeno disuelto, y que se enviaron muestras preservadas y codificadas al laboratorio para el análisis de los demás parámetros. De esta forma, los equipos utilizados al momento de realizarse la fiscalización fueron el phchímetro y conductímetro, cuyos certificados de calibración se adjuntan en el citado Informe (folio 204 - 207). Adicionalmente, cabe señalar que en el Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua

del Sub Sector Minería, no se establece que la verificación de la calibración deba notificarse a la empresa supervisada.

Sobre la toma de muestras duplicada o toma de blanco que alega la recurrente, debe indicarse que el apartado 4.4 "La Garantía de Calidad (QA) y Control de Calidad (QC) en las mediciones de campo" del Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua, señala los procedimientos para garantizar la buena calidad de los datos de muestreo de calidad de agua, siendo una de las recomendaciones el registrar cualquier cambio en cada hoja de datos de muestreo y la recolección de muestras adicionales denominadas "blancos". Teniendo en cuenta lo señalado, cabe precisar que del Informe Final de Fiscalización se desprende que la toma de muestras, así como el análisis del efluente proveniente del punto de monitoreo EF-13 se han realizado con las respectivas muestras de blanco (folios 199-200), contramuestras (folio 196), y la cadena de vigilancia (folio 197) que garantizan la calidad de los datos del muestreo realizado por el Laboratorio Labeco Análisis Ambientales S.R.L.¹⁰ en dicho punto de monitoreo.

En tal sentido, se concluye que la toma de muestras de los efluentes mineros metalúrgicos de la unidad de Quiruvilca de PAN AMERICAN se realizó de acuerdo a las recomendaciones de buena calidad de los datos de muestreo de calidad de agua, así como con los respectivos instrumentos calibrados utilizados en el campo para la evaluación de los parámetros medidos in situ; en consecuencia, no se ha vulnerado lo establecido en el Protocolo de Monitoreo de la Calidad de Agua.

Por lo tanto, corresponde desestimar el argumento expuesto por la recurrente en este extremo.

Respecto al error material de la Resolución Directoral N° 024-2011-OEFA/DFSAI (variación de la sanción de 10 UIT a 50 UIT)

13. En relación al argumento de PAN AMERICAN señalado en el literal d) del considerando 2; cabe señalar que los errores materiales o aritméticos pueden ser rectificadas con efectos retroactivos, en cualquier momento, de oficio o a petición de parte, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 201.1 del artículo 201° de la Ley N° 27444¹¹.

Sobre el particular, cabe precisar que el monto de la sanción establecida en la Resolución Directoral N° 024-2011-OEFA/DFSAI de fecha 30 de junio de 2011, fue enmendado por la Resolución Directoral N° 028-2011-OEFA/DFSAI de fecha 08 de julio de 2011 de 10 UIT a 50 UIT, en virtud a que en el numeral 3.1 de la Resolución Directoral N° 024-2011-OEFA/DFSAI se desarrollaron los fundamentos de hecho y

¹⁰ Al respecto, cabe precisar que el Laboratorio Labeco Análisis Ambientales S.R.L. que realizó los análisis de la muestra tomadas a PAN AMERICAN se encuentra debidamente acreditado en INDECOPI con Registro N° LE-0091.

¹¹ **LEY N° 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
Artículo 201°.- Rectificación de errores

201.1 Los errores material o aritmético en los actos administrativos pueden ser rectificadas con efecto retroactivo, en cualquier momento, de oficio o a instancia de los administrados, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión.

derecho que conllevaron a establecer en su literal r) que el incumplimiento de los LMP es una infracción considerada grave y que corresponde ser sancionada conforme al numeral 3.2 del Anexo de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución N° 353-2000-EM/VMM, dispositivo legal que establece un único valor, ascendente a cincuenta (50) UIT para la multa aplicable a cada infracción.

Estando a lo expuesto, cabe precisar que la Resolución Directoral N° 028-2011-OEFA/DFSAI de fecha 08 de julio de 2011 no ha variado el contenido, ni alterado el sentido de la decisión establecida en la Resolución Directoral N° 024-2011-OEFA/DFSAI, pues la variación del monto de la multa no es por un error de apreciación de los hechos ni aplicación del derecho que sirvieron de sustento del acto administrativo en mención, sino por un error material y bajo el amparo de lo establecido en el numeral 201.1 de artículo 201° de la Ley N° 27444.

Por consiguiente, corresponde desestimar los argumentos expuestos por la apelante en este extremo.

Respecto al principio de tipicidad

14. En relación a los argumentos de PAN AMERICAN señalados en los literales e) y f) del considerando 2; resulta pertinente realizar un distingo entre norma sustantiva y norma tipificadora, ya que mientras la primera de éstas prevé la obligación cuyo incumplimiento se imputa, la segunda califica dicho incumplimiento como infracción, atribuyéndole la respectiva consecuencia jurídica.

En el presente caso el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM constituye la norma sustantiva incumplida, mientras que el numeral 3.2 del punto 3 de la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, configura la norma tipificadora. En efecto, conforme se aprecia del contenido de este último dispositivo legal, se tipifican las infracciones derivadas del incumplimiento de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, cuyo artículo 4° establece que los resultados obtenidos a partir de la muestra de los efluentes minero-metalúrgicos, no deben exceder en ninguna oportunidad los Límites Máximos Permisibles.

Así, el numeral 3.1 del punto 3 de la 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)

En tal sentido, corresponde al titular de la actividad la adopción de medidas de prevención y control del riesgo y daño ambiental, que se generen por acción u omisión, en cada una de las etapas de las operaciones mineras.

Ahora bien, considerando que en el presente caso se cuestiona la gravedad de la infracción tipificada en el numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM por el incumplimiento del LMP, reviste importancia determinar los alcances de la categoría daño ambiental en este supuesto.

Al respecto, el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, 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 potenciales¹³.

Conforme se aprecia de la disposición glosada para efectos de determinar la existencia de un daño ambiental no se requiere necesariamente la presencia de un efecto negativo actual, dado que éste puede ser potencial, siendo que ello ocurre como consecuencia del ejercicio de una determinada actividad o por la mera contravención a una determinada disposición jurídica que tiene como finalidad establecer la medida de la concentración o grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, que caracterizan a un efluente o una emisión, como ocurre en el caso del LMP.

De este modo, en atención a que el numeral 32.1 del artículo 32° de la Ley N° 28611¹⁴, prevé que el exceso del LMP causa o puede causar daños a la salud, bienestar humano y al ambiente, se colige que el incumplimiento de los LMP regulados en el Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMMM, ocasiona daño al ambiente cuyo efecto negativo no requiere ser inmediato o actual, bastando su carácter potencial.

Por lo expuesto, el exceso del LMP aplicable al parámetro STS, reportado en el punto de monitoreo EF-13 configura la situación de daño ambiental definida en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, exceso de LMP que se encuentra acreditado con los resultados contenidos en el Informe de Ensayo con Valor Oficial N° 01005-07 (folios 193-194) elaborado por el laboratorio acreditado Labeco Análisis Ambientales S.R.L., cuyo resultado se expresa en el cuadro detalle del considerando 1 de la presente resolución. Asimismo, el artículo 3.2 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM señala que las infracciones que causan daño al medio ambiente serán consideradas como infracciones graves.

¹³ **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

¹⁴ **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.

Adicionalmente, se establece en el numeral 3.2 del punto 3 de la referida norma, 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, (...)".

Estando a lo expuesto, cabe precisar que la infracción tipificada en el numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM tiene dos supuestos de hecho: i) las infracciones referidas en el numeral 3.1 del Anexo de la citada Resolución, y ii) que las mismas sean causa de un daño ambiental.

Sobre el particular, es de precisar que la comisión de la infracción referida en el numeral 3.1 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM se encuentra debidamente acreditada, conforme se ha expuesto en el considerando 11 de la presente resolución; y respecto al daño ambiental, debe precisarse que el mismo se configura en virtud de la definición de daño ambiental establecido en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, conforme se desarrollará en el considerando 15 de la presente resolución; por lo que, resulta válida la aplicación de la infracción tipificada en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.

De acuerdo a lo expuesto, este Órgano Colegiado considera que en el presente caso no se contraviene el Principio de Tipicidad, en consecuencia la resolución recurrida no adolece de vicios de nulidad; correspondiendo desestimar lo argumentado por la recurrente en este extremo.

Respecto al daño ambiental

15. Con relación al argumento de PAN AMERICAN señalado en el literal f) del considerando 2, cabe indicar que por disposición de los artículos 74° y el numeral 75.1 del artículo 75° de la Ley N° 28611 - Ley General del Ambiente, el titular minero es responsable por las emisiones, vertimientos y demás impactos negativos sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, generados por efecto de las actividades desarrolladas en el área de su concesión; siendo que, dicha responsabilidad incluye las siguientes categorías: a) riesgos, y b) daños ambientales¹².

¹² LEY N° 28611- LEY GENERAL DEL AMBIENTE

Artículo 74°.- De la responsabilidad general

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

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

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

De este modo, habiéndose acreditado los hechos materia de análisis en este extremo, en aplicación del numeral 162.2 del artículo 162° de la Ley N° 27444¹⁵, correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que acrediten que no se ha excedido los LMP, lo que no ocurrió; por lo que corresponde desestimar el argumento expuesto por la recurrente en este extremo.

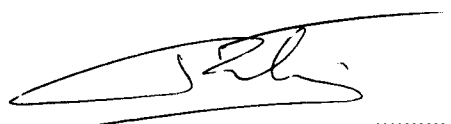
Estando a los considerandos expuestos, y de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; la Ley N° 29325, Ley del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental; el Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; el Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA y la Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA;

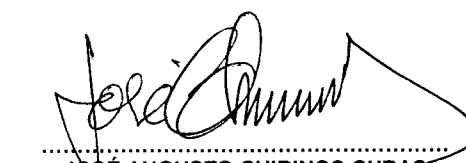
SE RESUELVE:

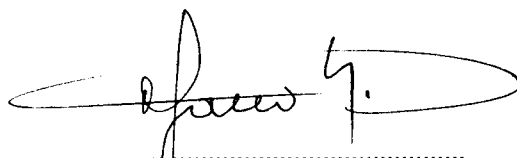
Artículo Primero.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por Pan American Silver S.A. Mina Quiruvilca contra la Resolución Directoral N° 024-2011-OEFA/DFSAL de fecha 30 de junio de 2011, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución; quedando agotada la vía administrativa.


Artículo Segundo.- NOTIFICAR la presente resolución a Pan American Silver S.A. Mina Quiruvilca y **REMITIR** el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA para los fines correspondientes.

Regístrese y comuníquese.


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


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


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


.....
VERÓNICA VIOLETA ROJAS MONTES
Vocal
Tribunal de Fiscalización Ambiental

¹⁵ LEY N° 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 162.- Carga de la prueba

162.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.