

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 280 -2012-OEFA/TFA

Lima, 12 DIC. 2012

VISTO:

El Expediente N° 078-08-MA/E que contiene el recurso de apelación, interpuesto por GOLD FIELDS LA CIMA S.A.A.¹ (en adelante, GOLD FIELDS) contra la Resolución Directoral N° 117-2012-OEFA/DFSAI de fecha 11 de Mayo de 2012 y el Informe N° 294-2012-OEFA/TFA/ST de fecha 30 de noviembre de 2012;

CONSIDERANDO:

1. Por Resolución Directoral N° 117-2012-OEFA/DFSAI de fecha 11 de Mayo de 2012 (Fojas 413 a 420), notificada el 15 de mayo de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA impuso a GOLD FIELDS una multa de cien (100) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de dos (02) infracciones graves, conforme al siguiente detalle:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
En el punto de control E-12 (Código MEM EF-8), correspondiente al efluente de descarga de la poza de sedimentación en la Quebrada Corona, se reportó un valor de 5.8 mg/L para el parámetro pH, superando el nivel máximo permisible establecido en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ³	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución ⁴ Ministerial N° 353-2000-EM-VMM	50 UIT

¹ GOLD FIELDS LA CIMA S.A. A. identificada con Registro Único de Contribuyente (RUC) N° 20507828915.

Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ² .			
En el punto de control E-13 (Código MEM EF-7), correspondiente al efluente de descarga de la poza de sedimentación en la Quebrada Meza de Plata, se reportaron valores respecto al parámetro STS que superan el nivel máximo permisible establecido en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la	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

³ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 011-96-EM/VMM. APRUEBA LOS NIVELES MAXIMOS PERMISIBLES PARA EFLUENTES LIQUIDOS PARA LAS ACTIVIDADES MINERO – METALURGICAS.

Artículo 4°.- 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.

ANEXO 1		
NIVELES MAXIMOS PERMISIBLES DE EMISION PARA LAS UNIDADES MINERO-METALURGICAS		
PARAMETRO	VALOR EN CUALQUIER MOMENTO	VALOR PROMEDIO ANUAL
ph	Mayor que 6 y Menor que 9	Mayor que 6 y Menor que 9
Sólidos suspendidos (mg/l)	50	25
Plomo (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.

⁴ 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, 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. (...)

² Al respecto, corresponde precisar que de acuerdo al literal e) del numeral 3.1.2 del Rubro Análisis de la parte considerativa de la Resolución Directoral N° 117-2012-OEFA/DFSAI, los resultados materia de sanción son los que siguen:

Punto de monitoreo	Parámetro	LMP Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM/VMM	Días	Turnos	Resultado de la Supervisión
E-12 (EF-8)	pH	6-9	Día 3 27/05/08	3° Turno	5.8

Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM. ⁵			
MULTA TOTAL			100 UIT

2. Mediante escrito de Registro N° 012347 presentado con fecha 04 de junio de 2012 (Fojas 422 a 441), GOLD FIELDS interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 117-2012-OEFA/DFSAI de fecha 11 de mayo de 2012, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

- a) Se ha vulnerado el Principio de Tipicidad regulado en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, al haberse impuesto una sanción sin que la información obrante en el expediente acredite que el agua muestreada en el punto de control E-12 (EF-8), correspondiente a la descarga de la poza de sedimentación en la quebrada Corona, era un efluente y no agua estancada.

En efecto, los resultados de monitoreo presentados por la empresa supervisora no registran datos de caudal, no existiendo flujo de agua en los puntos de medición; por lo que, dado que los valores de los LMP se aplican a flujos de agua, el citado punto no constituía un efluente minero metalúrgico.

- b) El agua muestreada en el punto de control E-12 correspondía al sistema de recolección de agua de escorrentía que previamente era tratada en una poza de sedimentación antes de su descarga a la quebrada Corona.

Esta agua no provenía de un proceso minero metalúrgico ya que GOLDFIELDS aún se encontraba en la etapa de construcción; debiendo tenerse en cuenta que el área donde se ubica la unidad minera Cerro Corona es una zona con alto contenido de rocas calizas, lo que determina que el agua efluente tienda naturalmente a ser alcalina.

- c) Los resultados del monitoreo mensual reportados al Ministerio de Energía y Minas desde el mes de mayo de 2008 muestran cumplimiento respecto de los valores de pH en la descarga de la poza de sedimentación, por lo que debió tenerse en cuenta los resultados históricos del monitoreo del efluente en el análisis de la imputación al existir una duda razonable en el sentido que el error se debía a una causa externa, como las citadas precedentemente.

⁵ Al respecto, corresponde precisar que de acuerdo al literal e) del numeral 3.2.2 del Rubro Análisis de la parte considerativa de la Resolución Directoral N° 117-2012-OEFA/DFSAI, los resultados materia de sanción son los que siguen:

Punto de monitoreo	Parámetro	LMP Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM/VMM	Días	Turnos	Resultado de la Supervisión
E-13 (EF-7)	STS	50	Día 1 25/05/08	3° Turno	135
E-13 (EF-7)	STS	50	Día 2 26/05/08	1° Turno	88

- d) El supervisor ha incumplido con lo establecido en el Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua, toda vez que la calibración del equipo de medición fue realizada con mucha anticipación, conforme se puede apreciar del Certificado KSSD-0170-08, en el que se señala que el instrumento de medición de pH fue calibrado el 22 de abril de 2008, es decir un mes antes de efectuada la supervisión.
- e) Se ha vulnerado el Principio de Presunción de Licitud regulado en el numeral 9° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, toda vez que no existe certeza de la comisión de la infracción al existir un rango de error en el equipo de medición.

En efecto, la precisión del equipo de calibración es de ± 0.2 , por lo que al haberse reportado para el parámetro pH un valor de 5.8 mg/L, se debió considerar que dicho valor podría haber variado a 6.00 mg/L con el rango de precisión, encontrándose así dentro de los LMP.

- f) La Empresa Supervisora incumplió su metodología de trabajo, toda vez que no ha levantado actas individuales por cada turno de monitoreo, como estableció en su Plan de Trabajo de Supervisión. Existe una relación directa entre el nivel de precipitaciones pluviales, el caudal de los efluentes, y la carga de STS, pues con un mayor nivel de precipitaciones pluviales se tiende al incremento natural de los STS.

Al respecto, debe resaltarse que los días que duró la supervisión no hubo precipitación de gran intensidad, por lo que no resulta razonable que en dicha fecha haya ocurrido un incremento de STS en el punto de control E-13 (Código MEM EF-7).

- g) Las cadenas de custodia presentadas no contienen información respecto al transporte de las muestras desde su recolección hasta el laboratorio, siendo altamente probable que dichas cadenas de custodia fueran llenadas al momento de la entrega de las muestras al laboratorio, y no en cada etapa del muestreo (recolección, transporte, custodia, etc.)

En efecto, no se tiene constancia real de la forma en que fue llevado el proceso de muestreo y manejo de la muestra, la misma que, tiene un alto riesgo de contaminación por elementos externos en caso no sea manipulada de acuerdo a lo establecido en el Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua aprobado por el MEM.

- h) Se ha transgredido el Principio de Tipicidad establecido en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, toda vez que no se ha acreditado la existencia de un daño ambiental.

Asimismo, cabe agregar que en el Segundo Otrosí Decimos del citado recurso de apelación, GOLD FIELDS solicitó el uso de la palabra ante el Tribunal de Fiscalización Ambiental, el cual fue concedido mediante Decreto N° 026-2012-OEFA/TFA de fecha 10 de julio de 2012 y se llevó a cabo el día 17 de julio de



2012 en la Sesión N° 032-2012-OEFA/TFA del Tribunal de Fiscalización Ambiental, conforme se aprecia de la Constancia de Asistencia en la Audiencia de Informe Oral (Foja 452).

Competencia

4. 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 Ambiente, se crea el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA)⁶.
5. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, el OEFA es un organismo público técnico especializado, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental⁷.
6. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la ley citada en el considerando precedente, dispone que mediante Decreto Supremo refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA⁸.
7. 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

⁶ 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 (...).

⁷ 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 instrumentos de gestión ambiental, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA.

⁸ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA.- (...)

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 (...).

Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN al OEFA; y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD, publicada el 20 de julio de 2010, se estableció como fecha efectiva de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería del OSINERGMIN al OEFA el 22 de julio de 2010.

8. En adición, el artículo 10° de la citada Ley N° 29325, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución N° 005-2011-OEFA/CD, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA⁹.

Norma Procedimental Aplicable

9. Antes de realizar el análisis de los argumentos esgrimidos por la recurrente, resulta 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 intervinientes¹⁰.

⁹ 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.

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 administrativas 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:

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

¹⁰ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

TÍTULO PRELIMINAR

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.

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° 640-2007-OS/CD, corresponderá observar el contenido normativo de dicho cuerpo legal.

Análisis

Protección constitucional al ambiente

10. Al respecto, este Cuerpo Colegiado considera necesario establecer el marco constitucional en el cual se desarrolla el bien jurídico protegido al interior de los procedimientos administrativos sancionadores por incumplimiento de las normas de protección y conservación del medio ambiente, toda vez que éste debe informar y ordenar los alcances de las obligaciones exigibles a los titulares mineros.

Sobre el particular, cabe indicar que de acuerdo al numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993, constituye derecho fundamental de la persona "gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida"¹¹.

Ahora bien, a efectos de establecer el contenido del indicado derecho constitucional, conviene explicar aquello que se entiende por "ambiente", por tratarse de un concepto consustancial al mismo. Al respecto, la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 0048-2004-AI, en su Fundamento N° 27, señaló lo siguiente¹²:

"(...) La parte de la naturaleza que rodea o circunda los hábitat de la pluralidad de especies vivas se denomina ambiente o medio ambiente.

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).

El medio ambiente se define como "(...) el conjunto de elementos sociales, culturales, bióticos y abióticos que interactúa en un espacio y tiempo determinado; lo cual podría graficarse como la sumatoria de la naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo concretos".

¹¹ 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.

¹² La sentencia recaída en el Expediente N° 0048-2004-AI, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica:

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>

El término biótico se refiere a todos los seres vivos de una misma región, que coexisten y se influyen entre sí; en cambio lo abiótico alude a lo no viviente, como el agua, el aire, el subsuelo, etc.

El medio ambiente se compone de los denominados elementos naturales, los cuales pueden generar, según sea el caso, algún tipo de utilidad, beneficio o aprovechamiento para la existencia o coexistencia humana (...). (El resaltado en negrita es nuestro).

En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, 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 otros¹³.

Ahora bien, habiéndose precisado el concepto de ambiente, cabe señalar que de acuerdo a lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, el derecho fundamental previsto en el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política se encuentra integrado por¹⁴:

- a) El derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado; y
- b) El derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado

En este contexto, cabe indicar que el derecho a la preservación de un ambiente sano y equilibrado impone a los particulares la obligación de adoptar medidas tendientes a prevenir, evitar o reparar los daños que sus actividades productivas causen o puedan causar al medio ambiente. 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.

¹³ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

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.

A mayor abundamiento, resulta oportuno citar la siguiente definición de FRAUME RESTREPO:

"Ambiente.- Conjunto de elementos abióticos (energía solar, suelo, agua y aire) y bióticos (organismo vivos) que integran la delgada capa de la tierra llamada biósfera, sustento y hogar de los seres vivos. (...)"

FRAUME RESTREPO, Néstor Julio. Diccionario Ambiental. ECOE ediciones, 2° edición. Bogotá, 2007.

¹⁴ La sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html>



Lo expuesto se condice además con el concepto de Responsabilidad Social de las empresas, que ha sido desarrollado por el propio Tribunal Constitucional en la referida sentencia, 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 en negrita 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.

Sobre el caudal del efluente minero-metalúrgico

11. Respecto a lo argumentado en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, resulta oportuno indicar que el Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, comporta, entre otros, el cumplimiento del requisito de exhaustividad suficiente en la descripción de la conducta prohibida.

En tal sentido, cabe indicar que de acuerdo al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, la medición de los LMP aplicables a los parámetros regulados en dicho cuerpo normativo se realiza en la muestra proveniente del efluente minero-metalúrgico objeto de monitoreo, sin exceder en ninguna oportunidad los niveles establecidos en la columna "Valor en cualquier Momento" del Anexo 1 ó 2 según corresponda.

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 ambiente¹⁵.

¹⁵ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 011-96-EM/VMM. APRUEBAN LOS NIVELES MÁXIMOS PERMISIBLES PARA EFLUENTES LÍQUIDOS MINERO-METALÚRGICOS.

Artículo 13°.- Definiciones

Para efectos de la presente Resolución Ministerial se tomará en consideración las siguientes definiciones:

Efluentes Líquidos Minero-Metalúrgicos.- Son los flujos descargados al ambiente, que provienen:

- a) De cualquier labor, excavación o trabajo efectuado en el terreno, o de cualquier planta de tratamiento de aguas residuales asociadas con labores, excavaciones o trabajos efectuados dentro de los linderos de la Unidad Minera.
- b) De depósitos de relaves u otras instalaciones de tratamiento que produzcan aguas residuales.
- c) De concentradoras, plantas de tostación, fundición y refineras, siempre que las instalaciones sean usadas para el lavado, trituración, molienda, flotación, reducción, lixiviación, tostación, sinterización, fundición, refinación, o tratamiento de cualquier mineral, concentrado, metal, o subproducto.
- d) De campamentos propios.
- e) De cualquier combinación de los antes mencionados. (...)

En tal sentido, considerando que el citado dispositivo normativo no define de modo específico el componente o elemento del ambiente al cual se destinan finalmente las descargas líquidas provenientes de las operaciones mineras, corresponde recurrir al marco legal aplicable del sector que es objeto de análisis, a efectos de determinar los alcances de dicho enunciado.

Al respecto, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, 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 otros¹⁶.

De dicha definición, se desprende que forman parte del ambiente no sólo los organismos vivos, sino además los medios en los cuales éstos habitan, tales como el agua, suelo y aire; elementos que la propia Ley N° 28611, se ha encargado de identificar como cuerpos receptores en su numeral 31.1 del artículo 31¹⁷.

En este contexto, a efectos de imputar al titular minero el incumplimiento de los LMP aplicables a los parámetros recogidos en la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, corresponderá considerar los siguientes aspectos:

- a) Determinar que la muestra materia de análisis haya sido tomada de un flujo de agua que revista la condición de efluente, esto es, que la descarga líquida proveniente de las operaciones mineras, se disponga o llegue finalmente al agua, suelo o aire.

¹⁶ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

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.

A mayor abundamiento, resulta oportuno citar la siguiente definición:

"Ambiente.- Conjunto de elementos abióticos (energía solar, suelo, agua y aire) y bióticos (organismo vivos) que integran la delgada capa de la tierra llamada biósfera, sustento y hogar de los seres vivos. (...)"

FRAUME RESTREPO, Néstor Julio. Diccionario Ambiental. ECOE ediciones, 2° edición. Bogotá, 2007.

¹⁷ LEY N° 28611. LEY GENERAL DEL AMBIENTE.

Artículo 31.- Del Estándar de Calidad Ambiental

31.1 El Estándar de Calidad Ambiental - ECA es la medida que establece el nivel de concentración o del grado de elementos, sustancias o parámetros físicos, químicos y biológicos, presentes en el aire, agua o suelo, en su condición de cuerpo receptor, que no representa riesgo significativo para la salud de las personas ni al ambiente. Según el parámetro en particular a que se refiera, la concentración o grado podrá ser expresada en máximos, mínimos o rangos.

Corresponde precisar que la aplicación del presente dispositivo legal, se circunscribe a la consideración de los elementos abióticos: agua, suelo y aire, como cuerpos receptores.

- b) Los resultados obtenidos del análisis de la muestra tomada serán válidos aún cuando el monitoreo se haya practicado en un punto de control no previsto en un instrumento de gestión ambiental

Sobre el particular, conforme a lo expuesto en el literal a) precedente, se entiende que la toma de muestras de los flujos provenientes de las operaciones mineras que llegan finalmente al ambiente o a alguno de sus componentes, los cuales configuran el efluente minero-metalúrgico, se efectúa antes de que éste se descargue en el cuerpo receptor de acuerdo a lo indicado en el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

Al respecto, en el Cuadro N° 1: Puntos de Monitoreo a tomarse en la Zona N° 2 Unidad Minera Cerro Corona, del Informe de Supervisión 2B – Monitoreo Ambiental de Efluentes Minero Metalúrgicos del Ámbito Geográfico de Cajamarca (Foja 12), se puede verificar que el punto de control E12 (Código EF-8) se encuentra identificado como un efluente¹⁸.

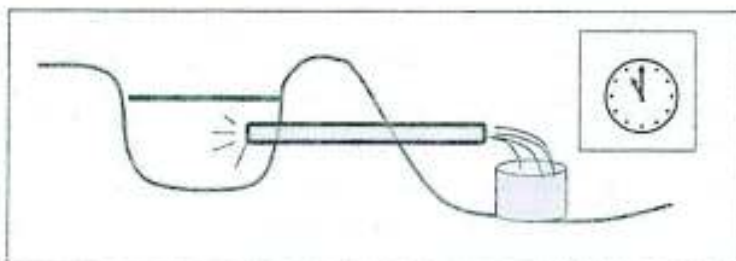
Asimismo, en el Cuadro N° 8 de dicho Informe de Supervisión (Foja 16), se tiene que la Supervisora tomó muestras en el punto de control E-12 (Código MEM EF-8) correspondiente al efluente proveniente de la descarga de aguas de la poza de sedimentación en la Quebrada Corona.

Es así que, en la Foto N° 24 del Informe de Supervisión N° 2b de Minera Interandina de Consultores S.R. Ltda. (Foja 279), se observa cómo el supervisor efectúa la medición del caudal por el método volumétrico¹⁹ y la toma de la muestra en el punto de control E-12, determinándose de esta forma que al momento de la toma de muestras había un flujo de agua del cual se realizó la medición. En tal sentido, la omisión de consignar expresamente el nivel de caudal en el cuadro de resultados no significa que al momento de la medición no hubiera flujo de agua, más aún si el supervisor señala que el efluente proviene de la descarga de aguas de la poza de sedimentación en la Quebrada Corona.

¹⁸ El Punto de Monitoreo Ambiental EF-8, fue declarado por GOLD FIELDS LA CIMA S.A.A. - CERRO CORONA, tal como se puede verificar que se encuentra registrado en el Sistema de Información del Ministerio de Energía y Minas: http://intranet.minem.gob.pe/SIMEM/DGAAM/PuntoMonitoreoAmbiental/ZPT_Ficha#01

¹⁹ Este método permite medir pequeños caudales de agua, como son los que escurren en surcos de riego o pequeñas acequias. Para ello es necesario contar con un depósito (balde) de volumen conocido en el cual se colecta el agua, anotando el tiempo que demoró en llenarse. Esta operación puede repetirse 2 ó 3 veces y se promedia, con el fin de asegurar una mayor exactitud (ver Figura 3).

Bello U. Marco Antonio, Pino Q. María Teresa. "MEDICIÓN DE PRESIÓN Y CAUDAL", [en línea]. Fecha de creación, 2000. Disponible en la Web: <http://www.inia.cl/medios/biblioteca/boletines/NR25635.pdf>.



Conviene reiterar que la medición de los LMP se realiza en la muestra proveniente del efluente minero-metalúrgico y no en el cuerpo receptor, análisis que, además, no exige la presencia de un caudal mínimo en la descarga de la cual se toma la muestra.

En consecuencia, en atención a lo expuesto, no se ha vulnerado el Principio de Tipicidad y está demostrada la gravedad de la infracción contenida en el numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, por lo que corresponde desestimar el argumento expuesto por la apelante GOLD FIELDS en este extremo.

Sobre los indicios de que el resultado se debe a una causa externa al propio efluente

11. Con relación a lo alegado en los literales b) y c) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que de acuerdo al artículo 13° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, son considerados como efluentes líquidos minero-metalúrgicos, aquellos flujos provenientes de las instalaciones del titular minero, que descarguen al ambiente.

GOLD FIELDS manifiesta que los resultados de monitoreo mensual reportados a la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas desde el mes de mayo de 2008, muestran cumplimiento de los valores de pH en la descarga de la poza de sedimentación. Además, en la fecha de la supervisión sus instalaciones se encontraban en etapa de construcción razón por la cual no generaban efluentes minero metalúrgicos, siendo el efluente monitoreado producto de las precipitaciones pluviales por lo que eran básicamente agua de escorrentía. De esta manera, según indica, no había alguna situación que generara un grado de acidez (pH por debajo de 6) en el efluente.

Asimismo, señala que gran parte del área del proyecto Cerro Corona es una zona con alto contenido de calizas, por lo cual el pH de las aguas tiende naturalmente a ser alcalino. De allí que no se puede generar certeza del incumplimiento en la autoridad, debido a que existen indicios de que dicho resultado se debería a causas externas a la calidad del efluente.

Sobre el particular, en el EIA del Proyecto Cerro Corona aprobado por Resolución Directoral N° 514-2005-MEM/AAM, se consideró la implementación de sistemas de control que no solo captan escorrentías, sino también las infiltraciones provenientes del tajo en la zona noreste y de los depósitos de suelos orgánicos, siendo que dichas aguas provenientes del sistema (efluentes mineros) son descargadas en la Quebrada Corona y Mesa de Plata²⁰.

De acuerdo al Informe de Supervisión (Folio 16), se tiene que se tomó muestras en el punto de control E-12 (Código MEM EF-8), correspondiente al flujo proveniente de la poza de sedimentación en la cual se trata el agua antes de su descarga a la Quebrada Corona, el cual constituye un efluente minero – metalúrgico, contrariamente a lo alegado por la recurrente.

²⁰ Numeral 4.10 Sistema de manejo de aguas superficiales y escorrentía y control de erosión y sedimentos, del capítulo 4.0 Descripción del Proyecto, del Estudio de Impacto Ambiental Proyecto Cerro Corona, pag. 416

El resultado del monitoreo en cuestión se sustenta en el Informe de Ensayo N° MA802959 (Foja 171), expedido por el Laboratorio SGS del Perú S.A.C, el cual indica lo siguiente:

Punto de control	Parámetro	LMP Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM/VMM	Días	Turno	Resultado de la Supervisión
E-12 (EF-8)	PH	6-9	Día 3 27/05/08	3° Turno	5.8

Como se aprecia del cuadro anterior, el resultado obtenido en el punto de control E-12 (Código MEM EF-8) incumple el LMP correspondiente al pH establecido en la columna "Valor en cualquier Momento" del anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EMA/MM.

Cabe indicar que de conformidad con el numeral 162.2²¹ del artículo 162° de la Ley N° 27444, en concordancia con el artículo 190²² del Código Procesal Civil, aplicable de manera supletoria de conformidad con el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, corresponde a los administrados aportar los medios de prueba que sustenten sus alegaciones.

Asimismo, de acuerdo al Principio de Verdad Material previsto en el numeral 1.11²³ del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, en concordancia con el numeral 6.1²⁴ del artículo 6° del mismo cuerpo legal, los pronunciamientos que emiten las entidades al interior de los procedimientos administrativos sólo podrán sustentarse en aquellos hechos que se encuentren debidamente probados.

²¹ 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

²² RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 010-93-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL CÓDIGO PROCESAL CIVIL.

Artículo 190°.- Pertinencia e improcedencia.-

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

²³ 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.

²⁴ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

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. (...)

De igual modo, de acuerdo al numeral 21.4²⁵ del artículo 21° de la Resolución N° 640-2007-OS/CD, los informes de supervisión constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario.

Sobre el particular, si bien la recurrente señala que existen indicios de que el resultado del parámetro pH en el punto de control E-12 (Código MEM EF-8), se debería a causas externas a la calidad del efluente, ésta no ha adjuntado medio probatorio alguno que permita a este Órgano Colegiado valorar la certeza o no de dicho argumento.

En tal sentido, se tiene que de acuerdo al cuadro de resultados N° 8 (Folio 16) del Informe de Ensayo N° MA802959 (Foja 171), se reportó el valor de 5.8 unidades para el parámetro pH, que supera los niveles máximos permisibles establecidos en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, resultados que no han sido desvirtuados por la apelante, por lo que corresponde desestimar lo alegado en este extremo.

Respecto a la calibración del equipo portátil de campo Multiparámetro

12. En cuanto a los argumentos contenidos en el literal d) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que de acuerdo al Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, en concordancia con el Principio de Legalidad regulado en el numeral 1.1 del artículo IV del mismo cuerpo normativo, los pronunciamientos de la autoridad administrativa deben sustentarse en la debida aplicación e interpretación del conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico vigente, lo que implica el no desconocimiento o contradicción de dicha regulación legislativa y, por ende, garantizar a los administrados la obtención de una decisión motivada y fundada en derecho²⁶.

En tal sentido, resulta oportuno señalar que de acuerdo al numeral 4.2 del Rubro 4.0 del Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua, aprobado por Resolución Directoral N° 004-94-EM/DGAA²⁷, en la preparación de un viaje de muestreo,

²⁵ RESOLUCIÓN N° 640-2007-OS/CD. REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL OSINERGMIN.

Artículo 21°.- Inicio del Procedimiento

21.4. Los informes Legales, Informes Técnicos, Actas Probatorias, Carta de Visita de Fiscalización, Actas de Supervisión, constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario.

²⁶ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

²⁷ RESOLUCIÓN DIRECTORAL 044-94-EM/DGAA. PROTOCOLO DE MONITOREO DE CALIDAD DE AGUA.

(...)

4.2.2 Instrumentos Analíticos

deberá limpiarse y calibrarse todo el equipo; los reactivos y soluciones buffer deberán estar frescos y completos, los recipientes de muestreo ordenados (limpiados de acuerdo a los procedimientos estándar).

Igualmente, el sub-numeral 4.2.1 del referido Protocolo señala que resultará prudente verificar que cada instrumento cumpla con los estándares de calibración antes de ir a campo; precisando, en su numeral 4.2, denominado "Instrumentos Analíticos"²⁸, que la calibración de las sondas debe verificarse frecuentemente para determinar si tienen la exactitud y precisión de los instrumentos de laboratorio.

En esta misma línea, se considera oportuno señalar que de acuerdo al literal f) del numeral 5, en concordancia con el numeral 2, de la Directriz SNA-acr-12D del Servicio Nacional de Acreditación, que aprueba los Criterios para la Trazabilidad de las Mediciones (*Policy on traceability of measurements*), al establecer las características de la trazabilidad aplicables a las mediciones realizadas, entre otros, por los laboratorios de ensayo, se establece²⁹:

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

Por tal motivo, y contrariamente a lo sostenido por GOLD FIELDS, se concluye que el Protocolo aprobado por Resolución Directoral N° 004-94-EM/DGAA, no debe entenderse en el sentido que para la realización de muestreos en campo deba someterse el equipo de medición a un procedimiento de calibración cada vez que se realiza una supervisión, sino solamente que deberá verificarse el estado de calibración de dicho equipo, de modo tal que se asegure su correcto

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

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

²⁸ RESOLUCIÓN DIRECTORAL 044-94-EM/DGAA. PROTOCOLO DE MONITOREO DE CALIDAD DE AGUA.

(...)

4.5.2 Toma de Muestras

(...)

Al momento de tomar las muestras:

Si se tiene que tomar varias botellas de muestra en el mismo lugar, ello deberá hacerse en el mismo tiempo. Si fuera posible, es mejor recolectar una gran muestra y dividirla en submuestras.

²⁹ La Directriz SNA-acr-12D del Servicio Nacional de Acreditación, que aprueba los Criterios para la Trazabilidad de las Mediciones (*Policy on traceability of measurements*), se encuentra disponible en: <http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/0/ger/acre01/Requisitos/DocGenerales/DirectrizDeTrazabilidad.pdf>

funcionamiento. En consecuencia, no existe norma imperativa alguna que establezca una periodicidad u oportunidad en que se deba practicar la calibración de estos instrumentos, lo que es ratificado por el Sistema Nacional de Acreditación, al señalar que su realización depende de diversos factores, sin fijar un intervalo o plazo para la calibración, conforme a lo citado precedentemente.

Así las cosas, conforme se desprende del Certificado LM-922-2007 (Folios 242 y 243) con el que se acredita que el equipo Multiparámetro marca Hanna modelo HI 9812 ha sido calibrado por la División de Metrología de Kossodo S.A.C, dicha calibración documenta la trazabilidad de acuerdo al Sistema Internacional de Unidades (SI). Cabe enfatizar que esta calibración aseguró, sin necesidad de ensayos y mediciones duplicadas, el cumplimiento de las características del equipo que lo hacen operativo, dentro de las especificaciones técnicas del fabricante; por lo que queda acreditado el cumplimiento del Protocolo aprobado por Resolución Directoral N° 004-94-EM/DGAA en lo relativo a la condición de los equipos para mediciones en campo.

Por tanto, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en el sentido que debieron actuarse medios probatorios adicionales, al resultar innecesarios por aplicación del numeral 163.1 del artículo 163° de la Ley N° 27444³⁰.

De otro lado, respecto a los procedimientos empleados por la Supervisora Externa durante el monitoreo, cabe señalar que en los numerales 3.1. y 3.2 del Rubro 3 Metodología del Informe N° 2b, sobre las metodologías aplicadas durante las actividades previas y en campo, se indica lo siguiente:

“3.1 Pre campo (...)

Asimismo se detalla las actividades que se realizaron durante la etapa de muestreo, entre otros, ubicación en campo de los puntos de monitoreo, medición de parámetros en campo, calibraciones, colección de las muestras, preservación, identificación de la muestra, empaquetamiento. (SIC)

2.2 Trabajo de campo

Para tomar muestras útiles y representativas se requirió poner gran atención a los protocolos detallados y estandarizados.

(...)

En los puntos de cuerpos receptores aguas abajo de los efluentes se realizó mediciones adicionales de contrastación y verificación para los siguientes parámetros de campo: conductividad eléctrica y pH”.

³⁰ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 163.- Actuación probatoria

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

De este modo, encontrándose acreditado que se aplicó correctamente el Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua, toda vez que por disposición del numeral 21.4 del artículo 21° de la Resolución N° 640-2007-OS-CD³¹, la información contenida en los Informes de Supervisión se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario; correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que desvirtúen el contenido del mencionado informe, lo que no ocurrió, razón por la cual corresponde mantener el análisis contenido en dicho instrumento probatorio.

En atención a lo expuesto, se constata que durante el procedimiento de supervisión se aplicaron correctamente las pautas derivadas del Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua, lo que se encuentra sustentado en los medios probatorios citados precedentemente, por lo que no se ha producido vulneración alguna de los Principios de Verdad Material, Predictibilidad ni Debido Procedimiento invocados por la recurrente, correspondiendo desestimar lo alegado en estos extremos.

Sobre el valor reportado del parámetro pH

13. Con relación a lo alegado en el literal e) del numeral 2, GOLD FIELDS señala que el parámetro pH reportado se encuentra a 0.2 unidades por debajo del límite inferior permisible, el cual podría ser atribuible a los niveles de precisión del equipo que es de ± 0.2 .

Asimismo, señala que dicho grado de precisión es el que aparece en el manual de instrucciones del Medidor de pH/EC/TDS para los modelos HI 9812 - HI 9813 (Fojas 306 a 315), el cual indica una precisión para pH de ± 0.2 (a 20°C/68°F).

Al respecto, debemos señalar que en las mediciones tomadas en campo para los parámetros pH, conductividad, oxígeno disuelto y temperatura, se considera el valor que arroja el equipo, teniendo en cuenta que la exactitud del equipo recae fundamentalmente en la Calibración (que consta en el Certificado) con los Estándares o patrones de Referencia de cada parámetro a Monitorear.

Las mediciones tomadas por un equipo en campo deben estar basadas en procedimientos establecidos, regulados por una norma técnica, la cual debe establecer si se toma o no en cuenta los parámetros asociados al equipo.

Igualmente, para garantizar la trazabilidad de las mediciones realizadas, el equipo debe ser calibrado³² y/o verificado utilizando materiales de referencia certificados

³¹ RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSION EN ENERGIA Y MINERIA OSINERGMIN N° 640-2007-OS-CD.

Artículo 21°.- Inicio del Procedimiento (...)

21.4. Los Informes Legales, Informes Técnicos, Actas Probatorias, Cartas de Visita de Fiscalización, Actas de Supervisión, constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario.

³² Cabe señalar que conforme a lo desarrollado en el numeral 12 de la presente resolución, los equipos utilizados para la medición se encontraban calibrados.

(MRC) y se deben utilizar procedimientos de control de calidad para realizar el seguimiento de la validez de los resultados reportados. De acuerdo a las normas técnicas, para obtener el valor de mensura o medición no se considera el rango de precisión del equipo.

Por tanto, si se aceptara considerar el rango de precisión del equipo se estaría contraviniendo la norma. No obstante lo señalado, aún si se aceptara el criterio invocado por la empresa de sumar el margen de error igual a ± 0.2 al valor de medición del equipo 5.8 el resultado sería 6.0, valor con el cual la recurrente tampoco estaría cumpliendo con la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, en la cual se establece los Niveles Máximos Permisibles de Emisión para las Unidades Minero Metalúrgicas, y que dispone para el parámetro pH que el "Valor en cualquier momento" debe ser "Mayor que 6 y Menor que 9".

Finalmente, corresponde señalar que el exceso del LMP aplicable al parámetro pH, reportado en el punto de control E-12 (Código MEM EF-8), se encuentra debidamente acreditado conforme al resultado contenido en el Informe de Ensayo N° MA802959 (Foja 171), expedido por el Laboratorio SGS del Perú S.A.C; en el efluente derivado de las actividades de GOLD FIELDS.

Cabe señalar que el laboratorio SGS del Perú S.A.C. se encuentra acreditado ante el INDECOPI mediante Registro N° LE-002 y la medición fue realizada por personal capacitado del mismo laboratorio, lo cual se sustenta en procedimientos establecidos en su sistema de gestión de calidad y en métodos de ensayo acreditados también ante INDECOPI, lo que determina su carácter de medio probatorio fehaciente del exceso de los LMP antes mencionados.

Por consiguiente, carece de sustento lo argumentado por GOLD FIELDS en este extremo

Sobre el incumplimiento de la metodología de trabajo

14. Con relación al argumento contenido en el literal f) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que de acuerdo a lo establecido por el numeral 1.23 de la Guía de Fiscalización Ambiental Subsector Minería aprobada por Resolución Directoral N° 009-2001-EM-DGAA, antes de concluir con las actividades de campo, el fiscalizador deberá finalizar con la lista de verificación y con la identificación de las áreas de no-cumplimiento, luego redactará el acta de fiscalización con los hallazgos y resultados de la fiscalización³³.

Al respecto, conforme se puede verificar del Informe de Supervisión N° 2b, la empresa supervisora cumplió con levantar el Acta de Supervisión (Foja 24) para la supervisión realizada del 25 al 30 de mayo de 2008, la cual fue suscrita por el Ingeniero Carlo Mego Armas Supervisor de Monitoreo Ambiental de GOLD

³³ RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 009-2001-EM-DGAA. GUÍA DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL SUBSECTOR MINERÍA.

1.23 Acta de Fiscalización

Antes de concluir con las actividades de campo, el fiscalizador deberá finalizar con la lista de verificación y con la identificación de las áreas de no-cumplimiento. Luego deberá redactar el acta de fiscalización con los hallazgos y resultados de la fiscalización. En el Anexo F se presenta un modelo de acta de fiscalización.

FIELDS, sin formular observaciones, por lo cual, se desestima lo manifestado por la recurrente en este extremo.

Sobre el caudal de los efluentes y la eficiencia de la poza de sedimentación

15. Con relación a los argumentos contenidos en el literal g) del numeral 2 de la presente resolución, GOLD FIELDS señala que el caudal de 0.025 m³/s (25 L/s) reportado por la Empresa Supervisora para el día 25 de mayo de 2008 (tercer turno) es excesivamente alto y no guarda relación con el nivel de precipitación de la zona, lo que pudo ocasionar una desviación en los resultados de STS reportados.

Sobre el particular, cabe señalar que el caudal determinado en campo (0.025 m³/s) es el caudal que proviene de la poza de sedimentación, y no de un cuerpo natural, en el cual la presencia de STS está relacionada con el flujo, las precipitaciones, entre otras condiciones ambientales.

Dichas condiciones se deben tener en consideración al momento de diseñar la poza de sedimentación a fin de que se cumpla con el tiempo de retención de los líquidos a fin que los residuos sólidos sedimentados queden dentro de la poza y la solución limpia salga de ella como efluente.

Sin embargo; en el punto de control E-13 (Código MEM EF-7), correspondiente al efluente de descarga de la poza de sedimentación en la Quebrada Meza de Plata, el valor obtenido para el parámetro STS sobrepasa el LMP establecido en la columna "Valor en cualquier Momento" del anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EMA/MM, conforme se aprecia del Informe de Ensayo N° MA802959, de acuerdo al siguiente detalle:

Punto de monitoreo	Parámetro	LMP Anexo 1 R.M. N°011-96-EM/VMM	Día	Turno	Resultado de la Supervisión
E-13 (EF-7)	STS	50	Día 1 25/05/98	3° Turno	135
E-13 (EF-7)	STS	50	Día 2 26/05/98	1° Turno	88

De acuerdo a los resultados del Informe de Ensayo N° MA802959, el resultado obtenido en el punto de control E-13 (Código MEM EF-7) incumple el LMP correspondiente a los STS, habiendo sido reportando el día 25 de mayo de 2008 (tercer turno) un caudal de 0.025 m³/s (25 L/s).

Por su parte, el punto 2.2 de la Guía para la evaluación de impactos en la calidad de las aguas superficiales por actividades minero metalúrgicas, aprobada mediante Resolución Directoral N° 281-2007-MEM/AAM de fecha 7 de setiembre de 2007, señala que:

"Los LMP están definidos en términos de valores absolutos de concentración (salvo en el caso del pH) para una lista corta de parámetros,

sin considerar el volumen de la descarga ni la capacidad de asimilación del cuerpo receptor". (El subrayado es nuestro)

Por lo tanto, la medida del caudal registrado por el laboratorio durante la supervisión no exime de responsabilidad a GOLD FIELDS; toda vez que el cumplimiento de los LMP versa en el grado de concentración de los parámetros del Anexo I de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

Asimismo, cabe agregar que la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM no establece la obligación de contar con un caudal mínimo para efectuar la toma de muestras, debiendo en consecuencia cumplir con los límites máximos permisibles establecidos normativamente, por lo que corresponde desestimar lo alegado por GOLD FIELDS.

Sobre la inexistencia de la Cadena de Custodia

16. En cuanto al argumento contenido en el literal h) del numeral 2 de la presente resolución, de acuerdo a los procedimientos de operaciones estándar que indica el Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua, el llenado de la Cadena de Custodia se realiza en el momento que se ingresan las muestras en el contenedor (*cooler*), de esta forma el muestreador puede realizar una verificación del rotulado, asegurando que las indicaciones al laboratorio sean las correctas.

Respecto a lo señalado por GOLD FIELDS, en el sentido que no existe registro de la Cadena de Custodia de las muestras de agua, es preciso indicar que la medición del parámetro (pH) se realizó *in situ*, por lo que no correspondía elaborar una Cadena de Custodia o Cadena de vigilancia, no pudiendo alegarse un incumplimiento del Protocolo de Monitoreo de Aguas del MEM para la presente medición.

Por consiguiente, se desestima lo argumentado por la recurrente en este extremo.

Sobre el exceso del Límite Máximo Permisible y el daño ambiental

17. En cuanto al argumento contenido en el literal i) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que en el presente caso se cuestiona la presencia de daño ambiental, como elemento necesario para configurar una infracción como grave, de acuerdo a la tipificación recogida en el numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM por el incumplimiento de los LMP. En tal sentido, reviste de vital importancia determinar los alcances de la categoría "daño ambiental", en este supuesto³⁴.



³⁴ 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, Walter. Manual de Derecho Ambiental. Editorial Iustitia. Lima, 2011.

Al respecto, el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611³⁵, 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 potenciales³⁶. De acuerdo a lo indicado, la definición de daño ambiental de la Ley N° 28611 recoge dos elementos de importancia:

- a) El primer elemento está referido a que el daño ambiental debe importar un menoscabo material al ambiente y/o a alguno de sus componentes.
- b) El segundo elemento está referido a que dicho menoscabo material genere efectos negativos, que pueden ser actuales o potenciales.

Respecto al primer elemento, cabe señalar que se refiere a toda afectación material de la calidad ambiental que se produce al emitir sustancias contaminantes al ambiente o a alguno de los elementos que lo conforman, y que menoscaban su calidad física o química, alterando su estado natural en mayor o menor medida.

Respecto al segundo elemento, debe señalarse que éste se refiere a que en la configuración del daño ambiental no es indispensable que los efectos negativos del menoscabo material producido por las sustancias contaminantes al ambiente sean actuales, sino que resulta suficiente que dichos efectos negativos sean potenciales³⁷. Precisamente, los LMP se han establecido explícitamente

³⁵ 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.

³⁶ Sobre el concepto de daño ambiental se pronuncian BIBILONI y LANEGRA:

Bibiloni señala 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".

BIBILONI, Héctor Jorge. El Proceso Ambiental. LexisNexis. Buenos Aires, 2005.

Lanegra sostiene sobre el daño ambiental, en el marco de la Ley General del Ambiente Ley N° 28611 que:

"El daño ambiental lo sufre el ambiente o sus componentes, y representa por lo tanto un "menoscabo material". Sus efectos pueden incluir daños "no materiales", pero, nuevamente, ellos no forman parte de aquel. ¿Qué es el ambiente y sus componentes? La Ley General del Ambiente señala que lo comprenden "...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" Pero son muchos los elementos que conforman el medio. Por ello la Ley precisa que son "...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." (Artículo 2.3). Así, cuando uno introduce un contaminante al ambiente que tuviera la posibilidad de modificar el medio humano y dañar su salud, está generando un "daño ambiental" (el subrayado es nuestro).

LANEGRA, IVAN. El daño ambiental. En: Derecho Ambiental. Diálogo y Debate sobre Derecho y Política Ambiental e Indígena. Ver: <http://blog.pucp.edu.pe/item/77336/el-dano-ambiental>

³⁷ En esa línea, es importante citar a Mario Peña cuando sostiene:

"De esta forma, se rompe con uno de los elementos característicos del derecho de daños, por el cual, éste 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"

Peña, Mario. Daño Ambiental y Prescripción.

Ver: http://huespedes.cica.es/aliens/ginadus/19/06_mario_penia_chacon.html

señalándose que su exceso causa o puede causar daños a la salud, al bienestar humano o al ambiente (numeral 32.1 del artículo 32° de la Ley N° 28611).

En tal sentido, los efectos potenciales del daño ambiental se configuran cuando el menoscabo material de los elementos que constituyen el medio ambiente o el entorno ecológico, excede los niveles, estándares o parámetros de calidad establecidos por la autoridad pública, como en el caso de un LMP. Por lo que, tratándose del daño ambiental, es necesaria únicamente la probabilidad futura en grado de verosimilitud para determinar su existencia y tomar las medidas necesarias con el fin de impedir sus efectos nocivos³⁸.

En consecuencia, en atención a que el numeral 32.1 del artículo 32° de la Ley N° 28611, prevé que el exceso del LMP causa o puede causar daños a la salud, al 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/VMM, configura el supuesto de daño ambiental cuyos efectos negativos -debe repetirse- requieren ser inmediatos o actuales, bastando la potencialidad de los mismos. De esta manera, la alusión al daño ambiental incluye la potencialidad del efecto negativo, aspecto que sin duda se presenta ante el exceso de LMP³⁹.

Por lo expuesto, el exceso del LMP aplicable al parámetro pH reportado en el punto de control E-12 y el parámetro STS reportado en el punto de control E-13 configuran la situación de daño ambiental definida en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, excesos de LMP que se encuentran acreditados con el resultado contenido en el Informe de Ensayo elaborado por el Laboratorio acreditado SGS del Perú SAC, el cual se presenta en el cuadro detalle del numeral 1 de la presente resolución. Asimismo, el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM señala que las infracciones que causan daño al medio ambiente serán consideradas como

³⁸ Así lo ha entendido la jurisprudencia argentina la cual mediante el fallo de 1995 Almada contra Copco S.A. consideró suficiente la certeza y actualidad de los riesgos que se ciernen sobre la salud de los vecinos, aunque no estén probadas lesiones actuales a su integridad psicofísica, para que la tutela de la salud se haga efectiva, sin juzgar la producción de lesiones, tratándose de esta forma de evitar, que el daño temido se transforme en daño cierto, efectivo o irreparable.

³⁹ Es pertinente indicar al respecto que el Reglamento de Protección Ambiental de la Actividad Minero-Metalúrgica, aprobado por el Decreto Supremo N° 016-93-EM, en su artículo 6° incide en el hecho de que el exceso de LMP puede generar efectos negativos sobre el ambiente, actuales o potenciales. Estas son características propias de los procesos de contaminación y degradación ambiental, los cuales no se producen en un único momento sino de manera gradual, paulatina, producto de la introducción de contaminantes en cantidades mayores a los parámetros físico-químicos previamente determinados por la autoridad competente:

DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO DEL TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY GENERAL DE MINERIA.

Artículo 6°.- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 225° de la Ley, es obligación del titular poner en marcha y mantener programas de previsión y control contenidos en el Estudio de Impacto Ambiental y/o Programas de Adecuación y Manejo Ambiental, basados en sistemas adecuados de muestreo, análisis químicos, físicos y mecánicos, que permitan evaluar y controlar en forma representativa los efluentes o residuos líquidos y sólidos, las emisiones gaseosas, los ruidos y otros que puedan generar su actividad, por cualquiera de sus procesos cuando éstos pudieran tener un efecto negativo sobre el medio ambiente. Dichos programas de control deberán mantenerse actualizados, consignándose en ellos la información referida al tipo y volumen de los efluentes o residuos y las concentraciones de las sustancias contenidas en éstos.

El tipo, número y ubicación de los puntos de control estarán de acuerdo a las características geográficas de cada región donde se encuentra ubicado el centro productivo. Estos registros estarán a disposición de la autoridad competente cuando lo solicite, bajo responsabilidad. (el subrayado es nuestro)



infracciones graves.

En consecuencia, habiéndose acreditado el exceso de los LMP aplicables al parámetro de pH reportado en el punto de control E-12 y el parámetro STS reportado en el punto de control E-13 como consecuencia de las operaciones de la recurrente, y por tanto, configurado la situación de daño ambiental, se ha producido el supuesto recogido en la infracción tipificada en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, la que es de naturaleza grave, razón que motiva aplicar la sanción prevista en dicho tipo legal, por lo cual no se vulnera el Principio del Debido Procedimiento.

En adición a lo señalado, cabe destacar que la pretensión de la recurrente de no ser sancionada por las infracciones materia de análisis, implicaría la inutilidad de establecer los mencionados LMP. En efecto, no debe olvidarse que el establecimiento de los LMP tiene precisamente por finalidad evitar que se cause o se pueda causar daños a la salud y al ambiente, por lo cual el excederlos se considera una infracción grave. Más aún, si se pretendiera que el Estado demostrara la existencia actual de efectos negativos en el ambiente o alguno de sus componentes, y no solamente efectos potencialmente negativos, en cada infracción cometida por los titulares de las actividades económicas, se estaría imponiendo costos excesivos a la sociedad para demostrar la ocurrencia de una infracción demostrada suficientemente con el exceso de los LMP.

Por las razones expuestas precedentemente, no se ha vulnerado el Principio de Tipicidad alegado, por lo que corresponde desestimar los argumentos expuestos por GOLD FIELDS en estos extremos.

En cuanto al informe oral

18. Con relación a lo indicado en el literal i) del numeral 2, cabe señalar que con fecha 17 de julio de 2012 se llevó a cabo la Audiencia de Informe Oral, informe oral que fue concedida a la recurrente mediante Decreto N° 026-2012-OEFA/TFA/ de fecha 10 de julio de 2012.

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 Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA y Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA; con la participación de los vocales Lenin William Postigo de la Motta, José Augusto Chirinos Cubas y Francisco José Olano Martínez y la abstención de la vocal Verónica Violeta Rojas Montes.

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por GOLD FIELDS LA CIMA S.A. contra la Resolución Directoral N° 117-2012-OEFA/DFSAI de fecha 11 de Mayo de 2012, por los fundamentos expuestos en



la parte considerativa de la presente resolución, quedando agotada la vía administrativa.

ARTÍCULO SEGUNDO.- NOTIFICAR la presente resolución a GOLD FIELDS LA CIMA 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



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



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