

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 222-2012-OEFA/TFA

Lima, 30 OCT. 2012

VISTO:

El Expediente N° 211-08-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 de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 006630 de fecha 01 de marzo del 2010 y el Informe N° 245-2012-OEFA/TFA/ST de fecha 24 de octubre de 2012;

CONSIDERANDO:

1. Por Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN N° 006630 de fecha 01 de marzo de 2010 (Fojas 124 a 127), notificada el 04 de marzo de 2010, la Gerencia General del OSINERGMIN impuso a GOLD FIELDS una multa de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de una (1) infracción; conforme se detalla a continuación:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCION
En el punto de control E13 (Código MEM EF-7), correspondiente al efluente proveniente de la poza de sedimentación, que descarga a la quebrada Mesa de Plata, se reportaron valores para el parámetro STS, que exceden el Límite Máximo Permisible establecido en el rubro "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ²	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ³	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM ⁴	50 UIT

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

² Cabe precisar que de acuerdo a lo señalado en el numeral 3.1 de la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 006630 de fecha 1 de marzo de 2010, el detalle de los resultados obtenidos en el punto de control EF-7 (E13), es el que sigue:

MULTA TOTAL	50 UIT
-------------	--------

2. Mediante escrito de registro N° 1327008 presentado con fecha 25 de marzo del 2010 (Fojas 130 al 141), la recurrente interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General del OSINERGMIN N° 006630 de 01 de marzo de 2010, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

- a) La Empresa Supervisora MINERA INTERANDINA DE CONSULTORES S.R.L. no tomó blancos de campo, lo cual no permite determinar si hubo algún tipo de contaminación de las muestras. Además, cabe precisar que las muestras fueron recogidas en horas de la noche, lo que incrementó el riesgo de error.
- b) No se efectuó blanco de campo del parámetro STS, ya que en el Informe de Ensayo N° MA807435 no se consigna dato alguno, habiéndose reportado únicamente resultados de las réplicas realizadas por el laboratorio. En este sentido, no se puede descartar la existencia de algún tipo de contaminación externa de las muestras.

Punto de Monitoreo	Parámetro	Anexo 1 Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Días	Turnos	Resultados de Fiscalizadora	Exceso
E13 (Código MEM EF-7)	STS	50 mg/L	Día 2	2° Turno	70 mg/L	20 mg/L
				3° Turno	81 mg/L	31 mg/L

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
Piomo (mg/l)	0.4	0.2
Cobre (mg/l)	1.0	0.3
Zinc (mg/l)	3.0	1.0
Hierro (mg/l)	2.0	1.0
Arsénico (mg/l)	1.0	0.5
Cianuro total (mg/l) *	1.0	1.0

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

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. (...)

- c) Se ha vulnerado el Principio de Debido Procedimiento, previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, ya que la apelante se vio imposibilitada de formular observaciones en el acta de supervisión sobre la falta de análisis del parámetro STS en la “muestra blanco”.

Ello es así, ya que esta deficiencia se advirtió en forma posterior a la supervisión, con la entrega de los resultados del laboratorio.

- d) En el Informe 2B – Monitoreo Ambiental de Efluentes Minero Metalúrgicos en el ámbito geográfico de Cajamarca, se menciona que se tomaron dos (02) contramuestras y tres (03) muestras por duplicado; sin embargo, no se adjuntaron los resultados o no se tomaron las contramuestras previstas en su Plan de Trabajo, lo cual genera incertidumbre sobre la confiabilidad de los resultados.

Asimismo, una vez culminado cada turno de monitoreo no se levantaron las actas de supervisión requeridas de acuerdo a la metodología de trabajo de la Supervisora, lo cual sumado con lo antes señalado genera falta de confiabilidad de su trabajo.

- e) No se tiene evidencia de la Cadena de Custodia y sólo se expresa la acreditación del método APHA-AWWA-WEF 2540-D.2005.21, lo cual no garantiza la calidad de las muestras.

Además, GOLD FIELDS señala que no tuvo oportunidad de efectuar observaciones durante la elaboración del acta de supervisión, respecto a la Cadena de Custodia toda vez que ésta fue elaborada en forma posterior a la supervisión.

- f) No se ha considerado la relación que existe entre la precipitación pluvial y el caudal de la quebrada Mesa de Plata al momento de realizar el análisis, siendo que la causa que podría haber generado la concentración de STS detectada no se presentó (precipitación pluvial); por lo que el flujo que discurría por la quebrada era mínimo.

En este sentido, es probable que el supuesto exceso al Límite Máximo Permisible (en adelante, LMP) correspondiente al parámetro STS sea producto de la contaminación de la muestra en el proceso de toma, del inadecuado método de conservación, transporte, manipulación u algún otro motivo, ajeno a las características propias del efluente.

- g) Se han vulnerado los Principios de Presunción de Licitud, Tipicidad y Verdad Material contemplados en la Ley N° 27444, previsto en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar y los numerales 4 y 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444, ya que no se ha acreditado la existencia de daño ambiental ni que éste haya sido causado como consecuencia del exceso de los LMP.

- h) Se ha sancionado a la impugnante por haber causado un daño al ambiente, sin haber evaluado la situación de la calidad ambiental del cuerpo receptor, vulnerando el Principio de Causalidad, previsto en artículo 230° inciso 8 de la Ley N° 27444.
3. Asimismo, cabe agregar que a través del Segundo Otrosí del citado recurso de apelación, presentado con escrito de registro N° 1327008 de fecha 25 de marzo del 2010, GOLD FIELDS solicitó el uso de la palabra, el cual fue concedido mediante Oficio N° 012-2011-OEFA/TFA/ST de fecha 21 de octubre de 2011, llevándose a cabo el 26 de octubre de 2011, conforme consta en el Acta de Asistencia obrante a foja 158.

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)⁵.
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 ambiental⁶.
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 OEFA⁷.

⁵ 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. (...)

⁶ 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.

⁷ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

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 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. De otro lado, es preciso mencionar que 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 del Consejo Directivo 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 OEFA⁸.

Norma Procedimental Aplicable

9. Antes de realizar el análisis de los argumentos formulados 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 intervinientes⁹.

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. (...)

⁸ 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.

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 interpuestos contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos.
- b. Proponer al Presidente del Consejo Directivo del OEFA mejoras a la normativa ambiental, dentro del ámbito de su competencia.
- c. Ejercer las demás atribuciones que correspondan de acuerdo a Ley.

⁹ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

10. En tal sentido, considerando 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

11. 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”¹⁰.

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 siguiente¹¹:

“(…) 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

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.

¹⁰ 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.

¹¹ La sentencia recaída en el Expediente 0048-2004-AI, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.qob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>

determinado; lo cual podría graficarse como la sumatoria de la naturaleza y las manifestaciones humanas en un lugar y tiempo concretos”.

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 otros¹².

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 por¹³:

- 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.

¹² 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.

¹³ La sentencia recaída en el Expediente 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 de 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 los análisis de blancos, duplicados y la vulneración del Debido Procedimiento

12. Respecto a lo argumentado en los literales a), b) y c) del numeral 2, cabe señalar que de acuerdo al numeral 4.4 del Protocolo de Monitoreo de la Calidad de Agua, aprobado por Resolución Directoral N° 044-94-EM/DGAA de fecha 02 de marzo de 1994, las muestras de control de calidad se colectan específicamente para evaluar la integridad del muestreo y el análisis, con el objeto de verificar la existencia de una posible contaminación de las muestras obtenidas¹⁴.

Asimismo, dicha Guía establece que para garantizar la calidad de las muestras y de los datos, deberá seguirse un procedimiento estándar para asegurar el control de calidad en el campo, el mismo que podrá ser modificado según las condiciones existentes durante el monitoreo; precisando, a su vez, que este control resulta de especial importancia para el caso del muestreo de parámetros de metales.

En esta misma línea, el Protocolo aprobado por Resolución Directoral N° 044-94-EM/DGAA indica que usualmente las muestras de control de calidad se denominan “blancos”, lo que significa que no se ha agregado a la botella ninguna muestra de agua durante la toma en el campo ni después. Tales muestras se clasifican en **blanco de botella (Blanco de campo), blanco de filtro y blanco de equipo**.

Adicionalmente, este Protocolo contempla otros tipos de muestras de control de calidad, denominados: **muestra duplicada, muestra repetida, muestras repetidas temporales y espaciales, y muestra modificada por adición**.

¹⁴ El Protocolo de Monitoreo de la Calidad de Agua, aprobado por Resolución Directoral N° 044-94-EM/DGAA se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica:
<http://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/DGGAE/ARCHIVOS/guias/procaliaagua.PDF>

En este contexto, se verifica que el Protocolo aprobado por Resolución Directoral N° 044-94-EM/DGAA no establece un procedimiento específico para asegurar el control de calidad del muestreo pues éste depende de las condiciones en que se desarrolla, razón por la cual a efectos de determinar las posibles contaminaciones de las muestras obtenidas, este documento prevé como métodos de control la realización de blancos así como de muestras duplicadas, repetidas, entre otros.

Por tal motivo, este Tribunal Administrativo concluye que no resulta obligatoria la ejecución de cada uno de estos métodos de control de calidad, pues todos ellos tienen como propósito identificar la existencia de contaminación de las muestras tomadas.

Dicho ello, carece de sustento lo alegado por GOLD FIELDS en el sentido que no se practicó el control de calidad de las muestras tomadas en sus instalaciones al no haberse efectuado blancos de campo, pues conforme se desprende del Informe de Ensayo N° MA807435 (Foja 29), elaborado por el laboratorio de ensayo debidamente acreditado SGS DEL PERÚ S.A.C., con Registro N° LE-002, se tomaron muestras duplicadas o réplicas para el análisis del parámetro STS en el punto de control E13 (Código MEM EF-7), las que de acuerdo al propio Protocolo aprobado por Resolución Directoral N° 044-94-EM/DGAA, sirven para cuantificar la variabilidad de los resultados debido al manipuleo, conservación o contaminación de las muestras.

Adicionalmente, se realizó el análisis de la muestra de patrón de trabajo obteniéndose un resultado de 99.20% para el parámetro STS en el punto de control E13 (Código MEM EF-7), el cual sirve para verificar la alteración de los resultados de las muestras por contaminación del equipo utilizado en el laboratorio.

A mayor abundamiento, se debe indicar que el análisis del parámetro STS sólo se desarrolla en el laboratorio y conforme al certificado de ensayo, para el análisis del mismo se utilizó el método de la APHA – AWA-WEF, el cual se refiere a métodos para el análisis de aguas potables y residuales, no se precisa la utilización de blancos pero sí el análisis de duplicados.

Sin perjuicio de lo expuesto, resulta oportuno agregar que sí se realizaron los análisis de blancos para los parámetros de metales, tal como consta en el Informe de Ensayo con valor oficial MA807435 (Fojas 34 y 35), control de calidad al cual el Protocolo aprobado por Resolución Directoral N° 044-94-EM/DGAA le otorga mayor importancia.

En atención a lo expuesto, se advierte que en este procedimiento de fiscalización sí se descartó la existencia de algún tipo de contaminación externa de las muestras, a través de la realización de muestras duplicadas y muestra patrón, correspondiendo desestimar lo alegado al respecto.

De otro lado, conviene precisar que conforme a lo expuesto precedentemente la ausencia de blancos de campo para el parámetro STS no constituye una deficiencia del programa de monitoreo, razón por la cual la observación que ahora

invoca la recurrente carece de idoneidad para desvirtuar los resultados materia de sanción, al no sustentarse en una aplicación indebida del Protocolo aprobado por Resolución Directoral N° 044-94-EM/DGAA, no habiéndose producido vulneración alguna del Principio de Debido Procedimiento.

En consecuencia, corresponde desestimar lo alegado por GOLD FIELDS en estos extremos.

Sobre la ausencia de la cantidad de duplicados o réplicas señaladas en el Término de Referencia de la Supervisora y Actas de Supervisión

13. Respecto a lo alegado en el literal d) del numeral 2, cabe señalar que el Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua en ninguna parte exige una cantidad determinada de contramuestras y duplicados de la muestra monitoreada, los cuales son escogidos en forma aleatoria, siendo dicho procedimiento utilizado para contrastar la información proporcionada por la Empresa Supervisora. Además, la disminución de los mismos no exime de responsabilidad al titular minero por exceder en forma puntual el LMP del parámetro STS durante dos turnos.

Adicionalmente, se debe precisar que la recurrente cuestiona la confiabilidad de los resultados sin adjuntar prueba alguna que acredite dicho supuesto, por lo que el argumento carece de sustento legal.

Por otro lado, en relación a la falta de levantamiento de actas culminado cada turno de acuerdo a su metodología de trabajo; se debe manifestar que ésta es una obligación formal de la Supervisora, la cual no desvirtúa el incumplimiento del artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM por parte de GOLD FIELDS.

De acuerdo a lo expuesto, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en este extremo.

Sobre la ausencia de Cadena de Custodia

14. Respecto a lo alegado en el literal e) del numeral 2, se precisa que la toma de muestras fue efectuada por un técnico del laboratorio SGS DEL PERÚ S.A.C., tal como se observa en las fotografías adjuntas en el Informe de Supervisión (Foja 6), el cual siguió los procedimientos establecidos en el sistema de gestión de calidad del laboratorio y sus métodos de ensayo acreditados ante INDECOPI, teniendo sus informes emitidos valor oficial.

En este sentido, el laboratorio SGS DEL PERÚ S.A.C. se encuentra acreditado ante el INDECOPI mediante Registro N° LE-002 y su Cadena de Custodia se encuentra adjunta al Informe de Supervisión (Foja 118) lo cual garantiza que la muestra fue preservada adecuadamente dentro del tiempo de almacenaje de la muestra y en volumen suficiente para realizar el análisis de los parámetros. Por lo tanto, corresponde desestimar lo argumentado por la impugnante sobre el particular.

Por otro lado, en relación a la falta de oportunidad de efectuar observaciones durante el levantamiento de las actas de supervisión, cabe precisar que durante el monitoreo en campo se llena el registro de campo o cadena de custodia detallando el día, la hora, el tipo de parámetro, si las muestras fueron preservadas o filtradas, entre otros, por lo que GOLD FIELDS, durante el desarrollo de la supervisión, tuvo oportunidad para efectuar observaciones al procedimiento efectuado por el laboratorio SGS DEL PERÚ S.A.C.

De acuerdo a lo expuesto, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en este extremo.

Sobre la existencia de un caudal mínimo durante la toma de muestras proveniente de la micro cuenca

15. Respecto a lo alegado en el literal f) del numeral 2, cabe mencionar que es obligación de GOLD FIELDS adoptar medidas necesarias de prevención para el manejo de sus efluentes a fin de evitar que éstos superen los LMP, antes de su descarga al cuerpo receptor, por lo que aún ante la presencia de lluvias que puedan alterar los efluentes, correspondía al titular minero tomar las precauciones necesarias a fin de que éstos no se vean afectados.

Asimismo, en relación a que el flujo que discurría por la quebrada era mínimo, se debe manifestar que el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM establece que los resultados analíticos para cada parámetro regulado a partir de la muestra recogida del efluente minero no deberán exceder los LMP establecidos en la columna "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la referida Resolución Ministerial, por lo que al confirmarse el exceso del parámetro STS en el punto de control E-13 (Código MEM EF-7) durante la supervisión se configuró la conducta sancionable.

Por su parte, el punto 2.2 de la Guía para evaluación 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, establece 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 en negrita 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, debiendo agregar que la mencionada Resolución Ministerial no señala ningún requerimiento de un caudal mínimo para efectuar la toma de muestras, las cuales deben cumplir con los límites máximos permisibles establecidos en la normativa.

Adicionalmente, en relación a que el exceso del LMP correspondiente al parámetro STS sea producto de la contaminación de la muestra en el proceso de

toma, se precisa que de acuerdo al Principio de Verdad Material previsto en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, en concordancia con el numeral 6.1 del artículo 6° del mismo cuerpo legal, los pronunciamientos que emiten las entidades al interior de los procedimientos administrativos sancionadores sólo podrán sustentarse en aquellos hechos que se encuentren debidamente probados¹⁵.

En tal sentido, recae sobre la Administración el deber de acreditar la concurrencia de cada uno de los elementos que integran el ilícito administrativo, de modo tal que deberá rechazarse como motivación la formulación de hipótesis, conjeturas o la aplicación de presunciones no reconocidas normativamente para atribuir responsabilidad por su comisión a los administrados, pues en todos estos casos estamos frente a hechos posibles o probables, que carecen de idoneidad para desvirtuar la presunción de licitud reconocida a favor de éstos.

De igual modo, considerando que de acuerdo al artículo 197° del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS¹⁶, aplicable de manera supletoria en atención a su Primera Disposición Final y el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, la valoración de los medios probatorios se realiza en el marco del sistema de la libre valoración o sana crítica racional, este Órgano Colegiado considera que las alegaciones formuladas por los administrados no pueden sostenerse en meras hipótesis, presunciones o deducciones de los hechos relacionados a la infracción imputada, sino que éstos deben venir acompañados de instrumentos que las sustenten.

Es por esta razón que, habiéndose acreditado la comisión de los hechos imputados por la Administración y, por tanto, desvirtuados los efectos del Principio de Presunción de Licitud, previsto en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444¹⁷, corresponde a los administrados aportar los medios de prueba que

¹⁵ 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:

1.11. 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.

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. (...)

¹⁶ RESOLUCION MINISTERIAL N° 010-93-JUS. TEXTO UNICO ORDENADO DEL CODIGO PROCESAL CIVIL.

Artículo 197°.- Valoración de la prueba

Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión.

¹⁷ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

permitan dejar sin efecto la convicción formada por el órgano sancionador, esto último en el marco del numeral 162.2 del artículo 162° de la Ley N° 27444¹⁸, en concordancia con el artículo 190° del Código Procesal Civil.

Sobre lo concluido en el párrafo precedente, Alejandro NIETO ha señalado lo siguiente¹⁹:

“(...) La prueba de los elementos integrantes del tipo es una cuestión tan sencilla como la anterior. Como dice la STS de 22 de julio de 1988 (...) ‘es claro que la Administración soporta la carga de probar los elementos de hecho integrantes del tipo de la infracción administrativa (...) Lo anterior no obsta, con todos (...) <<acreditados unos hechos que señalan como responsable de una concreta infracción administrativa a una persona determinada, no vulnera el principio de presunción de inocencia, en su vertiente de distribución de la carga de la prueba (...) si se pone a carga del imputado la de acreditar unos hechos o circunstancias que a su juicio deban también valorarse al decidir sobre tal procedimiento, si estos hechos o circunstancias son de tal naturaleza que es el imputado, y no la Administración, quien posee una plena disponibilidad de los medios de prueba” (El resaltado en negrita es nuestro)

Sobre el particular, cabe indicar que de acuerdo al Informe de Ensayo N° MA807435 (Foja 29), elaborado por el laboratorio de ensayo debidamente acreditado SGS DEL PERÚ S.A.C. se realizó una muestra duplicada o réplica para el análisis del parámetro STS en el punto de control E13 (Código MEM EF-7), conforme a lo señalado en el numeral 4.4 del Protocolo de Monitoreo de Calidad de Agua, aprobado por Resolución Directoral N° 004-94-EM/DGAA.

¹⁸ 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.

RESOLUCION MINISTERIAL N° 010-93-JUS. TEXTO UNICO ORDENADO DEL CODIGO PROCESAL CIVIL.

Artículo 190°.- 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.

Son también improcedentes los medios de prueba que tiendan a establecer:

1. Hechos no controvertidos, imposibles, o que sean notorios o de pública evidencia;
2. Hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en la contestación de la demanda, de la reconvencción o en la audiencia de fijación de puntos controvertidos.
Sin embargo, el Juez puede ordenar la actuación de medios probatorios cuando se trate de derechos indisponibles o presuma dolo o fraude procesales;
3. Los hechos que la ley presume sin admitir prueba en contrario; y
4. El derecho nacional, que debe ser aplicado de oficio por los Jueces. En el caso del derecho extranjero, la parte que lo invoque debe realizar actos destinados a acreditar la existencia de la norma extranjera y su sentido.

La declaración de improcedencia la hará el Juez en la audiencia de fijación de puntos controvertidos. Esta decisión es apelable sin efecto suspensivo. El medio de prueba será actuado por el Juez si el superior revoca su resolución antes que se expida sentencia. En caso contrario, el superior la actuará antes de sentenciar.

¹⁹ NIETO GARCÍA, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador. Cuarta Edición Totalmente Reformada. Editorial Tecnos. Madrid, 2005.

Asimismo, se realizó el análisis de la muestra de patrón de trabajo obteniéndose un resultado de 99.20% para el parámetro STS en el punto de control E13 (Código MEM EF-7).

Adicionalmente, se efectuaron los análisis de blancos para los parámetros de metales, lo cual consta en el Informe de Ensayo con valor oficial MA807435 (Fojas 34 y 35).

Por lo tanto, se advierte que en este procedimiento sí se descartó la existencia de algún tipo de contaminación externa de las muestras, a través de la realización de muestras duplicadas y muestra patrón, correspondiendo desestimar lo alegado al respecto.

En este contexto, toda vez que en aplicación del numeral 21.4 del artículo 21° del Reglamento aprobado por 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; en aplicación del numeral 162.2 del artículo 162° de la Ley N° 27444, correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que desvirtúen el contenido del referido Informe, lo que no ocurrió.

En efecto, de la revisión de lo expuesto por GOLD FIELDS en este extremo, se constata que sus alegaciones se sustentan en una conjetura o posibilidad de un hecho (que el exceso de los LMP se deba a una posible contaminación de la muestra), sin que se haya adjuntado medio probatorio adicional que sustente su ocurrencia, por lo que corresponde desestimar su valoración en atención al análisis expuesto arriba, manteniéndose el contenido del Informe de Supervisión 2B de Monitoreo Ambiental de Efluentes Minero Metalúrgicos en el Ámbito Geográfico de Cajamarca de Gold Fields La Cima S.A.A.

De acuerdo a lo expuesto, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente.

Sobre la existencia de daño ambiental

16. En relación a lo señalado en el literal g) del numeral 2, cabe indicar que en el presente caso se sostiene la obligación de demostrar la existencia de daño ambiental, como elemento indispensable 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, debido a lo cual resulta de vital importancia determinar los alcances de la categoría "daño ambiental", en este supuesto²⁰.

²⁰ 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° 28611²¹, 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 potenciales²².

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.

Ahora bien, con relación al primer elemento sobre el menoscabo material, ello 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.

A su vez, en cuanto al segundo elemento, éste se refiere a que en la configuración del daño ambiental no es indispensable que los efectos negativos del menoscabo material producido por las emisiones contaminantes al ambiente sean actuales,

²¹ 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.

²² 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>

sino que resulta suficiente que dichos efectos negativos sean potenciales²³. Precisamente, los LMP se han establecido explícitamente 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; 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 nocivos²⁴.

En consecuencia, en atención a que el numeral 32.1 del artículo 32° de la Ley N° 28611²⁵, prevé que el exceso de los 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/VMMM, configura el supuesto de daño ambiental cuyos efectos negativos -debe repetirse- no requieren ser inmediatos o actuales, bastando la potencialidad de los mismos. De esta manera, la alusión al daño ambiental incluye la potencialidad de dicho daño, aspecto que sin duda conlleva el exceso de los LMP²⁶.

Por lo expuesto, el exceso del LMP aplicable al parámetro STS reportado en el punto de monitoreo E13 (Código MEM EF-7) configura la situación de daño ambiental definida en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, exceso del LMP que se encuentra acreditado con el resultado contenido en el

²³ 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/qimadus/19/06_mario_penia_chacon.html

²⁴ 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.

²⁵ LEY 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 del 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 cumplimiento es exigible legalmente por la respectiva autoridad competente. Según el parámetro en particular a que se refiera, la concentración o grado podrá ser expresada en máximos, mínimos o rangos.

²⁶ 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.

Informe de Ensayo N° MA807435 (Foja 26) elaborado por el laboratorio acreditado SGS DEL PERÚ S.A.C., cuyo resultado 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 infracciones graves.

En consecuencia, habiéndose acreditado el exceso del LMP aplicable al parámetro STS reportado en el punto de control E13 (Código MEM EF-7), y por tanto, configurada 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 por la cual correspondía aplicar la sanción prevista en dicho tipo legal, quedando desvirtuada la presunción de licitud a favor de la apelante, a que se refiere el principio regulado en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

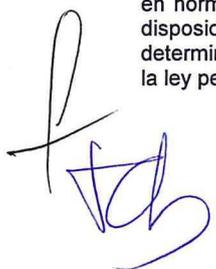
En adición a lo señalado, cabe destacar que la pretensión de la recurrente, de no ser sancionada por la infracción materia de análisis, implicaría la inutilidad de establecer los mencionados LMP. En efecto, no debe olvidarse que el establecimiento de los LMP tiene precisamente por finalidad evitar que 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.

De otro lado, si bien GOLD FIELDS alega que se habría vulnerado el Principio de Tipicidad regulado en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444²⁷, toda vez que la Supervisora Externa no acreditó la existencia del daño ambiental, cabe aclarar que el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, no exige que sea la supervisora quien determine la configuración o no del daño ambiental, toda vez que de acuerdo a los numerales 28.3 y 28.5 del artículo 28° del Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras, aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD, aplicable al presente caso, corresponde al OEFA (antes, Gerencias de Línea del OSINERGMIN) evaluar el contenido de los Informes de Supervisión y determinar la naturaleza de los hechos constatados por la Supervisora, contando con la facultad de iniciar el respectivo procedimiento sancionador de considerar que


²⁷ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa. La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.



éstos constituyen infracción administrativa²⁸.

Por tal motivo, si bien en el Informe de Supervisión 2b – Monitoreo Ambiental de Efluentes Minero Metalúrgicos en el ámbito geográfico de Cajamarca no se señala textualmente que se haya causado un daño al ambiente, dicho instrumento sí concluye que se excedió el LMP aplicable al parámetro STS, configurándose así la situación de daño ambiental definida en el numeral 142.2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, lo que a su vez fue determinado por el OSINERGMIN, al inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, y confirmado en la resolución recurrida, en ejercicio de las potestades descritas en el párrafo anterior; debiendo considerarse que, en todo caso, los hechos que configuraron la situación de daño ambiental, fueron constatados durante la supervisión especial realizada en las instalaciones de GOLD FIELDS.

En atención a lo expuesto, no se ha producido vulneración alguna de los Principios de Tipicidad y Verdad Material tipificados en el numeral 4 del artículo 230° y 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, respectivamente, teniendo en cuenta que se realizó una adecuada subsunción de los hechos a la descripción típica de la infracción imputada y se acreditaron los hechos que sustentan la infracción imputada, es decir, la configuración de daño ambiental como consecuencia del exceso del LMP aplicable al parámetro STS debido a las actividades de la apelante.

Por lo tanto, corresponde desestimar lo argumentado por la recurrente en este extremo.

Sobre la vulneración del Principio de Causalidad

17. Respecto a lo alegado por la recurrente en el literal h) del numeral 2, es preciso indicar que no deben confundirse las categorías relativas a normas de emisión, constituidas por los LMP como nivel de protección ambiental cuya medición se realiza en la fuente de contaminación con el propósito de controlar, en este caso, los efluentes provenientes de la actividad minera; y las normas de calidad referidas a los cuerpos receptores.

Es por ello, que no resulta relevante en el presente caso, incorporar el análisis de la calidad de agua de la quebrada Mesa de Plata para comprobar la ocurrencia de

²⁸ RESOLUCIÓN N° 324-2007-OS/CD. REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS.

Artículo 28°.- Revisión y Evaluación de los Informes de Supervisión (...)

28.3.- La Gerencia de Fiscalización correspondiente, la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente se encuentran facultadas a emitir Informes en caso de detectar observaciones o situaciones que transgredan el marco legal y técnico vigente, debiendo consignar las disposiciones que correspondan para la subsanación de todos los incumplimientos en que incurran las empresas supervisadas.

28.4.- El incumplimiento de las medidas o acciones que deberá tomar el responsable de la actividad supervisada para la subsanación o levantamiento de las observaciones notificadas o de las disposiciones emitidas por la Gerencia de Fiscalización correspondiente, la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente, dentro del plazo otorgado para la subsanación o levantamiento, podrá dar lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador y la imposición de las sanciones correspondientes.

28.5.- En caso la Gerencia de Fiscalización, la Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente establezca que los hechos detectados son reiterativos o constituyen ilícitos administrativos sancionables que ameritan el inicio inmediato de un procedimiento administrativo sancionador no se requerirá cumplir previamente con lo establecido en los numerales 28.3 y 28.4 del presente artículo.

un daño ambiental, dado que el presente procedimiento administrativo sancionador está dirigido a determinar el cumplimiento de los LMP en los efluentes y no a evaluar posibles mediciones en el cuerpo receptor, careciendo de sustento lo alegado al respecto.

De otro lado, corresponde precisar que como regla derivada del Principio de Causalidad previsto en el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444, la sanción debe recaer sobre el administrado que realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de la infracción administrativa²⁹.

En tal sentido, a efectos de determinar la correcta aplicación del citado Principio, este Tribunal Administrativo considera oportuno verificar los siguientes aspectos: a) la ocurrencia de los hechos imputados, y b) su ejecución por parte de GOLD FIELDS.

En cuanto lo señalado en el literal a) cabe indicar que el incumplimiento del LMP aplicable al parámetro STS reportado en el punto de control E13 (Código MEM EF-7), se encuentra debidamente acreditado conforme a los resultados contenidos en el Informe de Ensayo N° MA807435 (Foja 26) elaborado por el laboratorio acreditado SGS del Perú S.A.C.

A su vez, con relación a lo indicado en el literal b), cabe señalar que de acuerdo al Cuadro N° 1. Puntos de Monitoreo a tomarse en la Zona N° 2 del Informe de Supervisión 2b – Monitoreo Ambiental de Efluentes Minero Metalúrgicos en el ámbito geográfico de Cajamarca, presentado por Minera Interandina de Consultores S.R.L., se constata que el efluente correspondiente al citado punto en el que se verificó el incumplimiento de los LMP, es producido dentro de las instalaciones de la recurrente, proviniendo de sus actividades.

Por consiguiente, habiéndose constatado que los hechos materia de sanción al interior del presente procedimiento sancionador son ejecutados por GOLD FIELDS y, por tanto, atribuibles a ésta, se encuentra debidamente acreditada la relación de causalidad exigida en el marco del Principio previsto en el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444, correspondiendo precisar que el mismo no se encuentra vinculado a la exigencia de acreditación del daño ocasionado como consecuencia de la conducta de la apelante.

Por lo tanto, carece de sustento lo alegado por la recurrente en este extremo.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General; Ley N° 29325, Ley del Sistema de Evaluación y Fiscalización Ambiental; Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA y Resolución 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

²⁹ LEY N° 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

(...)

8. Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

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 presentado por GOLD FIELDS LA CIMA S.A.A. contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 006630 de fecha 01 de marzo del 2010, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, quedando agotada la vía administrativa.

Artículo Segundo.- DISPONER que el monto de la multa sea depositado por la recurrente en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicar al momento de la cancelación el número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

Artículo Tercero.- NOTIFICAR la presente resolución a GOLD FIELDS LA CIMA S.A.A. y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.

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

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

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