

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 268 -2012-OEFA/TFA

Lima, 12 DIC. 2012

VISTO:

El Expediente N° 168-08-MA/E que contiene el recurso de apelación interpuesto por EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A.¹ (en adelante, LOS QUENUALES) contra la Resolución Directoral N° 320-2012-OEFA/DFSAI de fecha 05 de octubre de 2012 y el Informe N° 283-2012-OEFA/TFA/ST de fecha 30 de noviembre de 2012;

CONSIDERANDO:

1. Por Resolución Directoral N° 320-2012-OEFA/DFSAI de fecha 05 de octubre de 2012 (Fojas 158 a 164), notificada con fecha 09 de octubre de 2012, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA impuso a LOS QUENUALES una multa de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por la comisión de una (01) infracción; conforme al siguiente detalle²:

HECHOS IMPUTADOS	NORMA INCUMPLIDA	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
En el punto de control E-02 (Código MEM P-307), correspondiente al efluente final de la planta concentradora, que descarga al río Rímac; se reportó un valor de 1.007 mg/L para el parámetro Cu ³ , que	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ⁴	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM ⁵	50 UIT

¹ EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A. identificada con Registro Único de Contribuyente (R.U.C.) N° 20332907990.

² Corresponde precisar que de acuerdo al artículo 2° de la parte resolutive de la Resolución Directoral N° 320-2012-OEFA/DFSAI de fecha 05 de octubre de 2012, se dispuso el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador en el extremo referido a una (01) infracción al artículo 7° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

³ Al respecto, corresponde precisar que de acuerdo al literal e) del sub-numeral 3.2.2 del numeral 3.2 del Rubro III de la parte considerativa de la Resolución Directoral N° 320-2012-OEFA/DFSAI, el detalle los resultados obtenidos son los que siguen:

supera el Límite Máximo Permisible establecido en la columna "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM			
---	--	--	--

Punto de Monitoreo	Parámetro	NMP según Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM/VMM	Día	Turno	Resultado de la Supervisión
E-02 (P-307)	Cu	1.0 mg/L	14/11/08	11:35 (Foja 49)	1.007 mg/L

4 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
Fierro (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.

5 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. (...).

<p>En el punto de control E-03 (Código MEM P-417) correspondiente al efluente de la bocamina Yauliyacu que descarga al río Rímac, se reportó un valor de 53.1 mg/L para el parámetro STS⁶, que supera el Límite Máximo Permisible establecido en la columna "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM</p>			
MULTA TOTAL			50 UIT

2. Mediante escrito de registro N° 2012-E01-023387 presentado con fecha 30 de octubre de 2012 (Fojas 167 a 195), LOS QUENUALES interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 320-2012-OEFA/DFSAI de fecha 05 de octubre de 2012, solicitando se declare su nulidad, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

- a) Se ha vulnerado el Principio del Debido Procedimiento contenido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, toda vez que durante el procedimiento de supervisión no se ha observado lo previsto en los artículos 55° y 104° del citado cuerpo normativo⁷, en tanto no se informó a la apelante acerca del alcance y naturaleza de la supervisión especial efectuada, colocando a LOS QUENUALES en situación de indefensión.
- b) Se ha vulnerado el Principio del Debido Procedimiento contenido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, pues LOS

⁶ Al respecto, corresponde precisar que de acuerdo al literal e) del sub-numeral 3.2.2 del numeral 3.2 del Rubro III de la parte considerativa de la Resolución Directoral N° 320-2012-OEFA/DFSAI, el detalle los resultados obtenidos son los que siguen:

Punto de Monitoreo	Parámetro	NMP según Anexo 1 R.M. N° 011-96-EM/VMM	Día	Turno	Resultado de la Supervisión
E-03 (P-417)	STS	50 mg/L	11/11/08	04:30 (Foja 41)	53.1 mg/L

⁷ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 55°.- Derechos de los administrados

Son derechos de los administrados con respecto al procedimiento administrativo, los siguientes:

5. A ser informados en los procedimientos de oficio sobre su naturaleza, alcance y, de ser previsible, del plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación.

Artículo 104°.- Inicio de oficio

(...)

104.2 El inicio de oficio del procedimiento es notificado a los administrados determinados cuyos intereses o derechos protegidos puedan ser afectados por los actos a ejecutar, salvo en caso de fiscalización posterior a solicitudes o a su documentación, acogidos a la presunción de veracidad. La notificación incluye la información sobre la naturaleza, alcance y de ser previsible, el plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación.

104.3 La notificación es realizada inmediatamente luego de emitida la decisión, salvo que la normativa autorice que sea diferida por su naturaleza confidencial basada en el interés público.

QUENUALES se ha visto imposibilitada de solicitar oportunamente un proceso de dirimencia para cuestionar los resultados del monitoreo de efluentes obtenidos por el OSINERGMIN, debido a que el Informe de Supervisión con el contenido de dichos resultados se le notificó extemporáneamente al periodo de custodia de la muestra dirimente.

- c) Los resultados obtenidos en el punto de control E-02 no deben considerarse válidos ya que existe una contramuestra tomada por parte de LOS QUENUALES a la misma fecha y hora que la muestra tomada por parte de la supervisora, en la que los resultados arrojan un valor de 0.759 mg/l para el parámetro cobre, que está por debajo de los LMP, manteniéndose incólume la presunción de licitud prevista en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444 a favor de la recurrente.
 - d) El punto de control E-03 no está identificado como tal en el Plan de Monitoreo del Estudio de Impacto Ambiental aprobado por Resolución Directoral N° 032-2005-MEM/DGAAM, por lo cual los resultados de dicho punto de control no pueden ser analizados legalmente bajo el marco de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.
3. Asimismo, cabe agregar que en el Tercer Otrosí del citado recurso de apelación, LOS QUENUALES solicitó el uso de la palabra ante el Tribunal de Fiscalización Ambiental, el cual fue concedido mediante Carta N° 002-2012-OEFA/TFA de fecha 28 de noviembre de 2012, programándose dicha diligencia para el 04 de diciembre de 2012, a la que no asistió la recurrente según consta del Acta que acredita su inasistencia, la misma que obra en la foja 198.

Competencia

- 4. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013⁸, 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. En virtud de lo dispuesto por los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental⁹, el OEFA es un

⁸ DECRETO LEGISLATIVO N° 1013. DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE CREACIÓN, ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL 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. (...)

⁹ LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

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

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

Artículo 11°.- Funciones generales

Son funciones generales del OEFA: (...)

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

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

6. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la citada Ley N° 29325, dispone que mediante Decreto Supremo refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA¹⁰.
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 Inversión en Energía y Minería (en adelante, 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 al interior del OEFA¹¹.

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

¹⁰ **LEY N° 29325. LEY DEL SISTEMA NACIONAL DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL. PRIMERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL**

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

¹¹ **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 última instancia administrativa del OEFA. Las resoluciones del Tribunal son de obligatorio cumplimiento y constituyen precedente vinculante en materia ambiental, siempre que se señale en la misma Resolución, en cuyo caso deberán ser publicadas de acuerdo a Ley.

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

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

Norma Procedimental Aplicable

9. Antes de realizar el análisis de los argumentos formulados por LOS QUENUALES, este Órgano Colegiado considera pertinente, en aplicación del Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2. del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establecer la norma procedimental aplicable a la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes¹².
10. En tal sentido, siendo que a la fecha de inicio del presente procedimiento se encontraba vigente el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 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”¹³.

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

b) Proponer al Presidente del Consejo Directivo del OEFA mejoras a la normatividad ambiental, dentro del ámbito de su competencia.

c) Ejercer las demás atribuciones que correspondan de acuerdo a Ley.

RESOLUCIÓN N° 005 -2011-OEFA/CD. REGLAMENTO INTERNO DEL TRIBUNAL DE FISCALIZACIÓN AMBIENTAL.

Artículo 4°.- Competencia del Tribunal

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

¹² LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

¹³ 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.

Pleno del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 0048-2004-AI, en su Fundamento N° 27, señaló lo siguiente¹⁴:

"(...) 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 -vivos 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".

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 otros¹⁵.

Ahora bien, habiéndose precisado el concepto de ambiente, cabe señalar que de acuerdo a lo puesto por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el

¹⁴ La sentencia recaída en el Expediente 0048-2004-AI, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.html>

¹⁵ 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.

Expediente N° 03343-2007-PA/TC, el derecho fundamental previsto en el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución Política se encuentra integrado por¹⁶:

- 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.

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 previsora del impacto ambiental que la labor empresarial puede generar. La Constitución no prohíbe que la empresa pueda realizar actividad extractiva de recursos naturales; lo que ordena la Constitución es que dicha actividad se realice en equilibrio con el entorno y con el resto del espacio que configura el soporte de vida y de riqueza natural y cultural. De lo contrario, si la actividad empresarial genera pasivos ambientales, se habrá cumplido seguramente con la finalidad de lucro; sin embargo, a un costo que el Estado y la sociedad no soportarán.” (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 la vulneración del Principio del Debido Procedimiento y el derecho de defensa de LOS QUENUALES

- 12. Con relación a lo señalado en el literal a) del numeral 2, cabe señalar que en el marco del numeral 7.3 del artículo 7° del Reglamento aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD¹⁷, el OSINERGMIN podrá disponer la realización de

¹⁶ 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>

¹⁷ RESOLUCIÓN N° 324-2007-OS/CD. REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN DE LAS ACTIVIDADES ENERGÉTICAS Y MINERAS.

Artículo 7°.- Minería

7.3.- La Supervisión Especial es aquella que se realiza con fines específicos o circunstanciales, tal como los accidentes fatales y situaciones de emergencia de seguridad e higiene minera y de naturaleza ambiental. También están comprendidas las acciones de supervisión adicionales a las del Programa Anual de Supervisión y que a juicio de OSINERGMIN sean necesarias.

La citada Resolución N° 324-2007-OS/CD deviene aplicable al presente caso por encontrarse vigente a la fecha de la supervisión.

supervisiones de tipo especial con el propósito de determinar la existencia de posibles incumplimientos a la normatividad ambiental aplicable al sector minero.

En este contexto normativo, mediante Resolución N° 732-2007-OS-CD¹⁸ publicada en el Diario Oficial "El Peruano" con fecha 12 de diciembre de 2007, se autoriza a la Gerencia de Fiscalización Minera de OSINERGMIN a desarrollar el programa de supervisión especial de monitoreo ambiental a nivel nacional.

En efecto, según señala la recurrente, mediante Oficio Múltiple N° 361-2008-OS-GFM notificado con fecha 30 de abril de 2008, el OSINERGMIN comunicó a LOS QUENUALES la realización de la Supervisión Especial de Monitoreo Ambiental de los Recursos Hídricos y Efluentes Minero - Metalúrgicos con la finalidad de verificar si los efluentes minero metalúrgicos de la Unidad Minera Casapalca, venían cumpliendo con los LMP del sector minero, verificar la calidad de las aguas de los cuerpos receptores vinculados a sus actividades como empresa minera-metalúrgica y estimar el impacto de los efluentes de la empresa, así como la calidad ambiental de los cuerpos receptores del ámbito de la supervisión, la misma que se desarrolló del 22 al 28 de agosto de 2008.

Al respecto, la recurrente alega que en el procedimiento de supervisión se han contravenido los artículos 55° y 104° de la Ley N° 27444, así como el Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2. del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, en el sentido que no se cumplió con informar a LOS QUENUALES acerca del verdadero alcance y naturaleza de la supervisión especial efectuada, por lo que se trataría de un procedimiento irregular, lo cual además le ha generado un estado de indefensión y la violación de sus derechos.

En tal sentido, este Cuerpo Colegiado considera pertinente determinar la naturaleza del procedimiento administrativo de supervisión a efectos de establecer si los dispositivos legales antes mencionados resultaban o no aplicables al presente caso.

Sobre el particular, corresponde precisar que el procedimiento administrativo de supervisión regulado a través del Reglamento aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD, es uno de naturaleza especial establecido por el OSINERGMIN en ejercicio de las facultades reconocidas en el literal c) del numeral 3.1 del artículo

¹⁸ RESOLUCIÓN N° 732-2007-OS-CD. DICTAN DISPOSICIÓN REFERENTE A LA SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN DE LA ACTIVIDAD MINERA DURANTE EL AÑO 2008 Y AUTORIZAN LA REALIZACIÓN DE PROGRAMA DE SUPERVISIÓN ESPECIAL DE MONITOREO AMBIENTAL A NIVEL NACIONAL.

Artículo 1°.- Supervisores para la actividad minera

En tanto se culmine con la designación de empresas supervisoras a que se refiere la Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS/CD, la supervisión y fiscalización a realizar en la actividad minera durante el año 2008 se efectuará con las empresas del "Directorio de Fiscalizadores Externos Habilitados 2007" del Ministerio de Energía y Minas.

Artículo 2°.- Monitoreo ambiental

Autorícese a la Gerencia de Fiscalización Minera a desarrollar el programa de supervisión especial de monitoreo ambiental a nivel nacional, utilizando para ello a las empresas a que se refiere el artículo anterior, a efectos de contar con una evaluación propia de la situación ambiental basada en mediciones de parámetros de agua, aire y suelos que sean necesarios, empleando equipos de monitoreo portátiles y/o laboratorios certificados.

La designación de las empresas mencionadas se realizará considerando la propuesta técnica para el desarrollo de los estudios de monitoreo así como su evaluación económica. Los costos que signifiquen el programa de monitoreo a que se refiere el presente artículo serán asumidos en lo pertinente por los titulares de la actividad minera.

3° de la Ley N° 27332, modificado por la Ley N° 27631, y artículo 3° de la Ley N° 27699¹⁹.

Por tal motivo, en aplicación del numeral 2 del artículo II del Título Preliminar y la Tercera Disposición Complementaria y Final de la Ley N° 27444, los dispositivos normativos invocados por LOS QUENUALES no resultaban aplicables durante el procedimiento de supervisión; sino la regulación específica dada por el Reglamento aprobado por Resolución N° 324-2007-OS/CD, cuyo literal a) del artículo 22°, concordado con el literal c) del artículo 80° del Reglamento General del OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, dispone que las supervisiones se pueden realizar sin previa notificación a las entidades supervisadas, razón por la cual no se produjo vulneración alguna al Principio del Debido Procedimiento²⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, corresponde indicar que de acuerdo a lo señalado en el tercer párrafo del presente numeral, el regulador comunicó oportunamente a la recurrente el desarrollo de la Supervisión Especial de Monitoreo Ambiental de los

¹⁹ LEY N° 27332. LEY MARCO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

Artículo 3°.- Funciones

3.1. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones: (...)

c. **Función normativa:** comprende la facultad exclusiva de dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios

LEY N° 27699. LEY COMPLEMENTARIA DE FORTALECIMIENTO INSTITUCIONAL DE OSINERGMIN.

Artículo 3°.- Procedimientos Administrativos Especiales

El OSINERG, a través de su Consejo Directivo, está facultado para aprobar procedimientos administrativos especiales que normen los procesos administrativos vinculados con la Función Supervisora, Función Supervisora Específica y Función Fiscalizadora y Sancionadora, relacionados con el cumplimiento de normas técnicas, de seguridad y medio ambiente, así como el cumplimiento de lo pactado en los respectivos contratos de privatización o de concesión, en el Sector Energía; para lo cual tomará en cuenta los principios contenidos en la Ley de Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444.

²⁰ LEY N° 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Título Preliminar

Artículo II.- Contenido

2. Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS Y FINALES

TERCERA.- Integración de procedimientos especiales

La presente Ley es supletoria a las leyes, reglamentos y otras normas de procedimiento existentes en cuanto no la contradigan o se opongan, en cuyo caso prevalecen las disposiciones especiales.

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

Artículo 22°.- Facultades de las Empresas Supervisoras

OSINERGMIN, a través de documento escrito emitido por cada Gerencia de Fiscalización, Gerencia Adjunta de Regulación Tarifaria o área equivalente, podrá otorgar a los supervisores las facultades que considere pertinentes para el ejercicio de sus funciones, de acuerdo al marco legal vigente y a las especificaciones técnicas de su contrato, pudiendo considerar las siguientes:

a) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación a las entidades supervisadas.

DECRETO SUPREMO N° 054-2001-PCM. REGLAMENTO GENERAL DEL OSINERGMIN.

Artículo 80°.- Facultades de Investigación de los órganos de OSINERG

Para el ejercicio de sus funciones y de acuerdo a lo establecido en el artículo 5° de la LEY, cada ORGANO DE OSINERG tiene las siguientes facultades: (...)

c. Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las ENTIDADES o empresas bajo su ámbito y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. (...) (El subrayado es nuestro)

Recursos Hídricos y Efluentes Minero – Metalúrgicos dispuesta en ejercicio de su función supervisora, cuyos alcances se encuentran previstos en el artículo 31° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM²¹, de conocimiento de la recurrente por disposición del artículo 109° de la Constitución Política²².

Además, los resultados de la supervisión que sustentaron los hechos imputados a la recurrente fueron comunicados a ésta conjuntamente con el Oficio N° 1268-2009-OS-GFM, notificado con fecha 11 de agosto de 2009 (Foja 80), mediante el cual se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador, otorgándosele un plazo de cinco (5) días hábiles a efectos de que pudiera ejercer su derecho de defensa y presentar sus descargos, los que en efecto fueron presentados por LOS QUENUALES mediante escrito de registro N° 1217342 ingresado con fecha 18 de agosto de 2009.

Por lo expuesto, se concluye que no se ha producido vulneración alguna al Principio del Debido Procedimiento ni al Derecho de Defensa de la apelante, correspondiendo desestimar los argumentos formulados en este extremo.

En cuanto a la imposibilidad de solicitar la dirimencia y la validez de los resultados analíticos obtenidos en los puntos de control

13. Con relación a lo señalado en los literales b) y c) del numeral 2, corresponde indicar que de acuerdo al Principio del Debido Procedimiento, establecido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar y 2 del artículo 230° de la Ley N° 27444, los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

Al respecto, sobre el contenido y aplicación del referido Principio jurídico, implícito en el Derecho al Debido Proceso contenido en el numeral 3 del artículo 139° de la Constitución Política de 1993²³, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 8605-2005-AA/TC²⁴, ha señalado lo siguiente:

²¹ DECRETO SUPREMO N° 054-2001-PCM. REGLAMENTO GENERAL DEL OSINERGMIN.

Artículo 31°.- Definición de Función Supervisora

La función supervisora permite a OSINERG verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, por parte de las entidades y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia.

Asimismo, la función supervisora permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el propio OSINERG o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad supervisada. (...)

²² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

Artículo 109°.- La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

²³ CONSTITUCION POLITICA DEL PERÚ DE 1993.

Artículo 139°.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

²⁴ 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/2006/08605-2005-AA.html>

"(...) Evidentemente, el debido proceso y los derechos que conforman su contenido esencial están garantizados no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. (...)

Bajo esa premisa, el derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como principio de interdicción para afrontar cualquier indefensión y como principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés." (El subrayado es nuestro)

En este contexto, una vez acreditados los hechos imputados a los administrados a título de infracción en base a las actuaciones probatorias realizadas por la autoridad con dicho propósito y, por tanto, desvirtuados los efectos del Principio de Presunción de Licitud, previsto en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444²⁵, corresponde a los administrados aportar los medios de prueba que permitan dejar sin efecto la convicción formada por el órgano sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 162.2 del artículo 162° de la Ley N° 27444, y en concordancia con el artículo 190° del Código Procesal Civil²⁶.

De otro lado, cabe señalar que el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/MM, prevé la obligación ambiental fiscalizable consistente en que los

²⁵ 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.

²⁶ 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 reconvenición 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.

efluentes generados como consecuencia del desarrollo de actividades mineras no deben exceder en ninguna oportunidad los LMP previstos en la columna "Valor en cualquier momento" del Anexo 1, para cada uno de los parámetros allí regulados; caso contrario, el incumplimiento de dicha obligación configura el ilícito administrativo tipificado en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM.

En este respecto, conforme se desprende del Informe de Ensayo con Valor Oficial N° 1116938L/08-MA (Foja 41) y el Informe de Ensayo con Valor Oficial N° 1116918L/08-MA (Foja 49), documentos elaborados por el Laboratorio acreditado INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C, durante la supervisión especial realizada en las instalaciones de la Unidad Minera "Casapalca" de titularidad de LOS QUENUALES, se verificó el exceso de los LMP aplicables a los parámetros Cu en el punto de control E-02 (Código MEM P-307) y STS en el punto de control E-03 (Código MEM P-417).

En tal sentido, de no encontrarse conforme con los resultados obtenidos durante la citada supervisión, era responsabilidad de LOS QUENUALES hacer ejercicio oportuno de los medios de defensa previstos normativamente para rebatir los resultados contenidos en los Informes de Ensayo emitidos por el laboratorio acreditado INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C. Conforme a la normatividad vigente a dicha fecha, la recurrente pudo haber solicitado aplicar el Procedimiento de Dirimencia, dentro del periodo de custodia, y también pudo solicitar la verificación de la aptitud de los equipos, materiales y demás recursos empleados por el laboratorio de ensayo, en caso se hubiere vencido el periodo de custodia.

En efecto, de acuerdo a los literales a) y b) del artículo 4° y al artículo 5° del Reglamento aprobado por Resolución N° 0110-2001-INDECOPI-CRT²⁷, a efectos de cuestionar los resultados contenidos en los Informes de Ensayo emitidos por INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C., que sustentan los excesos de LMP sancionados, la apelante tuvo la oportunidad de recurrir al Procedimiento de Dirimencia, el cual se practica sobre una muestra dirimente (Contramuestra)²⁸, lo que no sucedió, conforme señala la propia recurrente en su escrito de apelación.

27 RESOLUCIÓN N° 0110-2001-INDECOPI-CRT. REGLAMENTO DE DIRIMENCIAS.

Artículo 4°.- Definiciones.- (...)

a) **Dirimencia:** Procedimiento a través del cual la Comisión corrobora los resultados reportados por una entidad acreditada, que han sido observados por sus clientes o los destinatarios finales de sus servicios, empleando la muestra dirimente.

b) **Muestra Dirimente:** Cantidad determinada del producto certificado o ensayado que la entidad acreditada mantiene en sus instalaciones en condiciones controladas para la conservación de sus características iniciales, y con el objetivo de ejecutar eventualmente una dirimencia.

Artículo 5°.- Oportunidad de presentación.- La dirimencia debe ser solicitada dentro del periodo señalado en el segundo párrafo del artículo 16, por los clientes de las entidades acreditadas o en su defecto por personas que puedan verse afectadas por sus servicios. La dirimencia solo es admisible ante la existencia de muestras dirimientes susceptibles de ser corroboradas por la Comisión en un nuevo ensayo.

28 RESOLUCIÓN N° 0110-2001-INDECOPI-CRT. REGLAMENTO DE DIRIMENCIAS

Artículo 4°.- Definiciones.- Cuando el presente Reglamento haga referencia a la Comisión, se entenderá por ella a la Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales. Asimismo, cuando se haga referencia al Reglamento de Acreditación se entenderá por él al Reglamento de Acreditación de Organismos de Certificación, Organismos de Inspección y Laboratorios de Ensayo y Calibración, aprobado mediante Resolución N° 026-97/INDECOPI-CRT. Para los propósitos del presente Reglamento son de aplicación las definiciones siguientes:

Asimismo, corresponde señalar que aun cuando se hubiere producido el vencimiento del plazo para solicitar la dirimencia (Periodo de custodia), de acuerdo al tercer párrafo del artículo 7° y artículo 12° del Reglamento aprobado por Resolución N° 0110-2001-INDECOPI-CRT, LOS QUENUALES se encontraba facultada a solicitar una supervisión de la entidad acreditada cuyos resultados pretendía cuestionar a fin de verificar la aptitud de los equipos, materiales y demás recursos empleados en la prestación de sus servicios²⁹.

En tal sentido, si bien la apelante señala que se habría visto imposibilitada de solicitar la dirimencia, ésta se encontraba habilitada para recurrir al procedimiento de verificación de equipos a que se refiere el párrafo anterior, siendo de su entera responsabilidad no haber realizado un ejercicio oportuno de estos derechos.

En efecto, considerando que la contradicción de los resultados provenientes de los monitoreos realizados por los supervisores externos con ocasión de las visitas de supervisión es de interés del titular minero, recae sobre éste el deber de desplegar las acciones que resulten pertinentes dentro del marco jurídico vigente, para la consecución de dicho propósito.

De otro lado, cabe señalar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, los resultados analíticos obtenidos para cada parámetro regulado a partir de la muestra recogida del efluente minero-metalúrgico, no deben exceder en ninguna oportunidad los niveles establecidos en la columna "Valor en cualquier momento" del Anexo 1.

Por tal motivo, los resultados provenientes de una muestra tomada en un lapso serán válidos sólo para ese espacio de tiempo, el que en cualquier caso debe observar los valores contenidos en el citado Anexo 1.

En el caso particular, queda demostrado el carácter de valor oficial de los Informes de Ensayo con Valor Oficial N° 1116938L/08-MA (Foja 41) y el Informe de Ensayo con Valor Oficial N° 1116918L/08-MA (Foja 49), documentos elaborados por el Laboratorio acreditado INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C. y por tanto, la validez de la toma de muestras y los resultados de las mismas.

Sin embargo, LOS QUENUALES alega que existe una contramuestra tomada por la recurrente y analizada por el laboratorio acreditado SGS DEL PERÚ S.A.C. en

b) Muestra Dirimente: Cantidad determinada del producto certificado o ensayado que la entidad acreditada mantiene en sus instalaciones en condiciones controladas para la conservación de sus características iniciales, y con el objetivo de ejecutar eventualmente una dirimencia.

²⁹ RESOLUCIÓN N° 0110-2001-INDECOPI-CRT. REGLAMENTO DE DIRIMENCIAS.

Artículo 7°.- Admisión de la solicitud.- (...) De declararse inadmisibles la solicitud de dirimencia al haber sido presentada fuera del plazo señalado en el Artículo 16, el solicitante podrá requerir la evaluación prevista en el Artículo 12.

Artículo 12°.- Inadmisibilidad de la solicitud de dirimencia.- Cuando la solicitud resulte inadmisibles por haberse presentado fuera del período fijado en el Artículo 16, la Comisión podrá realizar a petición del solicitante una supervisión a la entidad acreditada cuyos resultados han sido observados a fin de verificar la aptitud de los equipos, materiales y demás recursos empleados en la prestación de sus servicios.

Si como resultado de la supervisión realizada se determina que los materiales o equipos empleados al momento de la prestación del servicio no reúnan las características necesarias para asegurar la confiabilidad de sus resultados, la Comisión podrá ordenar de ser el caso, la realización de un nuevo ensayo sobre la base de nuevas muestras. En dichos casos los costos de la evaluación deben ser asumidos por el Laboratorio de Ensayo u Organismo de Certificación cuyos resultados se observaron, al margen del procedimiento por infracciones a que hubiere lugar.

la misma fecha y hora que la muestra tomada por parte de la supervisora, en la que los resultados arrojan un valor de 0.759 mg/l para el parámetro Cu en el punto de control E-02, que está por debajo de los LMP. En base a ello sostiene que se mantendría incólume la presunción de licitud a favor de LOS QUENUALES prevista en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444³⁰.

Al respecto, cabe mencionar que el Reglamento aprobado por Resolución N° 002-98/INDECOPI-CRT establece en su artículo 10° que las contramuestras serán utilizadas cuando existan eventuales dudas o reclamos sobre la validez de los resultados, de acuerdo a lo dispuesto en el procedimiento de resolución de quejas y se deben conservar junto con las muestras tomadas por el Laboratorio³¹.

En tal sentido, revisados los descargos presentados por LOS QUENUALES mediante escrito con Registro N° 1217342 de fecha 18 de agosto de 2008, se aprecia que los resultados analíticos de la llamada contramuestra y presentados en la copia simple del Informe de Ensayo N° MA807296 (Fojas 117 y 118) han sido elaborados por SGS DEL PERÚ S.A.C. a partir de la muestra tomada por la recurrente, según indica ésta, y no de la contramuestra en custodia del laboratorio INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C. conforme al procedimiento descrito en el párrafo anterior.

En consecuencia, no puede tomarse como válido el resultado de la muestra referida, por no seguir el procedimiento administrativo establecido para tales efectos.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que verificados los medios probatorios que adjunta la recurrente, no se acredita que la muestra haya sido tomada el 14 de Noviembre a las 11:35 como se alega, pues dicha fecha solo consta en el rubro "Identificación de Muestra" en el Informe de Ensayo N° MA807296 elaborado por SGS DEL PERÚ S.A.C. (Foja 117), dato que solo sirve para identificar la muestra, pero que no es una constancia de la fecha de toma de la misma, que según dicho Informe ha sido realizada por el cliente (entiéndase LOS QUENUALES).

En tal sentido, lo alegado por LOS QUENUALES no desvirtúa la validez del Informe de Ensayo de valor oficial que acredita el exceso de LMP respecto al parámetro Cu, por lo que se rompe la presunción de licitud a favor de la recurrente prevista en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444, razón por la cual corresponde desestimar lo alegado en este sentido.

En cuanto al punto de control E-3

³⁰ 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.

³¹ RESOLUCIÓN N° 002-98-INDECOPI-CRT. REGLAMENTO DE LABORATORIOS DE ENSAYO Y CALIBRACION.

Artículo 10°.- En los casos aplicables, el Laboratorio de Ensayo/ Calibración debe solicitar al cliente la cantidad de muestras y contramuestras de acuerdo a lo establecido por las normas técnicas aplicables, o a la falta de éstas, por las especificaciones contractuales. Las contramuestras serán utilizadas cuando existan dudas o reclamos sobre la validez de los resultados, de acuerdo a lo dispuesto en el procedimiento de resolución de quejas establecido para el efecto.

14. Sobre el argumento contenido en el literal d) del numeral 2, cabe señalar que, de acuerdo al artículo 13° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, serán considerados como efluentes líquidos minero-metalúrgicos aquellos flujos provenientes de las instalaciones del titular minero que descarguen al ambiente³².

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 al sector que nos ocupa, 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 otros.

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 o aire; elementos que la propia Ley N° 28611, se ha encargado de identificar como cuerpos receptores en el numeral 31.1 de su artículo 31^{o33}.

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

32 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. (...)

33 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.

proveniente de las operaciones mineras, se disponga o llegue finalmente al ambiente o sus componentes.

Con relación a lo señalado en el literal a) precedente, es preciso señalar que ello es así por cuanto el artículo 7° de la citada Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, no regula ni prevé restricción alguna relacionada a la medición de los LMP en puntos de control aprobados en instrumentos de gestión ambiental, sino que establece la obligación para los titulares mineros de establecer en sus estudios ambientales un punto de control por cada efluente minero-metalúrgico; cuyo incumplimiento constituye una infracción distinta y separada de aquella sustentada en el exceso de los LMP³⁴.

En este contexto, cabe reiterar lo señalado en el numeral precedente en el sentido que el artículo 1° de la Resolución Directoral N° 157-99-EM/DGM, en concordancia con el numeral 1.22 de la Guía aprobada por Resolución Directoral N° 009-2001-EM-DGGA, autoriza a las Supervisoras Externas a verificar tanto las condiciones de los efluentes líquidos (calidad de agua) y de las emisiones (calidad de aire) en las estaciones de monitoreo aprobadas en el PAMA y/o EIA, así como otros sectores críticos no contemplados en los documentos antes referidos, los que deben ser reportados con los resultados de los análisis correspondientes en los Informes de Supervisión.

Así las cosas, en cuanto a lo expuesto en el literal b), cabe indicar que de acuerdo al literal a) del artículo 13° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, constituye efluente minero-metalúrgico todo flujo descargado al ambiente proveniente 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.

Sobre el particular, de acuerdo al Cuadro N° II-01: Descripción y Ubicación Geográfica de los Puntos de Monitoreo, del Capítulo II del Informe 2b de los Resultados de la Campaña de Monitoreo de la UEA Casapalca- Noviembre 2008 (foja 8), Cuadro N° II-08 del rubro 3.2 Efluentes minero metalúrgicos (Foja 17) y lo señalado en la primera recomendación contenida en el punto 3.2 del Capítulo III del mencionado instrumento probatorio (Foja 21), y el Acta de Supervisión Especial de Monitoreo Ambiental de Efluentes Minero Metalúrgicos del ámbito de la cuenca alta del río Rímac de fecha 15 de noviembre de 2008 (Fojas 25 y 26), el flujo líquido monitoreado en el punto de control E-03 (P-417) proviene del efluente de la bocamina del Nivel Yauliyacu y descarga al río Rímac, por lo que se caracteriza como efluente líquido minero-metalúrgico en los términos descritos en el artículo 13° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, deviniendo válida la toma de muestras y resultados obtenidos en el mencionado punto de control.

Por lo demás, conforme se ha establecido precedentemente los resultados obtenidos en el punto de control E-3 devienen válidos y, por tanto, sancionables

³⁴ RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 011-96-EM/VMM. APRUEBAN LOS NIVELES MÁXIMOS PERMISIBLES PARA EFLUENTES LÍQUIDOS MINERO-METALÚRGICOS.

Artículo 7°.- Establecimiento de un punto de control para cada efluente minero-metalúrgico

Los titulares mineros están obligados a establecer en el EIA y/o PAMA o Declaración Jurada de PAMA, un punto de control en cada efluente líquido minero-metalúrgico, a fin de determinar la concentración de cada uno de los parámetros regulados y el volumen de descarga en metros cúbicos por día, que será medido al momento de efectuar la toma de la muestra. Dicho punto de control deberá ser identificado de acuerdo a la ficha del Anexo 3 que forma parte de la presente Resolución Ministerial

por este Organismo Técnico Especializado, los que no han sido desvirtuados por la impugnante en ninguna etapa del presente procedimiento sancionador, por lo que corresponde mantener la infracción sancionada en este extremo al carecer de sustento lo alegado sobre el particular.

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

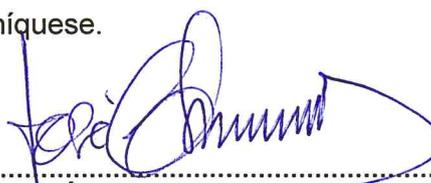
SE RESUELVE:

Artículo Primero.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación presentado por EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A. contra la Resolución Directoral N° 320-2012-OEFA/DFSAI de fecha 05 de octubre 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 EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A. y **REMITIR** el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.


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


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


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


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


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