

REPÚBLICA DEL PERÚ



Tribunal de Fiscalización Ambiental

Resolución N° 049-2013-OEFA/TFA

Lima, 26 FEB. 2013

VISTO:

El Expediente N° 021-08-MA/R¹ que contiene el recurso de apelación interpuesto por MINERA AURÍFERA RETAMAS S.A.² (en adelante, MARSÁ) contra la Resolución de la Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007815 de fecha 01 de julio de 2010 y el Informe N° 051-2013-OEFA/TFA/ST de fecha 13 de febrero de 2013;

CONSIDERANDO:

1. Por Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007815 de fecha 01 de julio de 2010 (Fojas 1487 a 1492), notificada con fecha 05 de julio de 2010, la Gerencia General de OSINERGMIN impuso a MARSÁ una multa ascendente a ciento veinte (120) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), por la comisión de cuatro (04) infracciones; conforme se detalla a continuación³:

¹ El presente procedimiento administrativo sancionador se inició como consecuencia de los resultados de la supervisión regular llevada a cabo del 12 al 18 de setiembre del 2008, en las instalaciones de la Unidad Minera Retamas, ubicada en el distrito de Parcoy, provincia de Patate, departamento de La Libertad, de titularidad de MINERA AURÍFERA RETAMAS S.A., obrantes en el Informe de Supervisión N° 04-2008-PCA (Fojas 21 a 971).

² MINERA AURÍFERA RETAMAS S.A. identificada con Registro Único de Contribuyente N° 20132367800.

³ De acuerdo al artículo 4° de la parte resolutive de la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 007815 de fecha 01 de julio del 2010, se dispuso el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador en el extremo referido a dos (02) infracciones al artículo 6° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, por estar inconcluso el muro perimetral de contención en la parte baja del depósito de desmonte "Las Chilcas" y por no contar con un Plan de Contingencias para el manejo de residuos sólidos industriales y peligrosos.

N°	HECHO IMPUTADO	NORMA INCUMPLIDA	TIFICACIÓN	SANCIÓN
1	En el punto de control E-11, correspondiente al efluente de la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de Mina el cual descarga en el río Llacuabamba, se reportó un valor de 9.14 mg/L para el parámetro pH, que supera el Límite Máximo Permissible establecido en la columna "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM ⁴	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM ⁵	50 UIT
2	En el punto de control E-24, correspondiente al efluente del sub drenaje de agua del enrocado del depósito de relaves de flotación	Artículo 4°, de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM	Numeral 3.2 del punto 3 del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 353-	50 UIT

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

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 MÁXIMOS PERMISIBLES DE EMISIÓN PARA LAS UNIDADES MINERO-METALÚRGICAS		
PARAMETRO	VALOR EN CUALQUIER MOMENTO	VALOR PROMEDIO ANUAL
pH	Mayor que 6 y Menor que 9	Mayor que 8 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.

5 RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM/VMM. APRUEBAN 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° 011-96-EM/VMM, 315-96-EM/VMM y otras normas modificatorias y complementarias, que sean detectadas como consecuencia de la fiscalización o de los exámenes especiales el monto de la multa será de 10 UIT por cada infracción, hasta un máximo de 600 UIT. (...)

En estas infracciones, se comprende también a aquellos titulares que hayan iniciado operaciones sin tener aprobado el correspondiente Estudio de Impacto Ambiental o que teniéndolo aprobado incumplan los compromisos asumidos en dicho estudio.

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. (...)

	(efluente de pozas de tratamiento) el cual descarga en el río Mush Mush, se reportó un valor de 9.67 para el parámetro pH, que excede el Límite Máximo Permisible establecido en la columna "Valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM		2000-EM/VMM	
3	No contar con un Estudio de Impacto Ambiental aprobado para construir la nueva planta de tratamiento de aguas de mina, ubicada en la margen derecha del río Llacuabamba	Numeral 3 del artículo 7° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM ⁶	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	10 UIT
4	No contar con un Estudio de Impacto Ambiental aprobado para el depósito de desmonte Los Cuyes Gigante	Numeral 3 del artículo 7° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM	Numeral 3.1 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM	10 UIT
MULTA TOTAL				120 UIT

2. Asimismo, en la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007815 de fecha 01 de julio de 2010 se impuso como medida correctiva a MARSА suspender los trabajos de ampliación y disposición de desmontes en el botadero Los Cuyes Gigante hasta la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental en los términos señalados por el Decreto Supremo N° 078-2009-EM.

3. Mediante escrito con registro N° 1381700 presentado con fecha 20 de julio de 2010 (Fojas 1495 a 1525), MARSА interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007815 de fecha 01 de julio de 2010, sólo en el extremo referido a las infracciones contenidas en los numerales 4.3 y 4.4 de la citada Resolución, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

a) El día que se llevó a cabo la supervisión, MARSА tomó muestras en el punto de control E-11, con su equipo de medición debidamente calibrado, obteniendo para el parámetro pH un resultado por debajo de los LMP.

Se debe considerar que si el resultado del monitoreo obtenido hubiera determinado un exceso de los LMP, la empresa supervisora debió dejar

⁶ DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM. REGLAMENTO PARA LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA ACTIVIDAD MINERO – METALÚRGICA.

Artículo 7°.- Los titulares de la actividad minera deberán presentar:
(...)

3. Los titulares de concesiones que se encuentren en la etapa de producción u operación y que requieren ampliar sus operaciones, deberán presentar al Ministerio de Energía y Minas un Estudio de Impacto Ambiental del correspondiente proyecto

constancia de ello en el Acta de Cierre de Supervisión, toda vez que el parámetro pH se analiza en campo.

- b) No se ha acreditado la existencia de daño ambiental alguno por lo que el incumplimiento de los LMP no podría ser calificado como una infracción grave a la normativa ambiental.

En efecto, no se ha realizado diligencia alguna para comprobar que los efluentes vertidos en el punto de control E-11 generan menoscabo al ambiente dado que la misma se vierte a una quebrada seca.

- c) Se ha vulnerado el Principio de Presunción de Licitud, contenido en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, ya que se ha imputado la conducta infractora no obstante que no se ha comprobado el daño al ambiente.
- d) Se ha vulnerado el Principio del Debido Procedimiento Administrativo, consagrado en el numeral 2 de artículo 230° la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, toda vez que se ha sancionado por una imputación basada en una inadecuada interpretación de la definición de los conceptos de LMP y daño ambiental, configurándose así una indebida motivación del acto administrativo que no ha permitido el adecuado ejercicio del derecho de defensa.
- e) Se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad, establecido en el numeral 3 del artículo 230° la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, dado que no se ha ponderado los criterios de gradualidad al momento de establecerse el monto de la multa, imponiéndose la más drástica.
- f) El punto de control E-24 no es un efluente sino un cuerpo receptor denominado sub drenaje enrocado flotación, correspondiendo aplicar la Ley General de Aguas y no la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

Se debe considerar que si el resultado del monitoreo obtenido hubiera determinado un exceso de los LMP, la empresa supervisora debió dejar constancia de ello en el Acta de Cierre de Supervisión, toda vez que el parámetro pH se analiza en campo.

Objeto de Pronunciamiento

4. Cabe señalar que MARSА ha impugnado la Resolución recurrida en el extremo referido a las dos infracciones graves al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM (numerales 1 y 2 del cuadro detalle del considerando 1 de la presente Resolución); razón por la cual en aplicación del numeral 4 del artículo 3° de la Ley N° 27444, el cual obliga a una motivación congruente, sólo serán objeto de pronunciamiento dichos extremos del presente procedimiento administrativo sancionador.

De otro lado, toda vez que MARSА no ha formulado argumento respecto a las dos infracciones al numeral 3 del artículo 7° del Decreto Supremo N° 016-93-EM

(numerales 3 y 4 del cuadro detalle del considerando 1 de la presente Resolución); en aplicación del artículo 212° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007815 de fecha 01 de julio de 2010 queda firme en dichos extremos⁷.

Competencia

5. 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).
6. 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 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.
7. 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 En el escrito de apelación formulado por MARSÁ se ha anexado el recibo de pago OP 0000025 de fecha 19 de julio de 2010, por la suma de S/. 54 000.00, abonado a la cuenta N° 193-1510302-0-75, por la cual dan por cancelada la multa correspondiente a 20 UIT respecto de las infracciones contenidas en los numerales 3 y 4 del cuadro detalle del considerando 1 de la presente Resolución.

⁸ **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.

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 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. (...).

8. 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 funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería del OSINERGMIN al OEFA, el 22 de julio de 2010.
9. En adición, el artículo 10° de la citada Ley N° 29325¹¹, los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM¹², y el artículo 4° del Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 005-2011-OEFA/CD¹³, modificado por Resolución N° 014-2012-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 OEFA.

Norma Procedimental Aplicable

10. Antes de realizar el análisis de los argumentos formulados por MARSА, 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 en la tramitación del

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.

¹² DECRETO SUPREMO N° 022-2009-MINAM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL OEFA.

Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

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

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

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

¹³ 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.

presente procedimiento administrativo sancionador, a efectos de valorar adecuadamente la actuación de las partes intervinientes¹⁴.

11. 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 así como el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, aprobado por Resolución N° 012-2012-OEFA/CD, que entró en vigencia con fecha 14 de diciembre de 2012¹⁵.

Análisis

Protección constitucional al ambiente

12. 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 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, constituye derecho fundamental de la persona "gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida"¹⁶.

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 siguiente¹⁷:

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

¹⁴ 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.

¹⁵ RESOLUCIÓN N° 012-2012-OEFA/CD. APRUEBAN NUEVO REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL – OEFA.

Artículo 3°.- Disponer que las disposiciones de carácter procesal del presente Reglamento se aplicarán a los procedimientos administrativos sancionador en trámite, en la etapa en que se encuentren.

¹⁶ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

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

¹⁷ 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>

El medio ambiente es el mundo exterior que rodea a todos los seres vivos 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 vivos (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 vivo, 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 otros¹⁸.

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 por¹⁹:

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

¹⁸ 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.

¹⁹ 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>

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 mencionada sentencia, respecto del cual cabe citar lo siguiente:

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

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

Sobre la toma de muestras en el Punto de Control E-11

13. Respecto a lo alegado por la apelante en el literal a) del numeral 3, cabe señalar que en el Informe de Supervisión N° 04-2008-PCA, elaborado por D & E DESARROLLO Y ECOLOGÍA S.A.C., con ocasión de la supervisión regular que se llevó a cabo del 12 al 18 de setiembre de 2008 en la UEA RETAMAS, se aprecia la Tabla N° 2.1 referente a parámetros de campo de efluentes de la Minera Aurífera Retamas S.A. - UEA RETAMAS, elaborado por el laboratorio INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C., que obra en el Informe de Supervisión N° 04-2008-PCA (Foja 327), el cual sustenta el exceso del LMP aplicable al parámetro pH en el punto de control E-11, cuyo resultado se expresa en el cuadro detalle del considerando 1 de la presente Resolución. Cabe señalar que en dicha Tabla se verifica la hora y la fecha en que se realizó la evaluación.

Por otro lado, en el Informe de Supervisión N° 04-2008-PCA se aprecia también el documento denominado Registro de Monitoreo de Calidad de Agua de Efluentes, Vertimientos y Cuerpos Receptores elaborado por la propia apelante (Foja 963) cuyos resultados obtenidos para el parámetro pH se encuentran por debajo de los LMP; sin embargo, en el referido documento no se verifica la hora en que se tomó la prueba, ni cuales fueron los equipos utilizados.

Ahora bien, MARSA ha ofrecido como medio de prueba en su recurso de apelación el certificado de calibración de su equipo, medidor multiparámetro 350i

de marca MERCK (Fojas 1511 a 1516). Sobre el particular, el referido medio probatorio no acredita que el equipo haya sido utilizado efectivamente el día que se llevó a cabo la supervisión, toda vez que en el documento elaborado por la apelante, Registro de Monitoreo de Calidad de Agua de Efluentes, Vertimientos y Cuerpos Receptores, no se ha consignado la utilización de dicho equipo, ni la hora en que se analizó la muestra para evaluar el parámetro pH.

Cabe señalar que, del Informe de Supervisión N° 04-2008-PCA se constata que el instrumento de medición utilizado por INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C. para analizar el parámetro pH contaba con el correspondiente certificado de calibración (Foja 342).

Así las cosas, conforme a lo dispuesto por el numeral 21.4 del artículo 21° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN aprobado por Resolución N° 640-2007-OS/CD²⁰, la información contenida en los Informes de Supervisión se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario; por lo que correspondía a la apelante presentar los medios de prueba que los desvirtuaren, lo que no ocurrió en el presente caso.

Por último, cabe indicar que la apelante alega que en el Acta de Cierre de Supervisión no se hace referencia alguna al resultado del monitoreo efectuado en el punto de control E-11.

Al respecto, corresponde señalar que las Actas que suscriben las partes luego de llevarse a cabo las supervisiones en las unidades mineras no tienen como requisito obligatorio consignar los resultados obtenidos de cada monitoreo. Sólo en el Libro de Protección y Conservación del Ambiente, que debe tener cada titular minero, se registran los hallazgos y recomendaciones que resultan de las inspecciones realizadas por personal autorizado de la empresa o por los fiscalizadores²¹.

Sin perjuicio de que la apelante no manifestó su discrepancia al momento de firmar el Acta, conforme se verifica del Acta de Reunión de Cierre (Foja 48-51), debe ratificarse que no era obligatorio anotar en el Acta de Cierre de Supervisión los resultados obtenidos durante la supervisión.

Por consiguiente, corresponde desestimar lo alegado por MARSÁ en este extremo.

²⁰ RESOLUCIÓN N° 640-2007-OS-CD. REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL OSINERGMIN.

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

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

²¹ Definición que establecía el artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 049-2001-EM, Reglamento de Fiscalización de las Actividades Mineras, el mismo que dejó de tener vigencia en observancia de la Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 28964, Ley que Transfiere Competencias de Supervisión Fiscalización de las Actividades Mineras al OSINERGMIN y con la aprobación del procedimiento de supervisión de las actividades mineras establecido por Resolución N° 324-2007-OS/CD.

En cuanto al daño ambiental y su relación con el exceso de los LMP

14. Respecto a los alegatos de la apelante citados en los literales b y c del numeral 3 de la presente Resolución, se cuestiona 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 Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM. Por ello, este Tribunal considera necesario determinar los alcances de la categoría "daño ambiental", en este supuesto²².

Al respecto, el numeral 2 del artículo 142° de la Ley N° 28611²³, 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 potenciales²⁴.

De acuerdo a lo indicado, la definición de daño ambiental de la Ley N° 28611 presenta 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.

²² 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, Carlos. Manual de Derecho Ambiental. Editorial Iustitia. Lima, 2011.

²³ 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.

²⁴ 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, Iván. 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>

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 perjudican 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, sino que resulta suficiente que dichos efectos negativos sean potenciales²⁵. 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 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 nocivos²⁶.

En consecuencia, en atención a que el numeral 1 del artículo 32° de la Ley N° 28611, prevé que el exceso de 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, conforme se ha mencionado, **no requieren ser inmediatos o actuales, bastando la potencialidad de los mismos.** (Lo subrayado es nuestro).

Es pertinente indicar que el Reglamento 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, por lo que el daño producido podría ser actual o potencial.

²⁵ 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 (en línea) febrero de 2013. Disponible en: http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/19/06_mario_penia_chacon.html

²⁶ En el mismo sentido se ha expresado jurisprudencia internacional. Así, en Argentina mediante el fallo de 1995 Almada contra Copco S.A. se consideró suficiente la certeza y actualidad de los riesgos que se ciernen sobre la salud de los vecinos, aunque no estén probadas las 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.

Ahora bien, conforme al resultado obtenido del muestreo de efluentes realizado con ocasión de la supervisión regular que se llevó a cabo del 12 al 18 de setiembre del 2008 en la UEA RETAMAS, el cual se incluye en la Tabla N° 2.1 (referente a parámetros de campo de efluentes de Minera Aurífera Retamas S.A. - UEA RETAMAS), elaborado por el laboratorio INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C., y que obra en el Informe de Supervisión N° 04-2008-PCA (Foja 327), se verifica que en el punto de control E-11 se ha reportado para el parámetro pH un valor de 9.14 mg/L.

En efecto, se aprecia que el valor obtenido en el punto de monitoreo E-11 para el parámetro pH sobrepasa el LMP establecido en la columna "valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

Luego, 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 pH; y por tanto, configurado la situación de daño ambiental, se ha producido 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.

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

Por otro lado, respecto a lo alegado por MARSÁ con relación a que su efluente no genera daño ambiental por cuanto el mismo se vierte en una quebrada seca, corresponde señalar que, conforme a lo señalado por el supervisor externo D & E DESARROLLO Y ECOLOGÍA S.A.C., las descargas se realizan en el río Llacuabamba, según consta en el Informe de Supervisión N° 04-2008-PCA (Fojas 321 al 322).

Igualmente, dicho Informe adjunta la fotografía N° 08 Anexo 05 (Foja 71) donde se aprecia que el efluente en el punto de control E-11 se descarga sobre un río y no en una quebrada seca como alega la apelante.

En atención a lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 21 de la Resolución N° 640-2007-OS-CD, la información contenida en el Informe de supervisión se tiene por cierta y responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario, por lo que corresponde a la recurrente ofrecer los medios probatorios que desvirtúen la imputación.

Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado, cabe indicar que el Principio de Presunción de Licitud previsto en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444, prevé que las autoridades deberán presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario, lo que implica que éstos no podrán ser sancionados sino en virtud de pruebas que generen convicción sobre su responsabilidad por el ilícito imputado; caso contrario, la insuficiencia probatoria o duda razonable conllevará a la absolución de los administrados²⁷.

Es por esta razón que, existiendo medios de prueba al interior del presente procedimiento con los cuales se acredita que MARSА ha sido debidamente sancionada, y no habiendo la apelante aportado los medios de prueba que permitan dejar sin efecto la convicción formada por el órgano sancionador, esto último en el marco del numeral 2 del artículo 162° de la Ley N° 27444, en concordancia con el artículo 190° del Código Procesal Civil²⁸; corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en este extremo.

Sobre la Vulneración del Principio del Debido Procedimiento Administrativo

15. Respecto a lo alegado por la apelante, conforme a lo mencionado en el literal d) del numeral 3 de la presente Resolución, cabe indicar que en el presente procedimiento administrativo sancionador se respetaron las garantías inherentes al debido procedimiento, al haberse permitido que MARSА ejerza su derecho de contradicción al momento de efectuar sus descargos, luego de lo cual se ha emitido una decisión motivada conforme al contenido de las normas que integran el ordenamiento positivo y sustentada en base a los documentos que obran en autos, los mismos que justifican la infracción imputada. En consecuencia, no se ha

²⁷ 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.

²⁸ 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.

vulnerado el Principio del Debido Procedimiento, regulado en el numeral 1.2 del artículo del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

Sin perjuicio de ello, la apelante alega una motivación indebida del acto administrativo recurrido, indicando que no se le ha permitido ejercer su derecho de defensa, toda vez que la imputación de la infracción está basada en una inadecuada interpretación de la definición de los conceptos de LMP y daño ambiental.

Sobre el particular, conviene señalar que al interior del presente procedimiento se ha demostrado que la recurrente ha sobrepasado el LMP establecido en la columna "valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, configurándose el supuesto de daño ambiental. En ese sentido, la afirmación de que no se le permitió a la recurrente ejercer su derecho de defensa resulta impertinente, toda vez que lo argumentado no constituía un obstáculo para que la apelante pudiera ejercer su derecho de defensa. Por tanto, no se ha vulnerado el Principio del Debido Procedimiento.

En cuanto a la vulneración del Principio de Razonabilidad

16. Respecto a lo alegado por la apelante en el literal e) del numeral 3 de la presente Resolución, sobre la vulneración del Principio de Razonabilidad, conviene citar el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual establece que las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo para estos efectos observar los criterios de graduación.

Sobre el particular, en el presente procedimiento administrativo sancionador se ha comprobado que MARSА incumplió el artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, por cuanto ha excedido los LMP para el parámetro pH; en tal sentido, le correspondía aplicar la sanción prevista en el numeral 3.2 del punto 3 del Anexo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM.

Asimismo, se constata que la multa total impuesta se determinó de acuerdo a lo establecido por la Escala de Multas y Penalidades, aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, al haberse comprobado que se ha causado daño ambiental como consecuencia de exceder los LMP, y tal hecho se considera como infracción grave por lo que le correspondía la multa de 50 UIT, como valor fijo, por cada infracción. Por tanto, lo alegado por la apelante respecto a que se le ha impuesto la multa más drástica sin ponderar los criterios de gradualidad al momento de determinarse el monto de la multa no resulta admisible.

Por consiguiente, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en este extremo.

En relación al efluente en el punto de control E-24

17. En relación a lo alegado por MARSА en el literal f) del numeral 3 de la presente Resolución, corresponde determinar, en primer lugar, si el punto de control E-24 es un efluente o un cuerpo receptor.

Al respecto conforme a lo señalado por el supervisor externo D & E DESARROLLO Y ECOLOGÍA S.A.C. en el Informe de Supervisión N° 04-2008-PCA“(…) las estaciones E-11, E-20 y E-24 descargan sus aguas directamente a cuerpos receptores (río Llacuabamba, las dos primeras; y río Mush Mush, la tercera). (El subrayado es nuestro).

A fin de complementar lo señalado, el supervisor adjunta las fotografías N° 16 y 22 al 25 que obran en el Anexo 5 del citado Informe N° 04-2008-PCA (Fojas 75, y 78 al 80, respectivamente), donde se observa que el sub-drenaje de aguas de enrocado del depósito de relaves de flotación (efluente de pozas de tratamiento), es un efluente que descarga en el punto de control E-24.

Ahora bien, a fin de contar con mayores elementos de juicio este colegiado ha considerado pertinente revisar la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental de MARSA correspondiente al Programa de Puntos de Monitoreo de Calidad de Aguas, aprobado por Resolución Ministerial N° 214-2011-MEM/AAM de fecha 12 de julio de 2011. En tal documento se señala lo siguiente en relación al punto de control E-24:

“5.3.1 E-24: Subdrenaje enrocado depósito de relaves de flotación
Este punto de monitoreo permite determinar la calidad de agua que se conduce por las estructuras hidráulicas del depósito de relaves y que permite identificar condiciones inapropiadas de operación de esta instalación. Sus principales características se presentan en su correspondiente ficha SIAM”. (Foja 90 de la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental)

Asimismo, en el numeral 3.2 referente a la planta de beneficio del capítulo 3 denominado descripción de cambios operativos de la actividad (Foja 70 de la Modificación del Estudio de Impacto Ambiental), se ha descrito que:

“(…) el relave de flotación es depositado en la mayor parte del depósito integrado y este se proyecta sobre el depósito antiguo que no cuenta con impermeabilización, pero si cuenta con estructuras hidráulicas que evitan el ingreso de aguas frescas por debajo del depósito a través de una estructura hidráulica que funciona como un sistema de sub-drenaje que evita la mezcla del efluente con las aguas superficiales de escorrentía”.

De este contexto se desprende que lo antes mencionado concuerda con la descripción que figura en la fotografía N° 16 del Informe de Supervisión N° 04-2008-PCA, donde se aprecia al efluente de sub-drenaje de aguas de enrocado del depósito de relaves de flotación – efluente de pozas de tratamiento (Foja 75). Asimismo, en la fotografía N° 25 (Foja 80) se observa la descarga de las aguas tratadas en las pozas de sedimentación hacia el río Mush Mush.

Sobre el particular, cabe tener presente lo dispuesto por el artículo 13° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM por la cual se define “Efluentes Líquidos Minero-Metalúrgicos.- Son los flujos descargados al ambiente, que provienen:(…) b) De depósitos de relaves u otras instalaciones de tratamiento que produzcan aguas residuales(…)” (el subrayado es nuestro).

En consecuencia, en base a lo antes expuesto se ha determinado que el punto de control E-24 constituye un efluente líquido minero metalúrgico.

Ahora bien, habiéndose determinado que el punto de control E-24 constituye un efluente líquido minero metalúrgico, corresponde verificar el incumplimiento del artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

Al respecto, se verifica en la Tabla N° 2.1 (referente a parámetros de campo de efluentes de Minera Aurífera Retamas S.A. - UEA RETAMAS) que obra en el Informe de Supervisión N° 04-2008-PCA (Foja 327) elaborado por el laboratorio INSPECTORATE SERVICES PERÚ S.A.C., que el resultado de monitoreo respecto del parámetro pH en el punto de control E-24 reporta un valor de 9.67 mg/L.

En consecuencia, se ha verificado que el valor obtenido para el parámetro pH, sobrepasa el LMP establecido en la columna "valor en cualquier momento" del Anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM; en tal sentido, se configura el daño ambiental al que hace referencia el numeral 1 del artículo 32° y el numeral 2 del artículo 142° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente.

En ese contexto, en concordancia con lo expresado en el numeral 14 de la presente Resolución, la infracción es de naturaleza grave por lo cual correspondía la sanción dispuesta en el numeral 3.2 del punto 3 de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM..

Finalmente, en cuanto a lo alegado por MARSА respecto a que el resultado obtenido en el punto de control E-24 no se consignó en el Acta de Cierre de Supervisión, conforme ya se ha señalado en el numeral 13 de la presente Resolución, no es obligatorio detallar los resultados obtenidos de cada monitoreo en las citadas actas.

Por consiguiente, corresponde desestimar 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, modificado por Resolución N° 014-2012-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA;

SE RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADO el recurso de apelación presentado por MINERA AURÍFERA RETAMAS S.A. contra la Resolución de Gerencia General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN N° 007815 de fecha 01 de julio de 2010, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución, quedando agotada la vía administrativa.

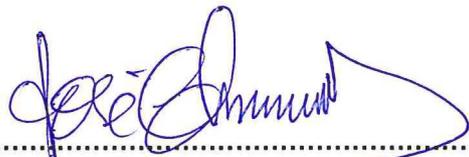
ARTÍCULO SEGUNDO.- DISPONER que el monto de la multa impuesta, ascendente a cien (100) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), sea depositado en la cuenta recaudadora N° 00 068 199344 del Banco de la Nación, en moneda nacional, debiendo indicar al momento de la cancelación al banco el número de la presente Resolución; sin perjuicio de informar en forma documentada al OEFA del pago realizado.

ARTÍCULO TERCERO.- NOTIFICAR la presente Resolución a MINERA AURÍFERA RETAMAS 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



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



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