



**Tribunal de Fiscalización Ambiental
Sala Especializada en Minería, Energía,
Pesquería e Industria Manufacturera**

RESOLUCIÓN N° 049-2018-OEFA/TFA-SMEPIM

EXPEDIENTE : 662-2017-OEFA/DFSAI/PAS
PROCEDENCIA : DIRECCIÓN DE FISCALIZACIÓN, SANCIÓN Y APLICACIÓN DE INCENTIVOS¹
ADMINISTRADO : COMPAÑÍA MINERA ANTAPACCAY S.A.
SECTOR : MINERÍA
APELACIÓN : RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 1016-2017-OEFA/DFSAI

SUMILLA: *Se revoca el artículo 1° de la Resolución Directoral N° 1016-2017-OEFA/DFSAI del 1 de septiembre de 2017, en el extremo que declaró improcedente el recurso de reconsideración interpuesto por Compañía Minera Antapaccay S.A. contra la Resolución Directoral N° 704-2017-OEFA/DFSAI, por la falta de presentación de nueva prueba para cada una de las infracciones imputadas.*

Se confirma la Resolución Directoral N° 704-2017-OEFA/DFSAI del 26 de junio de 2017, en el extremo que declaró la existencia de responsabilidad administrativa de Compañía Minera Antapaccay S.A., respecto de las conductas infractoras referidas a: (i) no realizar el mantenimiento de badenes en el acceso que cruza el riachuelo coroccohuayco, incumpliendo con la finalidad de las medidas de manejo y protección de cuerpos de agua superficial prevista en su instrumento de gestión ambiental; y, (ii) no cumplir con implementar en el área adyacente a la plataforma en operación con sondaje TF1-002 y TF1-003 un canal o cuneta que derive las aguas de escorrentía hacia un curso de agua más cercano, incumpliendo con su instrumento de gestión ambiental. Dichas conductas generaron el incumplimiento del Literal a) del numeral 7.2 del artículo 7° del Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM, en concordancia con el artículo 24° de la Ley N°

¹ El 21 de diciembre de 2017 se publicó en el diario oficial *El Peruano*, el Decreto Supremo N° 013-2007-MINAM mediante el cual se aprobó el nuevo Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del OEFA y se derogó el ROF del OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM. Cabe señalar que el procedimiento administrativo sancionador seguido en el Expediente N° 662-2017-OEFA/DFSAI/PAS fue iniciado durante la vigencia del ROF de OEFA aprobado mediante Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, en virtud del cual la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos (DFSAI) es órgano de línea encargado de dirigir, coordinar y controlar el proceso de fiscalización, sanción y aplicación de incentivos; sin embargo, a partir de la modificación del ROF, su denominación es la Dirección de Fiscalización y Aplicación de Incentivos (DFAI).

28611, Ley General del Ambiente, el artículo 15° de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental y el artículo 29° del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, y configuraron la infracción prevista en el Numeral 2.2. del Rubro 2 del Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones vinculadas con los instrumentos de gestión ambiental y el desarrollo de actividades en Zonas Prohibidas, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD.

Por otro lado, se revoca el artículo 6° de la Resolución Directoral N° 704-2017-OEFA/DFSAI del 26 de junio de 2017, en el extremo que declaró reincidente a Compañía Minera Antapaccay S.A. por el incumplimiento del literal a) del numeral 7.2 del artículo 7° del Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM.

Lima, 02 de marzo de 2018

I. ANTECEDENTES

1. Compañía Minera Antapaccay S.A.² (en adelante, **Antapaccay**) es titular del proyecto de exploración mineral Coroccohuayco, ubicada en el distrito y provincia de Espinar, departamento de Cusco.
2. Mediante la Resolución Directoral N° 233-2010-MEM/AAM del 19 de julio de 2010, la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (en adelante, **Dgaam**) del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, **Minem**) aprobó el Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado del proyecto de exploración minera Coroccohuayco (en adelante, **EIASd Coroccohuayco**).
3. Mediante Resolución Directoral N° 0439-2013-MEM/AAM del 20 de noviembre de 2013, la Dgaam aprobó el Primer Informe Técnico Sustentatorio para la modificación del EIASd Coroccohuayco. Asimismo, por Resolución Directoral N° 154-2014-MEM/DGAAM del 27 de marzo de 2014 se otorgó la conformidad al Segundo Informe Técnico Sustentatorio para la modificación del EIASd Coroccohuayco.
4. El 13 de octubre de 2010, Antapaccay comunicó al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, **OEFA**) que el 14 de octubre de 2010 iniciaría las actividades de exploración minera en el proyecto Coroccohuayco, por lo que, de acuerdo al cronograma del Segundo Informe Técnico Sustentatorio para la modificación del EIASd Coroccohuayco, dichas actividades debieron culminar el 27 de noviembre de 2014.

² Registro Único de Contribuyente N° 20114915026.

5. En 25 y 26 de abril de 2014, la Dirección de Supervisión (en adelante, **DS**) del OEFA realizó una supervisión regular al proyecto de exploración mineral Corocchohuayco (en adelante, **Supervisión Regular 2014**), en la cual se detectaron dos (2) hallazgos que fueron registrados en el Acta de Supervisión Directa sin número (en adelante, **Acta de Supervisión Directa**), el Informe de Supervisión N° 339-2014-OEFA/DS-MIN³ del 01 de julio de 2014 (en adelante, **Informe de Supervisión**) y el Informe de Supervisión N° 035-2015-OEFA/DS-MIN⁴ del 20 de abril de 2015 (en adelante, **Informe Complementario de Supervisión**).
6. El análisis de los referidos hallazgos originó la emisión del Informe Técnico Acusatorio N° 188-2015-OEFA/DS del 13 de mayo de 2015 (en adelante, **ITA**)⁵.
7. Sobre la base del Informe de Supervisión, el Informe Complementario de Supervisión y el ITA, mediante Resolución Subdirectoral N° 416-2017-OEFA-DFSAI/SDI⁶ del 20 de marzo de 2017, notificada el 23 de marzo del mismo año⁷, la Subdirección de Instrucción e Investigación (en adelante, **SDI**) de la DFSAI dispuso el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra Antapaccay.
8. Luego de evaluar los descargos presentados por Antapaccay⁸, la DFSAI emitió la Resolución Directoral N° 704-2017-OEFA/DFSAI del 26 de junio de 2017⁹, a través de la cual declaró la existencia de responsabilidad administrativa por parte de Antapaccay, por la comisión de las infracciones detalladas en el Cuadro N° 1:

Cuadro N° 1: Detalle de las infracciones por la cual se declaró la responsabilidad administrativa de Antapaccay en la Resolución Directoral 704-2017-OEFA/DFSAI

Conducta infractora	Norma sustantiva	Norma tipificadora
El titular minero no realizó el mantenimiento de badenes en el acceso que cruza el riachuelo	Literal a) del numeral 7.2 del artículo 7° del Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera,	Numeral 2.2. del Rubro 2 del Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de

³ Páginas 1 al 17 del archivo digital correspondiente al Informe de Supervisión N° 339-2014-OEFA/DS-MIN contenido en un disco compacto que obra en el folio 7.

⁴ Páginas 1 al 09 del archivo digital correspondiente al Informe de Supervisión N° 035-2015-OEFA/DS-MIN contenido en un disco compacto que obra en el folio 7.

⁵ Folios 1 al 6.

⁶ Folios 9 al 17.

⁷ Folio 18 al 19.

⁸ Cabe indicar que los descargos fueron presentados el 21 de abril de 2017, folios 21 al 58, y el 02 de junio de 2017, folios 70 al 90.

⁹ Folios 114 al 123. Notificada al administrado el 06 de julio de 2017 (Folio 124).

Conducta infractora	Norma sustantiva	Norma tipificadora
Coroccohuayco, incumpliendo con la finalidad de las medidas de manejo y protección de cuerpos de agua superficial prevista en su instrumento de gestión ambiental.	aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM ¹⁰ (en adelante, RAAEM), en concordancia con el artículo 24° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (en adelante, LGA), el artículo 15° de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, Ley del SINEIA) y el artículo 29° del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM (en adelante, Reglamento de la Ley del SINEIA).	Sanciones vinculadas con los instrumentos de gestión ambiental y el desarrollo de actividades en Zonas Prohibidas, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD ¹¹ (en adelante, Cuadro de Tipificación de Sanciones aprobada mediante Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD).
El titular minero no cumplió con implementar en el área adyacente a la plataforma en operación con sondaje TF1-002 y TF1-003 un canal o cuneta que derive las aguas de escorrentía hacia un curso de agua más cercano, incumpliendo con su instrumento de gestión ambiental.	Literal a) del Numeral 7.2 del artículo 7° del RAAEM, en concordancia con el artículo 24° de la LGA, el artículo 15° de la Ley del SINEIA y el artículo 29° del Reglamento de la Ley del SINEIA.	Numeral 2.2. del Rubro 2 del Cuadro de Tipificación de Sanciones aprobada mediante Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD.

Fuente: Resolución Directoral 704-2017-OEFA/DFSAI
Elaboración: TFA

9. Asimismo, mediante el artículo 6° de la mencionada resolución, se declaró reincidente a Antapaccay por la comisión de la infracción al literal a) del numeral 7.2 del artículo 7° del RAAEM.
10. Cabe precisar que no se ordenaron medidas correctivas, toda vez que Antapaccay realizó el mantenimiento de los badenes, culminó las actividades y revegetó el área donde se ubica el canal o cuneta.

¹⁰ **DECRETO SUPREMO N° 020-2008-EM, Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera**, publicado en el diario oficial El Peruano el 2 de abril de 2008.

Artículo 7.- Obligaciones del titular (...)

7.2 Durante el desarrollo de sus actividades de exploración minera, el titular está obligado a lo siguiente:

- a) Ejecutar todas las medidas dispuestas en el estudio ambiental correspondiente, en los plazos y términos aprobados por la autoridad. (...)

¹¹ **Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD, Tipificación de Infracciones y Escalas de Multas y Sanciones vinculadas con los instrumentos de gestión ambiental y el desarrollo de las actividades en zonas prohibidas**, publicado en el diario oficial El Peruano el 20 de diciembre de 2013.

Rubro 2	TIPIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN	BASE LEGAL	Gravedad	Sanción Pecuniaria
2. Desarrollar actividades incumpliendo lo establecido en el Instrumento de Gestión Ambiental				
	2.2. Incumplir lo establecido en los Instrumentos de Gestión Ambiental aprobados, generando daño potencial a la flora o fauna.	Artículos 24° de la LGA, Artículo 15° de la Ley del SINEIA, Artículo 29° del Reglamaneto de la Ley del SINEIA.	GRAVE	De 10 a 1000 UIT

11. La Resolución Directoral N° 704-2017-OEFA/DFSAI, se sustentó en los siguientes fundamentos:

Respecto de la infracción N° 1 del Cuadro N° 1 de la presente resolución

- (i) Durante la Supervisión Regular 2014, la DS verificó que el tránsito de vehículos genera sólidos suspendidos debido a la presencia de badenes sin mantenimiento en dos puntos de acceso que cruza el riachuelo Coroccohuayco, por lo que no se ha cumplido con las medidas de manejo y protección de cuerpos de agua superficial del EIAAsd Coroccohuayco.
- (ii) Con relación al argumento de que se contaba con los badenes construidos, se precisó que el hecho materia de cuestionamiento está referido a la falta de mantenimiento de los badenes y no a si éstos fueron implementados o no.
- (iii) Se precisó que no se está cuestionando si se superó los Estándares de Calidad Ambiental para Agua o si se afectó a los organismos acuáticos existentes en la quebrada, sino la potencial erosión de la superficie del fondo del cauce del riachuelo por falta de mantenimiento de badenes.
- (iv) Sin perjuicio de ello, las variación en los resultados de los Parámetros de Sólidos Suspendidos Totales (en adelante, **parámetros STT**) obtenidos de las muestras tomadas durante la Supervisión Regular 2014 estuvieron relacionadas a la actividad del titular minero y no por otros factores.
- (v) De igual manera, las muestras para la medición de la calidad hidrobiológica (índice Biótico de Hilsenhoff) fueron obtenidas de puntos alejados de la zona de hallazgo y con posterioridad a la Supervisión 2014.

Respecto de la infracción N° 2 del Cuadro N° 1 de la presente resolución

- (vi) Durante la Supervisión Regular 2014, la DS verificó que existe un canal que tenía como punto de descarga el suelo del área adyacente y no el curso de agua más cercano, por lo que Antapaccay no habría cumplido con lo establecido en el EIAAsd Coroccohuayco.
- (vii) De las fotografías presentadas en los descargos, no se observa que el agua de escorrentía descargue a la quebrada natural conforme a lo establecido en croquis del EIAAsd Coroccohuayco.

Respecto a la declaración de reincidencia

- (viii) Mediante Resolución Directoral N° N° 1240-2015-OEFA/DFSAI del 29 de diciembre de 2015 se declaró consentida la Resolución Directoral N°

858-2015-OEFA/DFSAI 28 de setiembre de 2015 que declaró responsable a Antapaccay por el incumpliendo del literal a) del numeral 7.2 del artículo 7° del RAAEM detectado en la supervisión de los días 28 y 29 de noviembre de 2013.

- (ix) La infracción del caso antecedente y el presente caso fueron cometidas dentro del plazo de cuatro (4) años previsto en la Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 020-2013-OEFA/PCD, que aprobó los lineamientos que establecen los criterios para calificar como reincidentes a los infractores ambientales en los sectores económicos bajo el ámbito de competencia del OEFA (en adelante, **Lineamientos en la Reincidencia Ambiental**), razón por la cual declaró reincidente a Antapaccay y dispuso su inscripción en el Registro de Infractores Ambientales del OEFA.

12. El 31 de julio del 2017, Antapaccay interpuso un recurso de reconsideración¹² contra la Resolución Directoral N° 704-2017-OEFA/DFSAI.

13. El 01 de septiembre de 2017, la DFSAI emitió la Resolución Directoral N° 1016-2017-OEFA/DFSAI¹³, mediante la cual se resolvió:

(i) Declarar improcedente el extremo referido a la conducta infractora N° 2 descritas en el Cuadro N° 1 de la presente resolución, precisándose que no adjuntó nueva prueba que pueda ser valorada en este extremo de la resolución impugnada.

(ii) Declarar infundado el extremo referido a la conducta infractora N° 1 descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución, toda vez que la cadena de custodia de la muestra tomada en el punto COR-01 con fecha 15 de diciembre de 2014, incluida en el escrito del recurso de reconsideración, no desvirtuaba la comisión de la conducta infractora, debido a que los resultados mostrados en la misma fueron obtenidos de forma posterior al hallazgo, pudiendo haber variado los datos con el tiempo.

14. Mediante escrito presentado el 10 de octubre de 2017, Antapaccay interpuso recurso de apelación¹⁴ contra la Resolución Directoral N° 1016-2016-OEFA/DFSAI, por los siguientes argumentos:

Respecto de la infracción N° 1 del Cuadro N° 1 de la presente resolución

(i) No se acreditó la generación de sólidos suspendidos en el riachuelo Coroccohuayco por el tránsito de vehículos en las zonas de hallazgo, así como tampoco la afectación al ambiente.

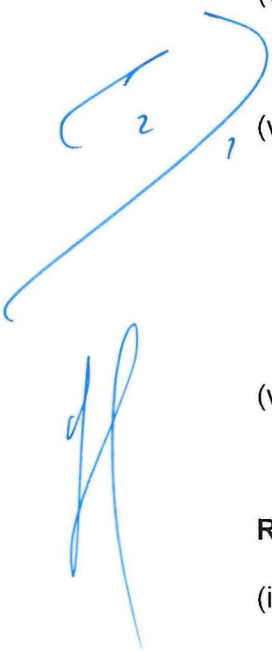
¹² Folios 126 a 144.

¹³ Folios 151 a 155. Cabe agregar que dicho acto fue debidamente notificado al administrado el 22 de setiembre de 2017 (Folio 156)

¹⁴ Presentado mediante escrito con registro N° 073983 el 10 de octubre de 2017 (Folios 158 a 169).

- (ii) El ITA señala que la presencia de badenes en los puntos de hallazgo son inexistentes, lo cual no es cierto.
- (iii) Los resultados de los parámetros STT del año 2014 pudieron haber sido influenciados por el paso de animales durante el periodo de lluvias.
- (iv) La ubicación de los puntos de obtención de muestras para la medición de la calidad hidrobiológica (Índice Biótico de Hilsenhoff) del riachuelo del Proyecto Coroccohuayco, se encuentran evaluados y aprobados en el EIAAsd, razón por la cual no deben ser invalidados.
- (v) No se ha demostrado que los resultados de calidad hidrobiológica (índice Biótico de Hilsenhoff) presentados con fecha posterior a la supervisión 2014 y la cadena de custodia de la muestra tomada en el punto COR-01 el 15 de diciembre de 2014, hayan variado en el tiempo, razón por la cual no deben ser invalidados.

Respecto de la infracción N° 2 del Cuadro N° 1 de la presente resolución

- 
- (vi) En aplicación de lo establecido en el TUO de la LPAG, correspondía a la autoridad encauzar de oficio su recurso de reconsideración como un recurso de apelación y evaluar los argumentos formulados en el mismo.
 - (vii) En el área adyacente a las plataformas en operación de sondaje TF1-002 y TF1-003 se tenía implementado un canal con dren francés o filtrante (no visible en la parte superficial), consistente en zanjas poco profundas rellenas de material granular, el cual capta y filtra las aguas de escorrentía de superficies impermeables contiguas, con el fin de transportarla al curso de agua más cercano y evitar que se mezclen con sustancia de la plataforma y se transporten sedimentos.
 - (viii) No se ha demostrado la afectación del ambiente, siendo que actualmente la zona donde se ubicaban las plataformas en operación de sondaje se encuentran revegetadas.

Respecto de la declaración de reincidencia

- (ix) No se habría configurado la reincidencia al no ser responsable de las infracciones que le fueron imputadas.

II. COMPETENCIA

15. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente (en adelante, **Decreto Legislativo N° 1013**)¹⁵, se crea el OEFA.

¹⁵ DECRETO LEGISLATIVO N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente, publicado en el diario oficial El Peruano el 14 de mayo de 2008.

16. Según lo establecido en los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, modificada por la Ley N° 30011¹⁶ (en adelante, **Ley N° 29325**), 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.
17. Asimismo, en la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325, se 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 OEFA¹⁷.
18. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM¹⁸, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción

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.

¹⁶ **LEY N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental**, publicada en el diario oficial El Peruano el 5 de marzo de 2009, modificada por la Ley N° 30011, publicada en el diario oficial El Peruano el 26 de abril de 2013. (...)

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: (...)

- c) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables y la de imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones y compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental, de las normas ambientales, compromisos ambientales de contratos de concesión y de los mandatos o disposiciones emitidos por el OEFA, en concordancia con lo establecido en el artículo 17. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas cautelares y correctivas.

¹⁷ **LEY N° 29325.**

Disposiciones Complementarias Finales

Primera. 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 OEFA, así como el cronograma para la transferencia del respectivo acervo documentario, personal, bienes y recursos, de cada una de las entidades.

¹⁸ **DECRETO SUPREMO N° 001-2010-MINAM**, que aprueba el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Osinergmin al OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 21 de enero de 2010.

Artículo 1°.- Inicio del proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Osinergmin al OEFA

Apruébese el inicio del proceso de transferencia de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – Osinergmin, al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA.

ambiental del Osinergmin¹⁹ al OEFA, y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de julio de 2010²⁰, se estableció que el OEFA asumiría las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería desde el 22 de julio de 2010.

19. Por otro lado, el artículo 10° de la Ley N° 29325²¹, y los artículos 19° y 20° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2017-MINAM²², disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental (en adelante, TFA) es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA, en materias de su competencia.

III. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL AMBIENTE

20. Previamente al planteamiento de las cuestiones controvertidas, esta Sala considera importante resaltar que el ambiente es el ámbito donde se desarrolla la vida y comprende elementos naturales, vivientes e inanimados, sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados que

¹⁹ LEY N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinerg, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de enero de 2007.

Artículo 18°.- Referencia al Osinerg

A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, toda mención que se haga al OSINERG en el texto de leyes o normas de rango inferior debe entenderse que está referida al OSINERGMIN.

²⁰ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 003-2010-OEFA/CD, que aprueba los aspectos objeto de la transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería entre el Osinergmin y el OEFA.

Artículo 2°.- Determinar que la fecha en que el OEFA asumirá las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería, transferidas del OSINERGMIN será el 22 de julio de 2010.

²¹ LEY N° 29325.

Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

10.1 El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) cuenta con un Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) que ejerce funciones como última instancia administrativa. Lo resuelto por el TFA es de obligatorio cumplimiento y constituye precedente vinculante en materia ambiental, siempre que esta circunstancia se señale en la misma resolución, en cuyo caso debe ser publicada de acuerdo a ley.

²² DECRETO SUPREMO N° 013-2017-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 21 de diciembre de 2017.

Artículo 19°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

19.1 El Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano resolutorio que ejerce funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA, cuenta con autonomía en el ejercicio de sus funciones en la emisión de sus resoluciones y pronunciamiento; y está integrado por Salas Especializadas en los asuntos de competencia del OEFA. Las resoluciones del Tribunal son de obligatorio cumplimiento y constituyen precedente vinculante en materia ambiental, siempre que esta circunstancia se señale en la misma resolución, en cuyo caso deberán ser publicadas de acuerdo a Ley.

19.2 La conformación y funcionamiento de la Salas del Tribunal de Fiscalización Ambiental es regulada mediante Resolución del Consejo Directivo del OEFA.

Artículo 20°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

El Tribunal de Fiscalización Ambiental tiene las siguientes funciones:

- Conocer y resolver en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación interpuestos contra los actos administrativos impugnables emitidos por los órganos de línea del OEFA.
- Proponer a la Presidencia del Consejo Directivo mejoras a la normativa ambiental, dentro del ámbito de su competencia.
- Emitir precedentes vinculantes que interpreten de modo expreso el sentido y alcance de las normas de competencia del OEFA, cuando corresponda.
- Ejercer las demás funciones que establece la normativa vigente sobre la materia.

influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivos (plantas, animales y microorganismos)²³.

21. En esa misma línea, en el numeral 2.3 del artículo 2° de la LGA²⁴, se 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.
22. En esa situación, cuando las sociedades pierden su armonía con el entorno y perciben su degradación, surge el ambiente como un bien jurídico protegido. En ese contexto, cada Estado define cuánta protección otorga al ambiente y a los recursos naturales, pues el resultado de proteger tales bienes incide en el nivel de calidad de vida de las personas.
23. En el sistema jurídico nacional, el primer nivel de protección al ambiente es formal y viene dado por elevar a rango constitucional las normas que tutelan bienes ambientales, lo cual ha dado origen al reconocimiento de una "Constitución Ecológica" dentro de la Constitución Política del Perú que fija las relaciones entre el individuo, la sociedad y el ambiente²⁵.
24. El segundo nivel de protección al ambiente es material y viene dado por su consideración como: (i) principio jurídico que irradia todo el ordenamiento jurídico; (ii) derecho fundamental²⁶, cuyo contenido esencial lo integra el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, y el derecho a que dicho ambiente se preserve²⁷; y, (iii) conjunto de

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-AI/TC. Fundamento jurídico 27.

²⁴ LEY N° 28611, Ley General del Ambiente, publicada en el diario oficial El Peruano el 15 de octubre de 2005.

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.

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC. Fundamento jurídico 33.

²⁶ **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.

²⁷ Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 4, ha señalado lo siguiente:

"En su primera manifestación, comporta la facultad de las personas de disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y sustantiva. La intervención del ser humano no debe suponer, en consecuencia, una alteración sustantiva de la indicada interrelación. (...) Sobre el segundo acápite (...) entraña obligaciones ineludibles para los poderes públicos de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute."

obligaciones impuestas a autoridades y particulares en su calidad de contribuyentes sociales²⁸.

25. Cabe destacar que en su dimensión como conjunto de obligaciones, 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 ambiente. Tales medidas se encuentran contempladas en el marco jurídico que regula la protección del ambiente y en los respectivos instrumentos de gestión ambiental.
26. Sobre la base de este sustento constitucional, el Estado hace efectiva la protección al ambiente, frente al incumplimiento de la normativa ambiental, a través del ejercicio de la potestad sancionadora en el marco de un debido procedimiento administrativo, así como mediante la aplicación de tres grandes grupos de medidas: (i) medidas de reparación frente a daños ya producidos; (ii) medidas de prevención frente a riesgos conocidos antes que se produzcan; y, (iii) medidas de precaución frente a amenazas de daños desconocidos e inciertos²⁹.
27. Bajo dicho marco normativo que tutela el ambiente adecuado y su preservación, este Tribunal interpretará las disposiciones generales y específicas en materia ambiental, así como las obligaciones de los particulares vinculadas a la tramitación del procedimiento administrativo sancionador.

IV. CUESTIÓN PREVIA

29. En el artículo 217° del la LPAG Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General³⁰ (en adelante, **TUO de la LPAG**) se señala que el recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación, debiéndose sustentar en nueva prueba.

Evidentemente, tal obligación alcanza también a los particulares”.

²⁸ Sobre la triple dimensión de la protección al ambiente se puede revisar la Sentencia T-760/07 de la Corte Constitucional de Colombia, así como la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC.

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03048-2007-PA/TC. Fundamento jurídico 9.

³⁰ Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, publicado el 20 de marzo de 2017, que incluye las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 1272, publicado el 21 de diciembre de 2016, así como también las modificaciones realizadas por el Decreto Legislativo N° 1029, publicado el 24 de junio de 2008, entre otras.

TUO DE LA LPAG

Artículo 217.- Recurso de reconsideración

El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación.

30. En esa línea, en el literal c) del artículo 6° del Texto Único Ordenado del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador, aprobado por la Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 045-2015-OEFA/PCD, se establece que la Autoridad Decisora será el órgano competente para resolver el recurso de reconsideración interpuesto contra sus resoluciones³¹.
31. En el presente caso, mediante la Resolución Directoral N° 1016-2017-OEFA/DFSAI, la DFSAI determinó que el administrado solo había presentado nueva prueba respecto a la conducta infractora N° 1 del Cuadro N° 1 de la presente resolución, por lo que se avocó al conocimiento del fondo de la cuestión controvertida, y declaró infundado el recurso de reconsideración en dicho extremo.
32. Por otro lado, respecto del extremo referido a la conducta infractora N° 2 del Cuadro N° 1 de la presente resolución, la DFSAI consideró que Antapaccay no había cumplido con presentar nueva prueba que pueda ser valorada, por lo que declaró improcedente el recurso en el mencionado extremo.
33. Al respecto, debe indicarse que, la primera instancia administrativa debió tomar en cuenta el criterio para la procedencia del recurso de reconsideración establecido por el Tribunal de Fiscalización Ambiental en la Resolución N° 030-2014-OEFA/TFA-SE1 del 5 de agosto de 2014³² la cual señala lo siguiente:

“39. A partir del análisis de los medios probatorios aportados, la DFSAI determinó que la administrada solo había presentado nueva prueba respecto a la imputación referencia a que la cantera norte no cuenta con sistema de control de escorrentías y control de sedimentos, los que discurren hacia las lagunas ubicadas aguas abajo (Infracción N° 5). Por tanto, declaró improcedente el recurso de reconsideración en cuanto a las otras imputaciones (Infracciones N°s 1, 2, 3 y 4), pues consideró que (...) [la administrada] no presentó nueva prueba respecto a las mismas.

40. Sobre el particular, corresponde indicar que la exigencia de nueva prueba para interponer un recurso de reconsideración está referida a la presentación de un nuevo medio probatorio, que justifique la revisión del análisis ya efectuado acerca de alguno de los puntos materia de controversia.

41. Conforme a ello, para determinar la procedencia de un recurso de reconsideración y su consecuente evaluación por parte de la Autoridad Decisora, no se requiere la presentación de una nueva prueba que desvirtúe para cada uno de los extremos del acto administrativo impugnado, sino que basta que se presente nueva prueba, pues la ley no exige la presentación de nuevas pruebas para la procedencia de cada uno de

³¹ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 045-2015-OEFA/PCD, que aprobó el Texto Único Ordenado del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador, publicado en el diario oficial El Peruano el 7 de abril de 2015.

Artículo 6°.- De las autoridades involucradas en el procedimiento administrativo sancionador

Las autoridades involucradas en el procedimiento administrativo sancionador son las siguientes: (...)

c) Autoridad Decisora: Es el órgano competente para imponer sanciones y medidas correctivas, así como para resolver el recurso de reconsideración interpuesto contra sus resoluciones.

³² El Tribunal de Fiscalización Ambiental ha reiterado dicho criterio en las Resoluciones N°s 055-2014-OEFA/TFA del 27 de marzo de 2014, 007-2017-OEFA/TFA-SMEPIM del 27 de abril de 2017, 008-2017-OEFA/TFA-SMEPIM del 23 de mayo de 2017 y 033-2017-OEFA/TFA-SMEPIM del 22 de agosto de 2017.

los extremos de la impugnación, sino del medio impugnatorio en general. La ausencia o impertinencia de las nuevas pruebas para cada extremo de la impugnación incidirá en el sentido de la decisión final (fundado o infundado), mas no en la procedencia del recurso de reconsideración (...). (Énfasis agregado)

34. De esta manera, la ausencia o impertinencia de las nuevas pruebas para cada extremo de la impugnación incidirá en el sentido de la decisión final (fundado o infundado), más no en la procedencia del recurso de reconsideración.
35. En el presente caso, esta sala considera que la interpretación efectuada por la primera instancia, a efectos de resolver la cuestión controvertida planteada ante ella no se condice con el contenido de la citada resolución, que constituye fuente de derecho, de acuerdo a lo establecido en el numeral 2.7 del artículo V del Título Preliminar del TUO de la LPAG³³.
36. En ese sentido, este colegiado ratifica los alcances de los considerandos 40 y 41 de la Resolución N° 030-2014-OEFA/TFA-SE1, por lo que –de conformidad a lo dispuesto en el numeral 6.3 del artículo 6° del TUO de la LPAG³⁴–, se concluye que no corresponde declarar la nulidad de la Resolución Directoral N°1016-2017-OEFA/DFSAI, respecto del extremo referido a la conducta infractora N°2 del Cuadro N° 1 de la presente resolución.
37. No obstante lo indicado, y en aplicación del criterio jurisprudencial citado en los considerandos precedentes, esta sala considera que la DFSAI no debió declarar improcedente el recurso de reconsideración interpuesto por Antapaccay en el extremo referido a la conducta infractora N° 2 del Cuadro N° 1 de la presente resolución, sino, por el contrario, analizar los medios probatorios y los argumentos ofrecidos por el administrado.
38. Atendiendo a que esta sala cuenta con los elementos suficientes para emitir un pronunciamiento respecto de los argumentos expuestos por el administrado, se procederá a la evaluación de la referida conducta infractora.
39. En consecuencia, corresponde revocar la resolución apelada en cuanto declaró improcedente el recurso de reconsideración, respecto del extremo

³³ TUO DE LA LPAG.

Artículo V.- Fuentes del procedimiento administrativo (...)

2. Son fuentes del procedimiento administrativo: (...)

2.7 La jurisprudencia proveniente de las autoridades jurisdiccionales que interpreten disposiciones administrativas.

³⁴ TUO DE LA LPAG.

Artículo 6.- Motivación del acto administrativo (...)

6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

No constituye causal de nulidad el hecho de que el superior jerárquico de la autoridad que emitió el acto que se impugna tenga una apreciación distinta respecto de la valoración de los medios probatorios o de la aplicación o interpretación del derecho contenida en dicho acto. Dicha apreciación distinta debe conducir a estimar parcial o totalmente el recurso presentado contra el acto impugnado.

referido a la conducta infractora N° 2 del Cuadro N° 1 de la presente resolución.

40. Finalmente, en atención a las consideraciones antes expuestas, carece de objeto emitir pronunciamiento respecto del argumento del administrado referido a que correspondía a la autoridad encauzar de oficio su recurso de reconsideración como un recurso de apelación.

V. CUESTIONES CONTROVERTIDAS

41. Las cuestiones controvertidas a resolver en el presente caso son:

- (i) Si correspondía declarar la existencia de responsabilidad administrativa de Antapaccay por la comisión de la conducta infractora N° 1 del cuadro N° 1 de la presente resolución.
- (ii) Si correspondía declarar la existencia de responsabilidad administrativa de Antapaccay por la comisión de la conducta infractora N° 2 del cuadro N° 1 de la presente resolución.
- (iii) Si correspondía declarar reincidente a Antapaccay por el incumplimiento del literal a) del numeral 7.2 del artículo 7° del RAAEM.

VI. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

VI.1. Si correspondía declarar la existencia de responsabilidad administrativa de Antapaccay por la comisión de la conducta infractora N° 1 del cuadro N° 1 de la presente resolución.

42. Previamente al análisis de los argumentos expuestos por el administrado en su recurso de apelación, esta sala considera importante exponer el marco normativo que regula el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los administrados en su instrumento de gestión ambiental y los criterios sentados por este colegiado respecto al cumplimiento de los compromisos asumidos en instrumentos de gestión ambiental.

43. Sobre el particular, debe mencionarse que de acuerdo con lo establecido en los artículos 16°, 17° y 18° de la Ley N° 28611, los instrumentos de gestión ambiental incorporan aquellos programas y compromisos que, con carácter obligatorio, tienen como propósito evitar o reducir a niveles tolerables el impacto al medio ambiente generado por las actividades productivas a ser realizadas por los administrados³⁵.

³⁵

LEY N° 28611.

Artículo 16°.- De los instrumentos

16.1 Los instrumentos de gestión ambiental son mecanismos orientados a la ejecución de la política ambiental, sobre la base de los principios establecidos en la presente Ley, y en lo señalado en sus normas complementarias y reglamentarias.

16.2 Constituyen medios operativos que son diseñados, normados y aplicados con carácter funcional o complementario, para efectivizar el cumplimiento de la Política Nacional Ambiental y las normas ambientales que rigen en el país.

44. Adicionalmente, el artículo 15° de la Ley N° 27446 dispone que el OEFA es el responsable del seguimiento y supervisión de las medidas establecidas en la evaluación ambiental estratégica, con lo cual será el encargado de verificar el cumplimiento de los compromisos ambientales.
45. Cabe agregar que, una vez aprobados los instrumentos de gestión ambiental por la autoridad competente y, por ende, obtenida la certificación ambiental, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29³⁶ y en el artículo 55° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, es responsabilidad del titular de la actividad cumplir con todas las medidas, compromisos y obligaciones contenidos en ellos para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, compensar y manejar los impactos ambientales señalados en dicho instrumento y con aquellas que se deriven de otras partes de dichos instrumentos que quedan incorporados a los mismos.
46. En este orden de ideas y, tal como este tribunal lo ha señalado anteriormente³⁷, debe entenderse que los compromisos asumidos en los instrumentos de gestión ambiental son de obligatorio cumplimiento, razón por la cual deben ser efectuados conforme fueron aprobados por la autoridad de certificación ambiental. Ello es así, toda vez que se encuentran orientados a prevenir o revertir en forma progresiva, según sea el caso, la generación y el impacto negativo al ambiente que puedan ocasionar las actividades productivas.

Artículo 17°.- De los tipos de instrumentos

- 17.1 Los instrumentos de gestión ambiental podrán ser de planificación, promoción, prevención, control, corrección, información, financiamiento, participación, fiscalización, entre otros, rigiéndose por sus normas legales respectivas y los principios contenidos en la presente Ley.
- 17.2 Se entiende que constituyen instrumentos de gestión ambiental, los sistemas de gestión ambiental, nacional, sectoriales, regionales o locales; el ordenamiento territorial ambiental; la evaluación del impacto ambiental; los Planes de Cierre; los Planes de Contingencias; los estándares nacionales de calidad ambiental; la certificación ambiental, las garantías ambientales; los sistemas de información ambiental; los instrumentos económicos, la contabilidad ambiental, estrategias, planes y programas de prevención, adecuación, control y remediación; los mecanismos de participación ciudadana; los planes integrales de gestión de residuos; los instrumentos orientados a conservar los recursos naturales; los instrumentos de fiscalización ambiental y sanción; la clasificación de especies, vedas y áreas de protección y conservación; y, en general, todos aquellos orientados al cumplimiento de los objetivos señalados en el artículo precedente.
- 17.3 El Estado debe asegurar la coherencia y la complementariedad en el diseño y aplicación de los instrumento de gestión ambiental.

Artículo 18°.- Del cumplimiento de los instrumentos

En el diseño y aplicación de los instrumentos de gestión ambiental se incorporan los mecanismos para asegurar su cumplimiento incluyendo, entre otros, los plazos y el cronograma de inversiones ambientales, así como los demás programas y compromisos.

³⁶ DECRETO SUPREMO N° 019-2009-MINAM, Reglamento del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, publicado en el diario oficial El Peruano el 25 de setiembre de 2009.

Artículo 29°.- Medidas, compromisos y obligaciones del titular del proyecto

Todas las medidas, compromisos y obligaciones exigibles al titular deben ser incluidos en el plan correspondiente del estudio ambiental sujeto a la Certificación Ambiental. Sin perjuicio de ello, son exigibles durante la fiscalización todas las demás obligaciones que se pueden derivar de otra parte de dicho estudio, las cuales deben ser incorporadas en los planes indicados en la siguiente actualización del estudio ambiental.

³⁷ Al respecto, se pueden citar las Resoluciones N° 016-2017-OEFA/TFA-SEPIM, N° 018-2017-OEFA/TFA-SEPIM, N° 024-2017-OEFA/TFA-SEPIM, N° 028-2017-OEFA/TFA-SEPIM, N° 036-2017-OEFA/TFA-SEPIM, N° 062-2017-OEFA/TFA-SEPIM, entre otras.

47. Sobre el particular, de la revisión del EIASd Corocchohuayco se advierte que Antapaccay se comprometió a lo siguiente:

"7. PLAN DE MANEJO AMBIENTAL (...)

E. Manejo y Protección de los Cuerpos de Agua Superficial y Subterránea. (...)

- Las quebradas y otros cauces naturales, serán transitados sobre superficies o badenes de rocas." (Énfasis nuestro)

48. De igual manera, el Segundo Informe Técnico Sustentatorio del EIASd Corocchohuayco también señala que Antapaccay se comprometió a la construcción de badenes:

8.0 PLAN DE MANEJO AMBIENTAL (...)

8.5. Manejo y Protección de los Cuerpos de Agua Superficial y Subterráneo

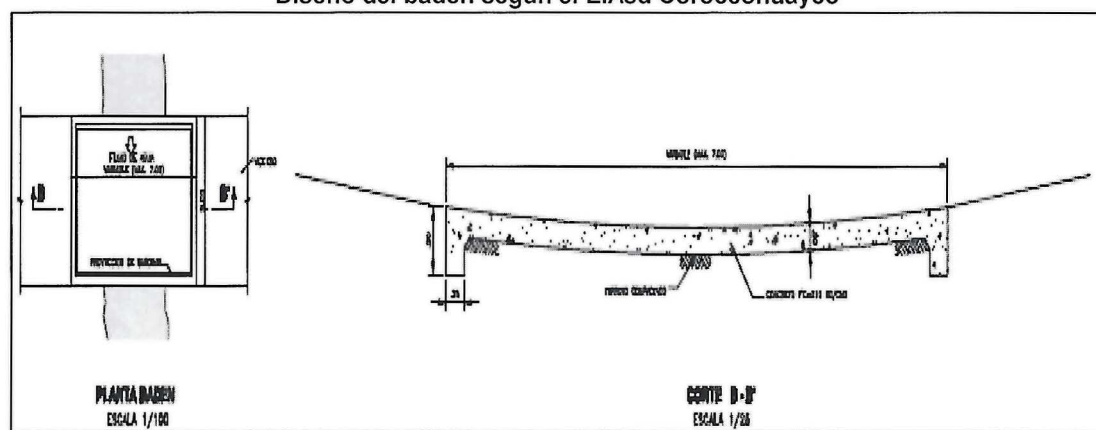
Las medidas de protección de agua superficial que circulan por las quebradas del área del proyecto comprenderán básicamente lo siguiente:(...)

- Las quebradas y otros cauces naturales, serán transitados sobre superficies o badenes de rocas. (Énfasis nuestro)

49. De los Instrumentos de Gestión Ambiental antes indicados, se advierte que la construcción de badenes forma parte de las medidas del Plan de Manejo Ambiental del EIASd Corocchohuayco. Cabe agregar que de una lectura acorde al instrumento de gestión ambiental, la construcción de badenes tiene como finalidad la protección de las aguas superficiales que circulan por las quebradas del área del proyecto, de la erosión del fondo de su cauce.

50. En ese sentido, Antapaccay no solo se encontraba obligado a construir los badenes sino también a garantizar el buen estado de los mismos – realizando el mantenimiento necesario – para preservar su estructura original y pueda cumplir con el Plan de Manejo Ambiental del EIASd Corocchohuayco.

Diseño del badén según el EIASd Corocchohuayco



Fuente: EIASd Corocchohuayco

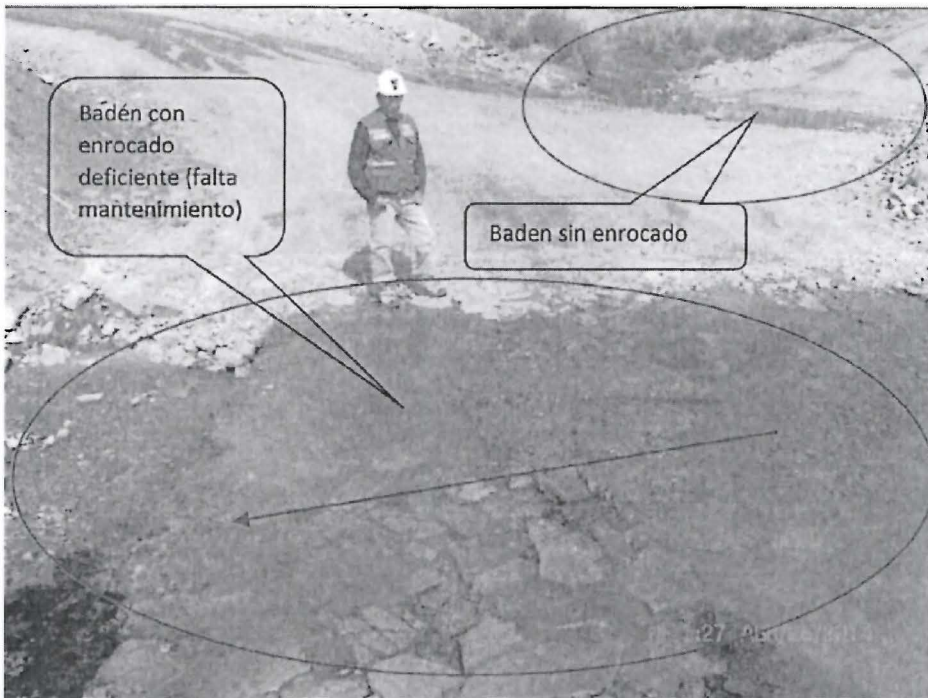
51. No obstante ello, durante la Supervisión Regular 2014 se verificó que Antapaccay no cumplió con realizar el mantenimiento de los badenes en el

acceso que cruza el riachuelo Coroccohuayco, conforme fue consignado en el Acta de Supervisión Directa³⁸ que se detalla a continuación:

"HALLAZGO N° 3:

En un tramo del cauce riachuelo Coroccohuayco (coordenadas UTM WGS 84 N-8 354 147, E-257 076), se observó dos (02) badenes en donde el paso de los vehículos genera sólidos suspendidos en el agua".

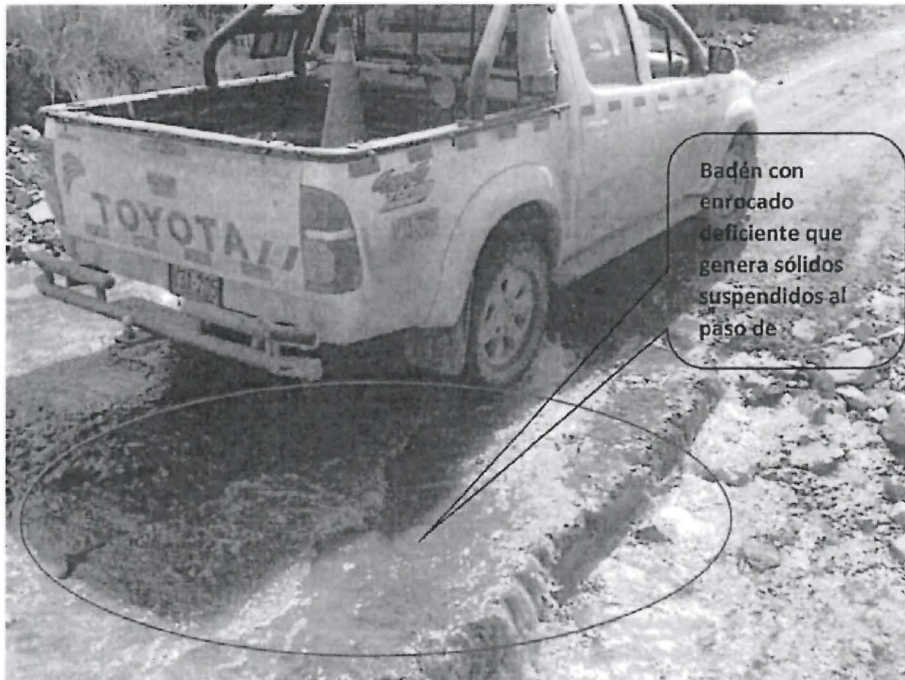
52. Dicho hallazgo se evidencia con las fotografías N° 46 y 47 del Informe de Supervisión³⁹, las cuales se muestran a continuación:



Fotografía N° 46.- Hallazgo N° 3: Supervisor del OEFA en el tramo del cauce del riachuelo Coroccohuayco, (coordenadas UTM WGS 84 N-8 345 157, E-257 076), donde se observó 2 badenes como lo indican los círculos rojos que al paso de vehículos genera sólidos suspendidos en el agua.

³⁸ Página 51 del Informe de Supervisión N° 339-2014-OEFA/DS-MIN, el cual obra en el expediente en un (CD), folio 07.

³⁹ Páginas 105, 107 y 109 del Informe de Supervisión, el cual obra en el expediente en un (CD), folio 11.



Fotografía N° 47.- Hallazgo N° 3: Otra vista del badén deficiente en el cauce del riachuelo Coroccohuayco, (coordenadas UTM WGS 84 N-8 345 157, E-257 076), donde se observó que al paso de vehículos genera sólidos suspendidos en el agua.

53. En consecuencia, se verifica que el administrado no cumplió con realizar el mantenimiento de badenes en el acceso que cruza el riachuelo Coroccohuayco, incumpliendo con la finalidad de las medidas de manejo y protección de cuerpos de agua superficial prevista en su instrumento de gestión ambiental.
54. Ahora bien, en su recurso de apelación, el administrado señaló que no se habría demostrado la generación de sólidos suspendidos en el riachuelo Coroccohuayco, así como tampoco la afectación al ambiente. A fin de acreditar lo alegado, solicitó que se valoren los resultados de los parámetros STT del histórico de muestras del año 2014, los resultados de calidad hidrobiológica (índice biótico de hilsenhoff) y la cadena de custodia de la muestra tomada en el punto COR-1.
55. Sobre el particular, en el numeral 2.2. del Rubro 2 del Cuadro de Tipificación de Sanciones aprobada mediante Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD, norma tipificadora del supuesto de hecho en que incurrió Antapaccay, se establece como hecho infractor el incumplimiento de lo establecido en el Instrumento de Gestión Ambiental, sin que se deba verificar la existencia de un daño efectivo en el ambiente para que se configure la infracción:
- Incumplir lo establecido en los instrumentos de Gestión Ambiental aprobados, generando un daño potencial a la flora o fauna. (Énfasis nuestro)*
56. Con relación a la generación de daño potencial al ambiente, resulta oportuno indicar que los badenes son estructuras que sirven de plataforma del camino

y de cauce para el paso del agua y de sus materiales de arrastre⁴⁰, en lugares donde un curso de agua atraviesa la carretera y no es posible construir un puente⁴¹. Su objetivo es minimizar el arrastre de sólidos en suspensión generados a consecuencia del tránsito de vehículos en los puntos de acceso que cruza el riachuelo de la quebrada Corocchohuayco.

57. En caso de no realizar el mantenimiento a los badenes, existe la potencialidad de incrementar el contenido de sólidos en suspensión durante el tránsito de vehículos, ocasionando la *“disminución del paso de energía solar en los cuerpos hídricos, debido a una menor actividad fotosintética, ocasionando depósitos sobre las plantas acuáticas, así como por sedimentación, con lo que favorece la aparición de condiciones anaeróbicas y dificulta la alimentación de los seres vivos acuáticos”*⁴².
58. El no haber realizado el administrado el mantenimiento de los badenes indicados en la Supervisión Regular 2014, resulta suficiente para que se configure infracción a la presente normativa ambiental, siendo irrelevante determinar la existencia o no de un daño efectivo al ambiente.
59. Cabe señalar que, los parámetros STT del histórico de muestras del año 2014, los resultados de calidad hidrobiológica (índice biótico de hilsenhoff) y la cadena de custodia de la muestra tomada en el punto COR-1, no resultan relevante para el análisis del presente caso al no estar relacionada con la infracción que le fue imputada.

40 RAMOS, Miguel “Experiencias y actividades en los servicios de gestión y Conservación por niveles de servicio de una carretera en el Perú”, Facultad de Ingeniería. Lima, Perú. p.77
Fecha de consulta: 26 de febrero de 2018

Disponible en:
https://pirhua.udel.edu.pe/bitstream/handle/11042/2017/MAS_ICIV-L_024.pdf?sequence=1&isAllowed=y

41 MENENDEZ, José “Mantenimiento Rutinario de Caminos con Microempresas Manual Técnico - Manual Técnico” Oficina Internacional del Trabajo Oficina Subregional para los Países Andinos. Primera Edición 2003. Lima, p. 30.

Fecha de consulta: 26 de febrero de 2018
Disponible: <http://www.ilo.org/public/spanish/employment/recon/eiip/download/mcramantec.pdf>

42 OROZCO Carmen [et-al] “Contaminación Ambiental - Una Visión desde la Química”. Primera Edición 2002, Editorial Paraninfo. pp. 66 - 67.

“Parámetros Generales Indicadores de Contaminación (...)

3.2.2. Turbidez y sólidos en suspensión (...)

Dentro de todos estos tipos de sustancias, la materia en suspensión es responsable de los siguientes efectos:

- *Produce color aparente en el agua.*
- *Disminuye el paso de energía solar, por lo que es responsable de una menor actividad fotosintética.*
- *Ocasiona depósitos sobre las plantas acuáticas y las branquias de los peces.*
- *Ocasiona depósitos por sedimentación, con lo que favorece la aparición de condiciones anaeróbicas y dificulta la alimentación de los seres vivos acuáticos.*

Las sustancias filtrables son las responsables de:

- *Aumentar la salinidad.*
- *Variar la solubilidad del oxígeno.*

Pueden inducir toxicidad por la presencia entre ellas de determinados compuestos (...)”

60. Por lo expuesto, corresponde desestimar lo alegado por Antapaccay en este extremo de su apelación.

VI.2 Si correspondía declarar la existencia de responsabilidad administrativa de Antapaccay por la comisión de la conducta infractora N° 2.

61. Sobre el particular, de la revisión del EIASd Corocchohuayco se advierte que Antapaccay se comprometió a lo siguiente:

"7. PLAN DE MANEJO AMBIENTAL

B. Control de aguas de escorrentía

Las aguas de escorrentía serán controladas en los siguientes componentes: (...)

▪ Plataformas: El control de escorrentías en las plataformas de perforación se realizará a través de los canales de drenaje (...)"

(Énfasis nuestro)

62. En atención a ello, de la revisión de la absolución a la Observación N° 15 del EIASd Corocchohuayco, se advierte que Antapaccay se comprometió a conducir el agua a través de las cunetas hacia el curso de agua más cercano:

Aspecto Hidrológico.-

OBSERVACIÓN N° 15

El titular no ha considerado la construcción de canales de coronación en las plataformas para evitar que el agua de escorrentía arrastre sedimentos y que éstos recarguen a la zona de trabajo. Tampoco ha considerado la construcción de elementos que eviten que el material suelto, arrastrado por la escorrentía, llegue hasta los cursos de agua. (...)

RESPUESTA

Para las plataformas se procederá: (...)

- **Construcción de canales** de derivación alrededor de las plataformas de perforación, para evitar que el agua de escorrentía ingrese a la zona de trabajo erosionando el suelo descubierto generado en la habilitación de las plataformas. El agua será conducida a través de las cunetas hacia el curso de agua más cercano que permita un flujo seguro. (...) (Énfasis nuestro)

63. De igual manera, el Segundo Informe Técnico Sustentatorio del EIASd Corocchohuayco señala lo siguiente:

"8. PLAN DE MANEJO AMBIENTAL (...)

8.2 Control de aguas de escorrentía

Las aguas de escorrentía serán controladas en los siguientes componentes:(...)

▪ Plataformas: El control de escorrentías en las plataformas de perforación se realizará a través de los canales de drenaje, construido alrededor de la plataforma.

Estos canales evitarán que el agua de escorrentía de lluvia se mezcle con cualquier sustancia de la plataforma e eviten transportar sedimentos a los cursos de agua."

(Énfasis nuestro)

64. De los Instrumentos de Gestión Ambiental antes indicados, se advierte que Antapaccay se encontraba obligada a construir canales de derivación alrededor de las plataformas de perforación y derivar el agua de las cunetas hacia el curso de agua más cercano.

65. No obstante ello, durante la Supervisión Regular 2014, se verificó que Antapaccay no cumplió con implementar un canal o cuneta que derive las

aguas de escorrentía hacia un curso de agua más cercano, conforme fue consignado en el Informe de Supervisión Directa⁴³ que se detalla a continuación:

“VIII. HALLAZGOS
(...)

<p>Hallazgo N° 04 (gabinete): En la plataforma contigua donde se ubican los sondajes TF1-002 y TF1-003 (Coordenadas UTM WGS 84 N-8 345 381, E-257 023), se verificó que la cuneta sin impermeabilización para derivación de escorrentías era descargado sobre el suelo en el área adyacente a la plataforma.</p>	<p>Sustento: - Álbum Fotográfico. - Informe N° 679-2010-MEM-AAM/JCV/MES/CMC/ACHM que sustenta la R.D. N° 233-2010-MEM/AAM</p>
<p>Análisis Técnico: El Informe de supervisión N° 339-2014-OEFA/DS-MIN, el presente hallazgo fue identificado como presunto incumplimiento por lo que en aplicación de la normativa vigente corresponde formular la medida correctiva respectiva</p>	

66. Lo expuesto por la autoridad supervisora se complementa con las fotografías N°s 42 y 43 contenidas en el Informe de Supervisión, en las cuales se verifica que la cuneta o canal para la derivación de escorrentía no conduce hasta al cuerpo de agua más cercano, tal como se muestran a continuación:



Fotografía N° 42.- Hallazgo 01 y 04: Supervisor del OEFA en la parte interior de la plataforma contigua a la Plataforma donde se ubican los sondajes TF1-002 y TF1-003 (coordenadas UTM WGS 84 N-8 345 381, E-257 023), se verificó que el canal para derivación de escorrentías no cuenta con poza de sedimentación (círculo rojo).

⁴³ Página 6 del Informe de Supervisión N° 035-2015-OEFA/DS-MIN, el cual obra en el expediente en un soporte magnético (CD), folio 07.



Fotografía N° 43.- HALLAZGO 01: Otra vista de la parte inferior de la plataforma contigua a la Plataforma donde se ubican los sondajes TF1-002 y TF1-003 (coordenadas UTM WGS 84 N-8 345 381, E-257 023). El canal de coronación para escorrentías en esta zona (flecha roja) no cuenta con poza de sedimentación al final.

67. En consecuencia, la DFSAI determino responsabilidad administrativa en tanto no cumplió con implementar en el área adyacente a la plataforma en operación con sondaje TF1-002 y TF1-003, un canal o cuneta que derive las aguas de escorrentía hacia un curso de agua más cercano, conforme a lo establecido en su instrumento de gestión ambiental.
68. Ahora bien, en su recurso de apelación, Antapaccay señaló que se tenía implementado un canal con dren francés o filtrante, consistente en zanjas poco profundas rellenos de material granular, el cual capta y filtra las aguas de escorrentía, con el fin de transportarlas a un canal y evitar que se mezclen con sustancias de la plataforma y se transporten sedimentos.
69. Sin embargo, de la revisión del expediente no se verifica que el administrado haya presentado medios probatorios que acrediten que contaba con dicho canal al momento de realizada la Supervisión Regular 2014. Por ello, debe desestimarse el argumento expuesto por el administrado en el presente extremo de su apelación.
70. De otro lado, Antapaccay alegó que no se habría demostrado la afectación al ambiente y que actualmente la zona donde se ubicaba las plataformas se encontraban revegetadas.
71. Al respecto, cabe precisar que conforme a lo desarrollado en los considerandos precedentes, el supuesto de hecho infractor que es materia de cuestionamiento en el presente procedimiento se configura con el incumplimiento de lo establecido en el instrumento de gestión ambiental, sin la necesidad de que se verifique la existencia de un daño efectivo en el ambiente.

72. Sin perjuicio de ello, cabe agregar que la falta de instalación de una cuneta o canal que derive las aguas de escorrentía hacia el cuerpo de agua más cercano, genera daño potencial al suelo y flora, debido a la posible erosión del suelo, consistente en la pérdida del material que lo constituye por arranque, transporte y posterior deposición, por acción del agua y el viento⁴⁴. Estos procesos causan la acumulación de capas de partículas finas de mineral y sedimentos⁴⁵.
73. De esta manera, en la Supervisión Regular 2014, se verificó que al no implementar el canal o cuneta ésta descargaba en el suelo, situación que resulta suficiente para que se configure infracción a la presente normativa ambiental, siendo irrelevante, por tanto, determinar la existencia o no de un daño efectivo al ambiente.
74. Por lo expuesto, corresponde desestimar lo alegado por Antapaccay en este extremo de su apelación.

VI.3 Si correspondía declarar reincidente a Antapaccay por el incumplimiento del literal a) del numeral 7.2 del artículo 7° del RAAEM.

75. De manera previa al análisis de los argumentos del administrado, corresponde señalar que la reincidencia es aquella circunstancia agravante, que encuentra como fundamento una mayor culpabilidad del sujeto infractor⁴⁶; y para su apreciación requiere que:

"(...) el infractor haya sido sancionado por resolución administrativa firme, que la firmeza exista al tiempo de cometerse la nueva infracción y que tal infracción sea de la misma naturaleza que la anterior, lo que supone que ambas protejan al mismo bien jurídico habiéndose producido una forma de ataque semejante (dolosa o culposa)"⁴⁷.

⁴⁴ BERMÚDEZ, Francisco & DÍAZ, Asunción "Erosión y desertificación: implicaciones ambientales y estrategias de investigación" (1998). Papeles de geografía, (28), p. 28.

EROSIÓN Y DESERTIFICACIÓN: IMPLICACIONES AMBIENTALES Y ESTRATEGIAS DE INVESTIGACIÓN (...)

La Erosión consiste en una pérdida de suelo, por arranque, transporte y posterior deposición del material que lo constituye, por la acción del agua y el viento. (...) Los procesos de erosión son causados por la interacción del suelo, las precipitaciones, la pendiente, la vegetación y los usos humanos.

Fecha de consulta: 26 de febrero de 2018.

Disponible: <http://revistas.um.es/geografia/article/view/45421/43461>

⁴⁵ Alianza Mundial de Derecho Ambiental "Guía para Evaluar EIA de Proyectos Mineros. Vista General de la Actividad Minera y sus Impactos". Primera Edición. 2010, p.10.

"Históricamente, los procesos de erosión y sedimentación han causado la acumulación de gruesas capas de partículas finas de mineral y sedimentos en las regiones inundables y la alteración del hábitat acuático, así como la pérdida de la capacidad de almacenamiento en las aguas superficiales"

Fecha de consulta: 26 de febrero de 2018

Disponible en: <https://www.elaw.org/files/mining-eia-guidebook/Capitulo%201.pdf>

⁴⁶ DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquín y otros. *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2009. p. 292.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 291.

76. Sobre la misma, el Tribunal Constitucional, desde una perspectiva penal, ha señalado, sobre la noción de reincidencia, que⁴⁸:

“17. (...) la reincidencia constituye una circunstancia específica en que se halla una persona a la que se le imputa la comisión de un delito que abre espacio para la valoración de sus conductas anteriores, con miras a determinar la graduación de las penas (...) Así, la reincidencia es una situación fáctica consistente en la comisión de un delito en un momento en el cual el actor ha experimentado, previamente, una sanción por la comisión de uno anterior (...).”

77. En ese sentido, corresponde indicar que la reincidencia es aquella conducta cometida por parte del administrado, por la cual este ha sido sancionado previamente bajo una resolución que se encuentra firme.

78. Cabe señalar que, originalmente en el literal c) del artículo 230° de la LPAG cometer dos veces la misma infracción era un criterio para la graduación de una sanción, conforme se presenta, a continuación:

“Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:(...)
c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción (...).”

79. A fin de poder determinar los efectos de dicha circunstancia agravante en materia ambiental, en el año 2013 se establecieron los Lineamientos en la reincidencia ambiental, con el objetivo de establecer los criterios que permitan a la DFSAI y al TFA –en este último caso, cuando corresponda– calificar como reincidentes a los infractores ambientales en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores⁴⁹.

80. Así, en los referidos lineamientos se establece que:

*“6. La reincidencia implica la comisión de una nueva infracción cuando el autor **ya ha sido sancionado por una infracción anterior.** (...)*

⁴⁸ Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0014-2006-PI/TC. Fundamento jurídico 17.

⁴⁹ **RESOLUCIÓN DE PRESIDENCIA DE CONSEJO DIRECTIVO N° 020-2013-OEFA/PCD, que aprobó los Lineamientos que establecen criterios para calificar como reincidentes a los infractores ambientales bajo el ámbito de competencia del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental**, publicada en el diario oficial El Peruano el 22 de febrero de 2013.

II. OBJETO

5. El objeto del presente documento es establecer los criterios que permitan a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos y al Tribunal de Fiscalización Ambiental calificar como reincidentes a los infractores ambientales en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores tramitados por el OEFA, para la graduación de la sanción ambiental correspondiente, así como para la incorporación del respectivo infractor reincidente en el Registro de Infractores Ambientales - RINA.

9. La reincidencia se configura cuando se comete una nueva infracción cuyo supuesto de hecho del tipo infractor es el mismo que el de la infracción anterior⁵⁰. (Énfasis nuestro)

81. Asimismo, cabe indicar que de acuerdo con en el numeral V de los Lineamientos en la reincidencia ambiental, se estableció que la reincidencia está conformada por los siguientes elementos: i) la existencia de una resolución consentida o que agote la vía administrativa; y ii) la reincidencia de las infracciones cometidas dentro de los cuatro (4) años anteriores⁵¹.
82. Sobre este punto, es pertinente indicar que, a través de sus decisiones, los órganos resolutivos del OEFA adoptaron el criterio conforme con los Lineamientos en la reincidencia ambiental, por el cual, la reincidencia se configuraba siempre que, dentro del plazo de cuatro (4) años existiera una resolución que declarara la responsabilidad por la comisión de una infracción sancionada en una resolución firme previa.
83. No obstante el mencionado criterio, cabe indicar que el 21 de diciembre de 2016 fue publicado en el diario oficial El Peruano el Decreto Legislativo N° 1272, a través del cual se modificó, entre otros, el principio de razonabilidad de la potestad sancionadora. Actualmente regulado, en el numeral 3 del artículo 246° del TUO de la LPAG, en el cual se establece lo siguiente:

“Artículo 246. Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)
3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación: (...)
e) **La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción”.** (Énfasis agregado)

⁵⁰ Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 020-2013-OEFA/PCD. (...)

III. CARACTERÍSTICAS

6. La reincidencia implica la comisión de una nueva infracción cuando el autor ya ha sido sancionado por una infracción anterior (...)

IV. DEFINICIÓN DE REINCIDENCIA

9. La reincidencia se configura cuando se comete una nueva infracción cuyo supuesto de hecho del tipo infractor es el mismo que el de la infracción anterior. (...)

⁵¹ Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 020-2013-OEFA/PCD.

V. ELEMENTOS

V.1 Resolución consentida o que agota la vía administrativa.-

10. Para que se configure la reincidencia en la comisión de infracciones administrativas resulta necesario que el antecedente infractor provenga de una resolución consentida o que agote la vía administrativa, es decir, firme en la vía administrativa (...)

V.2 Plazo.- (...)

Por tanto, para la configuración de la reincidencia se tendrá en cuenta las infracciones cometidas en los cuatro (4) años anteriores.

84. De tal modificación⁵², se desprende que, para la configuración de la reincidencia debe encontrarse firme o consentida la declaración de responsabilidad del administrado por la primera conducta infractora y la comisión de la segunda conducta infractora, vinculada a la misma norma sustantiva, debe acaecer en el plazo de un (1) año.
85. Sobre el particular, cabe indicar que el principio de irretroactividad contemplado en el artículo 103° de la Constitución Política del Perú⁵³, garantiza la aplicación del mandato establecido en la norma a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes desde la fecha de su entrada en vigencia.
86. Cabe destacar que dicho principio ha sido recogido en el numeral 5 del artículo 246° del TUO de la LPAG⁵⁴, en el cual se establece que las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción.
87. Del marco normativo expuesto, se desprende que existe una excepción que el sistema jurídico ha admitido en torno al principio de irretroactividad, en materia penal y administrativo sancionador, conocido como la retroactividad benigna.
88. La aplicación práctica de la retroactividad benigna en el ámbito del derecho administrativo sancionador implica que si luego de la comisión de un ilícito administrativo, según la norma preexistente, se produce una modificación

⁵² Sobre este punto, debe precisarse que de conformidad con el artículo 109° de la Constitución Política del Perú la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación salvo disposición contraria que postergue su vigencia.

Constitución Política del Perú de 1993.

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.

⁵³ **Constitución Política del Perú de 1993.**

Artículo 103°.- Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho

Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y **no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.** La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

A pesar de que la Constitución Política del Perú no hace alusión a la aplicación retroactiva de las normas sancionadoras en materia administrativa, el legislador consideró constitucionalmente admisible extender esta garantía al ámbito administrativo sancionador. De este modo, el principio de retroactividad benigna se encuentra incorporado en el principio de irretroactividad en materia administrativo-sancionadora contemplado en el numeral 5 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

⁵⁴ **TUO de la LPAG.**

Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

5.- Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.

normativa y la nueva norma establece una consecuencia más beneficiosa (destipificación o establecimiento de una sanción inferior) para el infractor, en comparación con la norma que estuvo vigente cuando se cometió la infracción, debe aplicarse retroactivamente la nueva norma, así no haya estado vigente al momento de la comisión del hecho ilícito o al momento de su calificación por la autoridad administrativa.

89. Conforme a lo sostenido por el profesor Nieto García, el fundamento de la retroactividad de las normas sancionadoras favorables es la igualdad, puesto que si luego de la comisión de la infracción, el ordenamiento jurídico considera suficiente una intervención menos gravosa sobre la persona que cometió la infracción, resulta injusto sancionar de distinta manera a quienes han cometido la misma infracción, bajo el fundamento de la seguridad jurídica⁵⁵.
90. En ese sentido, en atención a la modificación normativa de la LPAG sobre los alcances del principio de razonabilidad de la potestad sancionadora, es oportuno mencionar que en los pronunciamientos emitidos por este tribunal mediante las Resoluciones N° 003-2017-OEFA/TFA-SMEPIM y N° 004-2017-OEFA/TFA-SMEPIM se consideró el plazo de un (1) año establecido en el TULO de la LPAG para la configuración de la reincidencia.
91. Posteriormente, en la Resolución N° 080-2017-OEFA/TFA-SMEPIM del 30 de noviembre de 2017, este tribunal estimó pertinente analizar la reincidencia a partir de lo previsto en el TULO de la LPAG, esto es, la verificación de la comisión de la misma conducta infractora sancionada mediante una resolución firme en el plazo de un (1) año.
92. Ahora bien, esta sala considera pertinente establecer los elementos necesarios a fin de verificar la reincidencia en el marco de un procedimiento administrativo sancionador en el ámbito de competencia del OEFA, los cuales se señalan a continuación:
- i) El sujeto activo que incurre en la conducta infractora materia de evaluación por parte del OEFA, debe ser la persona natural o jurídica que, en el marco de un procedimiento sancionador, fue encontrado responsable por el incumplimiento de una obligación ambiental fiscalizable a su cargo, independientemente de la unidad y/o planta en la que fue detectado el hallazgo.
 - ii) Se requiere la identidad del supuesto de hecho del tipo infractor en ambos casos, esto es que constituyan conductas infractoras por el incumplimiento de la misma obligación ambiental fiscalizable.
 - iii) La existencia de una resolución que haya adquirido la condición de firmeza de manera previa a la comisión de la nueva infracción⁵⁶; y,

⁵⁵ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 5° Edición. Madrid: Tecnos, 2012, Reimpresión, 2017, p. 203.

⁵⁶ TULO de la LPAG.
Artículo 220.- Acto firme
Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a

iv) La comisión de la misma infracción computada en el plazo de un (1) año desde que adquiriera firmeza la resolución que sancionó la primera infracción.

93. En el presente caso, la DFSAI declaró la reincidencia de Antapaccay, toda vez que anteriormente fue hallada responsable por infringir el literal a) del numeral 7.2 del artículo 7° del RAAEM, de acuerdo con la siguiente resolución:

Cuadro N° 2: Infracciones cometidas previamente por Antapaccay

N°	Resolución que sanciona y/o atribuye responsabilidad	Resolución que confirma y/o declara firme y/o consentida la Resolución de primera instancia
1	Resolución Directoral N° 858-2015-OEFA/DFSAI del 28 de septiembre de 2015.	Resolución Directoral N° 1240-2015-OEFA/DFSAI del 29 de diciembre de 2015.

Elaboración: TFA

94. Antapaccay cuestionó dicha decisión en su escrito de apelación, por lo que esta sala debe determinar si correspondía la declaración de reincidencia del administrado, conforme se detalla a continuación:

Cuadro N° 3: Análisis de los elementos necesarios a fin de verificar la declaración de reincidencia

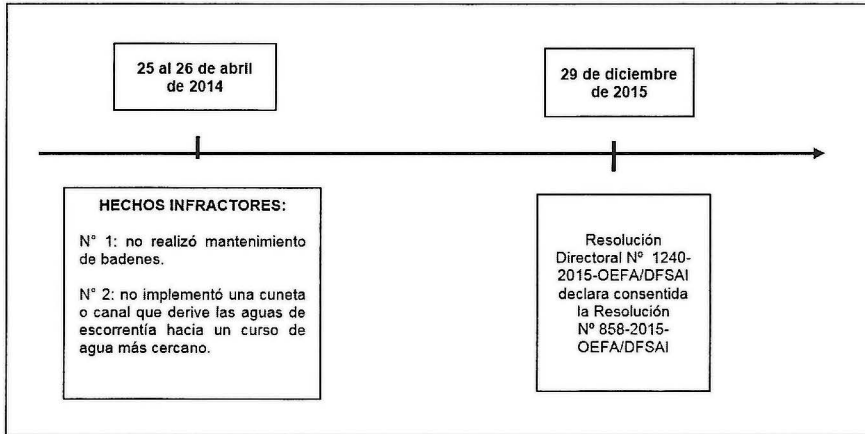
Elementos	Análisis del caso en concreto	Verificación
Sujeto activo	Antapaccay	Sí
Identidad del supuesto de hecho del tipo infractor	Literales a) del numeral 7.2 del artículo 7° del RAAEM	Sí
Resolución firme	Resolución Directoral N° 858-2015-OEFA/DFSAI fue declarada consentida el 29 de diciembre de 2015 , a través de la Resolución Directoral N° 1240-2015-OEFA/DFSAI.	Sí
Comisión de infracción en plazo de un (1) año	25 al 26 de abril de 2014 (fecha de supervisión), siendo que a dichas fechas no existía una resolución firme previa.	No

Elaboración: TFA

95. De la revisión de los elementos indicados en el considerando 92 de la presente resolución, esta sala advierte que la infracción reiterada no se encuentra dentro del supuesto de la reincidencia, puesto que cuando se cometió la misma no existía una resolución firme, tal como se muestra en el siguiente gráfico:

articularlos quedando firme el acto.

Cronología de los hechos evaluados para determinar la presunta reincidencia de la conducta infractora señalada en el literal a) del numeral 7.2 del artículo 7° del RAAEM



Elaboración: TFA

96. Del citado gráfico se advierte que la presunta infracción reiterada se configuró cuando no existía una resolución firme, por lo que no se verifica uno de los elementos necesarios para la declaración de reincidencia.
97. En atención a los hechos citados, esta sala concluye que no corresponde declarar reincidente a Antapaccay por el incumplimiento del literal a) del numeral 7.2 del artículo 7° del RAAEM, razón por la cual se revoca la declaración de reincidente de Antapaccay.
98. En atención a las consideraciones antes expuestas, carece de objeto emitir pronunciamiento respecto del argumento del administrado referido a que no se habría configurado la reincidencia al no ser responsable de las infracciones que le fueron imputadas.

De conformidad con lo dispuesto en el TUO de la LPAG; la Ley N° 29325; el Decreto Legislativo N° 1013; el Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA; y, la Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA.

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR el artículo 1° de la Resolución Directoral N° 1016-2017-OEFA/DFSAI del 1 de septiembre de 2017, que declaró improcedente el recurso de reconsideración interpuesto por Compañía Minera Antapaccay S.A. contra la Resolución Directoral N° 704-2017-OEFA/DFSAI, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución; quedando agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la Resolución Directoral N° 704-2017-OEFA/DFSAI del 26 de junio de 2017, en el extremo que declaró la existencia de responsabilidad administrativa de Compañía Minera Antapaccay S.A., respecto de la conducta

infractora N° 1 y 2 descrita en el Cuadro N° 1 de la presente resolución, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la misma, quedando agotada la vía administrativa.

TERCERO.- REVOCAR el artículo 6° de la Resolución Directoral N° 704-2017-OEFA/DFSAI del 26 de junio de 2017 que declaró reincidente a Compañía Minera Antapaccay S.A. por el incumplimiento del literal a) del numeral 7.2 del artículo 7° del Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM, y su inscripción en el Registro de Infractores Ambientales del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución; y, en consecuencia, **ARCHIVAR** el presente procedimiento administrativo sancionador en este extremo.

CUARTO.- Notificar la presente resolución a Compañía Minera Antapaccay S.A. y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA (ahora DFAI) para los fines correspondientes.

Regístrese y comuníquese.

.....
CÉSAR ABRAHAM NEYRA CRUZADO

Presidente

Sala Especializada en Minería, Energía, Pesquería
e Industria Manufacturera
Tribunal de Fiscalización Ambiental

.....
RAFAEL MAURICIO RAMÍREZ ARROYO

Vocal

Sala Especializada en Minería, Energía, Pesquería
e Industria Manufacturera
Tribunal de Fiscalización Ambiental

VOTO DISCREPANTE DEL VOCAL JAIME PEDRO DE LA PUENTE PARODI

Guardando el debido respeto por la opinión vertida en mayoría por mis colegas vocales, emito un voto discrepante respecto de la decisión adoptada en la Resolución N° 049-2018-OEFA/TFA-SMEPIM que confirma la Resolución Directoral N° 704-2017-OEFA/DFSAI del 26 de junio de 2017, en cuanto declaró la existencia de responsabilidad administrativa de Compañía Minera Antapaccay S.A., por no realizar el mantenimiento de badenes en el acceso que cruza el riachuelo Coroccohuayco, incumpliendo con la finalidad de las medidas de manejo y protección de cuerpos de agua superficial prevista en su instrumento de gestión ambiental; por los fundamentos que seguidamente expongo:

1. El artículo 17° de la Ley N° 29325 establece que constituyen infracciones administrativas bajo el ámbito de competencias del OEFA las siguientes conductas:
 - a) El incumplimiento de las obligaciones contenidas en la normativa ambiental.
 - b) El incumplimiento de las obligaciones a cargo de los administrados establecidas en los instrumentos de gestión ambiental señalados en la normativa ambiental vigente.**
 - c) El incumplimiento de los compromisos ambientales asumidos en contratos de concesión.
 - d) El incumplimiento de las medidas cautelares, preventivas o correctivas, así como de las disposiciones o mandatos emitidos por las instancias competentes del OEFA.
 - e) Otras que correspondan al ámbito de su competencia.
(Énfasis agregado)
2. Sobre el incumplimiento de las obligaciones contenidas en un instrumento de gestión ambiental, en las Resoluciones N°s 062-2017-OEFA/TFA-SMEPIM del 27 de octubre de 2017, N° 018-2017-OEFA/TFA-SMEPIM del 22 de junio de 2017, N° 015-2017-OEFA/TFA-SMEPIM del 8 de junio de 2017, N° 051-2016-OEFA/TFA-SEPIM del 24 de noviembre de 2016 y Resolución N° 037-2016-OEFA/TFA-SEPIM del 27 de setiembre de 2016, entre otras, se ha dejado sentado que los compromisos asumidos en los instrumentos de gestión ambiental son de obligatorio cumplimiento, razón por la cual deben ser efectuados conforme fueron aprobados por la autoridad de certificación ambiental. Ello es así, toda vez que se encuentran orientados a prevenir o revertir en forma progresiva, según sea el caso, la generación y el impacto negativo al ambiente que puedan ocasionar las actividades productivas.
3. Siguiendo con la línea jurisprudencial mencionada, se ha señalado que a efectos de verificar el incumplimiento de los compromisos ambientales lo que corresponde es identificar los compromisos relevantes, así como, las especificaciones contempladas para su cumplimiento, relacionados con el modo, forma y tiempo; y luego de ello, en todo caso, evaluar el compromiso desde la finalidad que se busca, la cual está orientada a la prevención de impactos negativos al ambiente.
4. El criterio jurisprudencial descrito es utilizado por el Tribunal de Fiscalización Ambiental con el objeto de contar con herramientas para establecer la obligación adoptada por el administrado ante la Autoridad Certificadora recurriendo a los elementos de modo, plazo y forma; y en caso de no ser suficiente ello para identificar la obligación, se debe evaluar el compromiso de acuerdo a la finalidad del instrumento de gestión ambiental. Ello debido a que los compromisos

ambientales asumidos muchas veces por el tiempo en que se aprobó el instrumento, porque coexisten varios instrumentos de gestión en el tiempo o por su propia redacción, tienen un grado de imprecisión que no se advierte de la literalidad del mismo.

5. En el caso concreto, de la revisión de los actuados se observa que la construcción de la imputación está viciada de nulidad debido a que la conducta infractora imputada, conforme a lo consignado en la Resolución Subdirectoral N° 416-2017-OEFA/DFSAL-SDI del 20 de marzo de 2017, referida a que *“El titular minero no realiza el mantenimiento de badenes en el acceso que cruza el riachuelo Coroccohuayco, incumpliendo la finalidad de las medidas de manejo y protección de cuerpos de agua superficial prevista en su instrumento de gestión ambiental”* carece de sostén probatorio y amparo legal.
6. En efecto, de las Fotografías N°s 42 y 46 que integran el Informe de Supervisión y por ende sustentan la imputación se observa la existencia de un badén¹ deficiente que al paso de los vehículos generan solidos suspendidos en el agua, más no es posible sostener que se incumple la finalidad de un instrumento de gestión ambiental.
7. Si bien los instrumentos de gestión tienen una naturaleza preventiva respecto de los impactos negativos que se puedan generar en el ambiente con el desarrollo de determinada actividad productiva, utilizar la finalidad como estándar para establecer un incumplimiento contraviene el principio de tipicidad sobre el cual se erige la potestad sancionadora de la Administración. Además, tal como se ha señalado, lo que constituye conducta infractora es el incumplimiento de las obligaciones a cargo de los administrados establecidas en los instrumentos de gestión ambiental señalados en la normativa ambiental vigente y no la finalidad de los mismos, sostener lo contrario importaría determinar la responsabilidad administrativa del administrado por contravenir algo que es inherente a un instrumento de gestión ambiental.
8. En esa línea, si se tiene en cuenta que el literal a) del numeral 7.2 del artículo 7.2 del artículo 7° del Reglamento Ambiental para las Actividades de Exploración Minera, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2008-EM establece que el titular minero debe ejecutar todas las medidas dispuestas en el estudio ambiental correspondiente, en los plazos y términos aprobados por la autoridad, no es posible imputar un incumplimiento de una finalidad de una medida de manejo y protección de cuerpos de agua superficial. El mismo razonamiento sirve para el numeral 2.2 del Rubro 2 de Cuadro de Tipificación de Infracciones y la Escaña de sanciones vinculadas con los Instrumentos de gestión ambiental y el desarrollo de actividades en Zonas Prohibidas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD, el cual señala que constituye infracción incumplir lo establecido en los Instrumentos de Gestión Ambiental aprobados, generando daño potencial a la flora o fauna y no incumplir con la finalidad de un instrumento de gestión.

⁵⁷ Cauce que se hace en una carretera para dar paso a un corto caudal de agua.

9. La resolución expedida en mayoría, siguiendo el razonamiento de la primera instancia el cual a su vez se sostiene en la Resolución Subdirectoral N° 416-2017-OEFA/DFSAI-SDI señala que a partir del EIA_{sd} Coroccohuayco se advierte que Compañía Minera Antapaccay S.A. se comprometió a lo siguiente:

"7. PLAN DE MANEJO AMBIENTAL (...)

E. Manejo y Protección de los Cuerpos de Agua Superficial y Subterránea. (...)

Las quebradas y otros cauces naturales, serán transitados sobre superficies o badenes de rocas. (Énfasis agregado)

10. Siguiendo con el análisis para identificar la obligación del instrumento ambiental, en la resolución aprobada en mayoría se consigna que el Segundo Informe Técnico Sustentatorio del EIA_{sd} Coroccohuayco también señala que Compañía Minera Antapaccay S.A. se comprometió a la construcción de badenes:

"8.0 PLAN DE MANEJO AMBIENTAL (...)

8.5. Manejo y Protección de los Cuerpos de Agua Superficial y Subterráneo

Las medidas de protección de agua superficial que circulan por las quebradas del área del proyecto comprenderán básicamente lo siguiente:(...)

- Las quebradas y otros cauces naturales, serán transitados sobre superficies o badenes de rocas. (Énfasis agregado)

11. Luego de establecer el compromiso ambiental incumplido se señala que de una lectura acorde al instrumento de gestión ambiental se indica que *"(...) la construcción de badenes tiene como finalidad la protección de las aguas superficiales que circulan por las quebradas del área del proyecto, de la erosión del fondo de su cauce."*

12. Y a partir de tales premisas relativas a los compromisos mencionados y la finalidad, la resolución aprobada en mayoría concluye señalando que *"(...) Antapaccay no solo se encontraba obligado a construir los badenes sino también a garantizar el buen estado de los mismos – realizando el mantenimiento necesario – para preservar su estructura original y pueda cumplir con el Plan de Manejo Ambiental del EIA_{sd} Coroccohuayco."*

13. Finalmente, la mayoría concluye señalando que se verifica que el administrado no cumplió con realizar el mantenimiento de badenes en el acceso que cruza el riachuelo Coroccohuayco, incumpliendo con la finalidad de las medidas de manejo y protección de cuerpos de agua superficial prevista en su instrumento de gestión ambiental. En mi opinión la lectura realizada de los compromisos ambientales no es correcta puesto que no fluye la obligación de construir un badén menos de mantenerlo operativo y en buen estado.

14. La postura esgrimida por la mayoría, que se sustentaría en el criterio del Tribunal de Fiscalización Ambiental, yerra al convalidar como conducta infractora el incumplimiento de la finalidad del instrumento de gestión ambiental, pues tal como se ha señalado dicha imputación no está soportada en pruebas ni respeta el principio de tipicidad.

15. Es pertinente señalar que lo mencionado no significa que no se pueda determinar el incumplimiento ambiental por no realizar el mantenimiento de los badenes como se ha verificado en la Supervisión Regular 2014, sino que para tal efecto debe recurrirse a las normas que hagan exigible el principio de prevención en la actividad minera y no desnaturalizar los alcances del instrumento de gestión ambiental.

En consecuencia, mi voto es porque se declare la nulidad de la Resolución Subdirectorial N° 416-2017-OEFA/DFSAI-SDI del 20 de marzo de 2017 y de Resolución Directoral N° 704-2017-OEFA/DFSAI del 26 de junio de 2017, mediante la cuales se imputó los cargos y se declaró la existencia de responsabilidad administrativa de Compañía Minera Antapaccay S.A., respectivamente.

.....
JAIME PEDRO DE LA PUENTE PARODI
Vocal
**Sala Especializada en Minería Energía, Pesquería
e Industria Manufacturera
Tribunal de Fiscalización Ambiental**