



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

RESOLUCIÓN N° 273-2019-OEFA/TFA-SMEPIM

EXPEDIENTE N° : 1005-2018-OEFA/DFAI/PAS
PROCEDENCIA : DIRECCIÓN DE FISCALIZACIÓN Y APLICACIÓN DE INCENTIVOS
ADMINISTRADO : SOCIEDAD MINERA EL BROCAL S.A.A.
SECTOR : MINERÍA
APELACIÓN : RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 3073-2018-OEFA/DFAI

SUMILLA: *Se confirma la Resolución Directoral N° 3073-2018-OEFA/DFAI del 30 de noviembre de 2018, en el extremo que declaró la existencia de responsabilidad administrativa de Sociedad Minera El Brocal S.A.A., por las conductas infractoras detallada en los numerales 1 y 3 del Cuadro N° 1 de la presente resolución, así como su correspondiente medida correctiva.*

Finalmente se revoca la Resolución Directoral N° 3073-2018-OEFA/DFAI del 30 de noviembre de 2018, en el extremo que declaró la existencia de responsabilidad administrativa de Sociedad Minera El Brocal S.A.A., por la conducta infractora detallada en el numeral 2 del Cuadro N° 1 de la presente resolución, así como su correspondiente medida correctiva.

Lima, 30 de mayo de 2019

I. ANTECEDENTES

1. Sociedad Minera El Brocal S.A.A.¹ (en adelante, **El Brocal**) es titular de la Unidad Fiscalizable San Gregorio (en adelante, **UF San Gregorio**), la cual está ubicada en el distrito de Simón Bolívar, Tinyahuarco y Vicco, provincia y departamento de Pasco.
2. La UF San Gregorio cuenta con los instrumentos de gestión ambiental siguientes:
 - a) Declaración de Impacto Ambiental de la UF San Gregorio (en adelante, **DIA San Gregorio**) aprobada según se indica en la Constancia de Aprobación Automática N° 005-2010-MEM/AAM del 2 de febrero de 2010, emitida por el Ministerio de Energía y Minas (**MINEM**).

¹ Registro Único de Contribuyente N° 20100017572

Kumb

- b) Estudio de Impacto Ambiental Semidetallado de la UF San Gregorio (en adelante, **EIA** San Gregorio), aprobado mediante Resolución Directoral N° 362-2010-MEM/AAM del 5 de noviembre de 2010, emitida por el MINEM.
3. Del 18 al 19 de junio de 2015, la Dirección de Supervisión (DS) del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) realizó una Supervisión Regular a la UF San Gregorio (en adelante, **Supervisión Regular 2015**), en la que se detectó presuntos incumplimientos de obligaciones ambientales que se registraron en el Acta de Supervisión Directa² del 19 de junio de 2015 (en adelante, **Acta de Supervisión**), en el Informe Preliminar de Supervisión Directa N° 389-2015-OEFA/DS-MIN³ del 9 de noviembre del 2015 (en adelante, **Informe Preliminar de Supervisión**) y en el Informe de Supervisión Directa N° 734-2016-OEFA/DS-MIN⁴ del 6 de mayo del 2016 (en adelante, **Informe de Supervisión**).
4. Sobre la base de lo antes expuesto, mediante la Resolución Subdirectoral N° 1131-2018-OEFA/DFAI/SFEM⁵ del 30 de abril de 2018, la Subdirección de Fiscalización en Energía y Minas (SFEM) de la Dirección de Fiscalización y Aplicación de Incentivos (DFAI) del OEFA inició un procedimiento administrativo sancionador contra El Brocal⁶.
5. El 06 de junio de 2018, El Brocal formuló sus descargos a la imputación efectuada mediante la Resolución Subdirectoral N° 1131-2018-OEFA/DFAI/SFEM⁷.
6. Posteriormente, la SFEM emitió el Informe Final de Instrucción N° 1323-2018-OEFA/DFAI/SFEM del 26 de julio de 2018⁸ (en adelante, IFI), respecto del cual el administrado presentó su escrito de descargos el 12 de setiembre de 2018⁹.
7. Luego de evaluar los descargos presentados por el administrado, mediante Resolución Directoral N° 3073-2018-OEFA/DFAI¹⁰ del 6 de diciembre de 2018, la DFAI declaró la existencia de responsabilidad administrativa de El Brocal¹¹ por la comisión de las siguientes conductas infractoras:

² Páginas 109 a la 112 del archivo digital "Informe de Supervisión" contenido en el CD obrante en el folio 13.

³ Páginas 90 a la 417 del archivo digital "Informe de Supervisión" contenido en el CD obrante en el folio 13.

⁴ Archivo digital contenido en el CD obrante en el folio 13.

⁵ Folios 14 al 16. Notificado el 9 de mayo de 2018 (folio 17).

⁶ Mediante Resolución Subdirectoral N° 1899-2018-OEFA/DFAI/SFEM del 26 de junio de 2018 se varió la imputación de cargos del hecho imputado N° 2 notificada con la Resolución Subdirectoral N° 422-2018-OEFA/DFAI/SFEM (folios 87 al 90). Notificada el 10 de julio de 2018 (folio 91)

⁷ Mediante escrito de registro N° 049730 (folios 19 al 24).

⁸ Folios 67 al 74.

⁹ Folios 77 al 93.

¹⁰ Folios 112 al 128. Notificado el 10 de diciembre de 2018 (folio 129).

¹¹ En virtud de lo dispuesto en el artículo 19° de la Ley N° 30230, Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país:

Cuadro N° 1: Detalle de las conductas infractoras

N°	Conducta infractora	Norma sustantiva	Norma tipificadora
1	El Brocal implementó pozas de sedimentación de lodos adicionales a las contempladas en su instrumento de gestión ambiental aprobado.	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 (RAAEM) ¹² , Artículo 24° de la Ley N° 28611 ¹³ , Ley General del Ambiente (LGA), el artículo 15° de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto	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 por Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD ¹⁶

Ley N° 30230, Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 12 de julio de 2014.

Artículo 19°.- Privilegio de la prevención y corrección de las conductas infractoras

En el marco de un enfoque preventivo de la política ambiental, establécese un plazo de tres (3) años contados a partir de la vigencia de la presente Ley, durante el cual el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA privilegiará las acciones orientadas a la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental.

Durante dicho período, el OEFA tramitará procedimientos sancionadores excepcionales. Si la autoridad administrativa declara la existencia de infracción, ordenará la realización de medidas correctivas destinadas a revertir la conducta infractora y suspenderá el procedimiento sancionador excepcional. Verificado el cumplimiento de la medida correctiva ordenada, el procedimiento sancionador excepcional concluirá. De lo contrario, el referido procedimiento se reanudará, quedando habilitado el OEFA a imponer la sanción respectiva.

Mientras dure el periodo de tres (3) años, las sanciones a imponerse por las infracciones no podrán ser superiores al 50% de la multa que correspondería aplicar, de acuerdo a la metodología de determinación de sanciones, considerando los atenuantes y/o agravantes correspondientes. Lo dispuesto en el presente párrafo no será de aplicación a los siguientes casos:

- a) Infracciones muy graves, que generen un daño real y muy grave a la vida y la salud de las personas. Dicha afectación deberá ser objetiva, individualizada y debidamente acreditada.
- b) Actividades que se realicen sin contar con el instrumento de gestión ambiental o la autorización de inicio de operaciones correspondientes, o en zonas prohibidas.
- c) Reincidencia, entendiéndose por tal la comisión de la misma infracción dentro de un período de seis (6) meses desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.

¹² **Decreto Supremo N° 020-2008-EM, que aprobó el 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.
- b) Ejecutar las medidas de cierre y post cierre correspondiente.

¹³ **Ley N° 28611, Ley General del Ambiente**, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 15 de octubre de 2005.

Artículo 24.- Del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental

24.1 Toda actividad humana que implique construcciones, obras, servicios y otras actividades, así como las políticas, planes y programas públicos susceptibles de causar impactos ambientales de carácter significativo, está sujeta, de acuerdo a ley, al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental - SEIA, el cual es administrado por la Autoridad Ambiental Nacional. La ley y su reglamento desarrollan los componentes del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.

24.2 Los proyectos o actividades que no están comprendidos en el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, deben desarrollarse de conformidad con las normas de protección ambiental específicas de la materia.

¹⁶ **Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA/CD, que tipifica las infracciones administrativas y establece la escala de sanciones relacionadas con los instrumentos de gestión ambiental y el desarrollo de actividades en zonas prohibidas**, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20 de diciembre de 2013. (...)

Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones vinculadas con los Instrumentos de Gestión Ambiental y el desarrollo de actividades en zonas prohibidas

DESARROLLAR ACTIVIDADES INCUMPLIENDO LO ESTABLECIDO EN EL INSTRUMENTO DE GESTIÓN AMBIENTAL

N°	Conducta infractora	Norma sustantiva	Norma tipificadora
		Ambiental ¹⁴ (LSNEIA), el artículo 29° del Reglamento de la LSNEIA ¹⁵ , aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM (RLSNEIA)	(en adelante, Cuadro de Tipificación de la RCD N° 049-2013-OEFA/CD).
2	El Brocal no ejecutó las medidas de control de derrames de combustible, incumpliendo lo establecido en su instrumento de gestión ambiental	Literal a) del numeral 7.2 del Artículo 7° del RAAEM, Artículo 24° de la LGA, el artículo 15° de la LSNEIA, el artículo 29° del RLSNEIA.	Numeral 2.2 del rubro 2 del Cuadro de Tipificación de la RCD N° 049-2013-OEFA/CD.
3	El Brocal ejecutó un sondaje no contemplado, incumpliendo su instrumento de gestión ambiental	Literal a) del numeral 7.2 del Artículo 7° del RAAEM, Artículo 24° de la LGA, el artículo 15° de la LSNEIA, el artículo 29° del RLSNEIA.	Numeral 2.2 del rubro 2 del Cuadro de Tipificación de la RCD N° 049-2013-OEFA/CD.

Fuente: Resolución Subdirectoral N° 1131-2018-OEFA/DFAI/SFEM
Elaboración: Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA).

8. Asimismo, en dicho pronunciamiento se ordenó a El Brocal el cumplimiento de las siguientes medidas correctivas:

N°	Conducta infractora	Medida Correctiva		
		Obligación	Plazo de cumplimiento	Forma para acreditar el cumplimiento
1	El Brocal no implementó pozas de sedimentación	El Brocal deberá acreditar el cierre y remediación del área donde se ubicaron las pozas de sedimentación habilitadas en	En un plazo no mayor de ciento ochenta	En un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles contado desde

2	INFRACCIÓN (SUPUESTO DE HECHO DEL TIPO INFRACTOR)	BASE LEGAL REFERENCIAL	CALIFICACIÓN DE LA GRAVEDAD DE LA INFRACCIÓN	SANCIÓN NO MONETARIA	SANCIÓN MONETARIA
2.2	Incumplir lo establecido en los Instrumentos de Gestión Ambiental aprobados, generando daño potencial a la flora o fauna.	Artículo 24° de la Ley General del Ambiente, Artículo 15° de la Ley del SEIA, Artículo 29° del Reglamento de la Ley del SEIA.	GRAVE		De 10 a 1 000 UIT

¹⁴ Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 23 de abril de 2001.

Artículo 15°.- Seguimiento y control

15.1 La autoridad competente será la responsable de efectuar la función de seguimiento, supervisión y control de la evaluación de impacto ambiental, aplicando las sanciones administrativas a los infractores.

15.2 El MINAM, a través del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental OEFA es responsable del seguimiento y supervisión de la implementación de las medidas establecidas en la evaluación ambiental estratégica.

¹⁵ Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, publicada 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 pudiesen derivar de otras partes de dicho estudio, las cuales deberán ser incorporadas en los planes indicados en la siguiente actualización del estudio ambiental.

N°	Conducta infractora	Medida Correctiva		
		Obligación	Plazo de cumplimiento	Forma para acreditar el cumplimiento
	de lodos adicionales a las contempladas en su instrumento de gestión ambiental aprobado.	<p>las plataformas de perforación: 1, 2, 3, 4, 13, 14, 15, 16, 25, 45, 51, 52, 53, 54, 64, 65, 74, 75, 149, 161, 162, 163, 165 y 173. Teniendo en cuenta lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Conformación del terreno a su situación original. 2) Revegetación de la zona afectada con especies nativas, de ser necesario. 	(180) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación de la Resolución Directoral.	<p>el día siguiente de vencido el plazo para cumplir con la medida correctiva, el titular minero deberá presentar ante esta Dirección un informe técnico del cumplimiento de la misma.</p> <p>La información presentada deberá ir acompañada de fotografías o videos (fechados) donde se muestre las pozas de sedimentación cerradas identificando la plataforma. Se deberá realizar la toma de fotografías y/o video por cada plataforma. Las fotografías y/o videos deberán contar con plano y paneo panorámico o general que permitan evidenciar las áreas circundantes, a la zona del hallazgo, así como planos de acercamiento y detalle mostrando el área rehabilitada donde se</p>

N°	Conducta infractora	Medida Correctiva		
		Obligación	Plazo de cumplimiento	Forma para acreditar el cumplimiento
				construyeron las pozas de sedimentación, las fotografías (fechadas) deberán mostrar diferentes ángulos y ser debidamente señalizadas (uso de flechas, círculos), de tal manera que permita visualizar de manera clara y objetiva el cierre de las pozas de sedimentación en las plataformas: 1, 2, 3, 4, 13, 14, 15, 16, 25, 45, 51, 52, 53, 54, 64, 65, 74, 75, 149, 161, 162, 163, 165 y 173, así como, otros medios probatorios que considere pertinente presentar a efectos de acreditar el cumplimiento de la medida correctiva .
2	El Brocal no ejecutó las medidas de control de derrames de combustible, incumpliendo lo establecido en su instrumento de gestión ambiental.	El Brocal deberá realizar la limpieza y rehabilitación de la zona impactada en la plataforma 162 (ESP-2, coordenada UTM WGS 84 E: 359682, N: 8804916) y plataforma 163 (ESP-1 coordenada UTM WGS 84 E: 359795, N: 8804851), para tal efecto, deberá: 1. Presentar los resultados de análisis de Fracción de	En un plazo no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación de la presente Resolución Directoral.	En un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles contados desde el día siguiente del vencimiento del plazo para cumplir con la medida correctiva, el administrado deberá

N°	Conducta infractora	Medida Correctiva		
		Obligación	Plazo de cumplimiento	Forma para acreditar el cumplimiento
		<p>hidrocarburos F2 o fracción media (>C10-C28) y de Fracción de hidrocarburos F3 o fracción pesada (>C28-C40) en los puntos ESP-1, ESP-2.</p> <p>2. Presentar la comparación de resultados de análisis de suelos considerando referencialmente los valores establecidos en los ECA para suelos en los puntos ESP-1 y ESP-2.</p> <p>Finalmente, cabe precisar que el monitoreo deberá ser desarrollado teniendo en cuenta el protocolo de monitoreo de calidad de suelos.</p>		<p>presentar a la Dirección de Fiscalización y Aplicación de Incentivos del OEFA un informe técnico del resultado de los monitoreos de calidad de suelo de la zona impactada en la plataforma 162 (ESP-2, coordenada UTM WGS 84 E: 359682, N: 8804916) y plataforma 163. (ESP-1 coordenada UTM WGS 84 E: 359795, N: 8804851). Asimismo, el informe deberá contener medios probatorios visuales del desarrollo de los monitoreos (fotografías y/o videos debidamente fechados y descritos) y los reportes de ensayo de laboratorio, u otra documentación que sea necesaria.</p>

Fuente: Resolución Directoral N° 3073-2018-OEFA/DFAI/SFEM
 Elaboración: Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA)

9. El 3 de enero de 2019, El Brocal interpuso recurso de apelación¹⁷ contra la Resolución Directoral N° 3073-2018-OEFA/DFAI sustentándolo en los siguientes argumentos:

¹⁷ Folios 130 al 144.

Respecto a la conducta infractora N° 1

- a) La DFAI realizó una evaluación incorrecta de la conformación de las pozas, al imputarle la construcción de “3 pozas” y “2 pozas”, cuando se trata de una (1) poza con tres (3) o dos (2) compartimientos —un solo sistema de manejo de lodos por plataforma, que tiene por finalidad mejorar la sedimentación y la recirculación de agua en el proceso¹⁸—, de esa manera señaló que se transgredió el debido procedimiento administrativo.
- b) La implementación de las pozas de sedimentación de lodos se ejecutó tratando de minimizar la perturbación del terreno —removiendo un menor volumen de material en virtud a lo establecido en los ítems 5.3 y 7.2 del EIA_{sd} San Gregorio—, para demostrarlo presentó un cuadro de las dimensiones establecidas en el EIA_{sd} San Gregorio y otro respecto a las dimensiones reales de las plataformas de perforación y pozas de sedimentación ejecutadas. De tal modo, señaló que se encuentra acreditado que, al momento de ejecutar las pozas, priorizó la menor afectación al ambiente —mejora manifiestamente evidente—.
- c) La DFAI no tomó en cuenta que los instrumentos de gestión ambiental son desarrollados con nivel de factibilidad, es decir, en el proceso de ejecución podrían existir variaciones.

Respecto a la conducta infractora N° 2

- d) Se encuentra acreditado la ruptura del nexo causal por hecho determinante de tercero, por cuanto desde el año 2012 se encuentra impedido de acceder a las zonas donde se llevaron a cabo las actividades del proyecto San Gregorio por decisión de la Comunidad Campesina de Vicco.
- e) En otros procedimientos administrativos sancionadores, la DFAI dio la razón a El Brocal, al señalar que sí se encontraba imposibilitado de ingresar al área que conformó el proyecto San Gregorio.
- f) Antes de retirarse de la zona limpió toda el área del Proyecto San Gregorio, para demostrarlo presentó un Informe de Ensayo de Laboratorio cuyos resultados no evidenciaron presencia de hidrocarburos.

Respecto a las medidas correctivas

- g) No es pertinente que se le ordene el cumplimiento de las medidas correctivas descritas en el Cuadro N° 2, cuando se encuentra imposibilitado de acceder a las zonas donde se llevaron a cabo las actividades del proyecto San Gregorio por decisión de la Comunidad Campesina de Vicco.

¹⁸ El administrado, precisa que la Autoridad no da cuenta que esta forma de disponer la poza reduce realmente los impactos adversos de manera significativa porque aparte de no impactar un área mayor permite sedimentar de manera eficiente los lodos y recircular el agua al proceso de perforación diamantina; y, de haberse construido una poza sin compartimientos se incrementaría el riesgo de derrames de lodos y agua de perforación a las áreas adyacentes.

II. COMPETENCIA

10. 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 (**Decreto Legislativo N° 1013**)¹⁹, se crea el OEFA.
11. 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° 30011²⁰ (**LSNEFA**), 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.
12. Asimismo, en la Primera Disposición Complementaria Final de la LSNEFA, 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 OEFA²¹.

¹⁹ **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.
Segunda Disposición Complementaria Final. - Creación de Organismos Públicos Adscritos al Ministerio del Ambiente

Se encuentran adscritos al Ministerio del Ambiente los siguientes organismos públicos: (...)

3. 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. (...).

²⁰ **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

11.1 El ejercicio de la fiscalización ambiental comprende las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización y sanción destinadas a asegurar el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables establecidas en la legislación ambiental, así como de los compromisos derivados de los instrumentos de gestión ambiental y de los mandatos o disposiciones emitidos por el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), en concordancia con lo establecido en el artículo 17, conforme a lo siguiente: (...)

- 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 (...).

²¹ **LSNEFA**

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. (...).

13. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM²², se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental del Osinergmin²³ al OEFA, y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de julio de 2010²⁴, 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.
14. Por otro lado, el artículo 10° de la LSNEFA²⁵ y los artículos 19° y 20° del Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2017-MINAM²⁶, disponen que el TFA es el órgano encargado de

²² 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.

²³ 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.

²⁴ 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.

²⁵ LSNEFA

Artículo 10.- Órganos Resolutivos

10.1 El OEFA cuenta con órganos resolutivos de primera y segunda instancia para el ejercicio de la potestad sancionadora.

10.2. El órgano de primera instancia es aquel encargado de fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones ambientales y el desempeño ambiental de los administrados bajo la competencia del OEFA, y cuenta con unidades orgánicas especializadas en instrucción y sanción. El órgano de segunda instancia es el 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. (...).

²⁶ 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 resolutivo 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.

ejerger funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA, en materias de su competencia.

III. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL AMBIENTE

15. 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 influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivientes (plantas, animales y microorganismos)²⁷.
16. En esa misma línea, en el numeral 2.3 del artículo 2° de la LGA, 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.
17. 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.
18. 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 ambiente²⁸.
19. 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 fundamental²⁹, cuyo contenido esencial lo integra el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida, y el derecho

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

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC. Fundamento jurídico 33.

²⁹ 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 (...).

a que dicho ambiente se preserve³⁰; y, (iii) conjunto de obligaciones impuestas a autoridades y particulares en su calidad de contribuyentes sociales³¹.

20. 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.
21. 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 inciertos³².
22. 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. ADMISIBILIDAD

23. El recurso de apelación ha sido interpuesto dentro de los quince (15) días hábiles de notificado el acto impugnado y cumple con los requisitos previstos en los artículos 218° y 220° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (TUO de la LPAG), por lo que es admitido a trámite.

V. CUESTIONES CONTROVERTIDAS

24. Las cuestiones controvertidas a resolver en el presente caso son las siguientes:
 - (i) Determinar si correspondía declarar la responsabilidad de El Brocal por la comisión de la conducta infractora N° 1.

³⁰ 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. Evidentemente, tal obligación alcanza también a los particulares.

³¹ 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, fundamento jurídico 34.

³² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03048-2007-PA/TC. Fundamento jurídico 9.

- (ii) Determinar si durante el presente procedimiento administrativo sancionador se ha configurado la causal eximente de responsabilidad por hecho determinante de un tercero (conducta infractora N° 2).
- (iii) Determinar si correspondía declarar la responsabilidad de El Brocal por la comisión de la conducta infractora N° 3.
- (iv) Determinar si correspondía dictar las medidas correctivas descritas en el Cuadro N° 2 de la presente resolución.

VI. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

VI.1 Determinar si correspondía declarar la responsabilidad administrativa de El Brocal por la comisión de la conducta infractora N° 1

Respecto al cumplimiento de los compromisos ambientales

- 25. Previamente al análisis de la cuestión controvertida, esta Sala considera importante exponer el marco normativo que regula el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los administrados en sus instrumentos de gestión ambiental y los criterios sentados por esta Sala respecto al cumplimiento de los compromisos establecidos en instrumentos de gestión ambiental.
- 26. Conforme a lo establecido en los artículos 16º, 17º y 18º de la LGA, 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 administrados³³.

³³

LGA

Artículo 16º.- 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, nomados 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.

Artículo 17º.- 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 instrumentos de gestión ambiental.

27. Asimismo, en el artículo 24° de la LGA³⁴ se consagra a la evaluación de impacto ambiental como el instrumento de gestión aplicable obligatoriamente a toda actividad humana que implique servicios y otras actividades susceptibles de causar impactos ambientales significativos; precisándose, además, que aún aquellos proyectos o actividades no comprendidos dentro del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental deben cumplir con las normas ambientales específicas³⁵.
28. En esa línea, el artículo 3 de la LSNEIA exige que toda actividad económica que pueda resultar riesgosa para el medio ambiente obtenga una certificación ambiental antes de su ejecución³⁶. Cabe mencionar que durante el proceso de la certificación ambiental la autoridad competente realiza una labor de gestión de riesgos, estableciendo una serie de medidas, compromisos y obligaciones que son incluidos en los instrumentos de gestión ambiental y tienen por finalidad reducir, mitigar o eliminar los efectos nocivos de la actividad económica.
29. Dentro de este marco, el artículo 15° de la LSNEIA³⁷ establece que el OEFA es responsable del seguimiento y supervisión de la implementación de las medidas previstas en la evaluación ambiental estratégica.

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.

34 LGA.

Artículo 24.- Del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental

24.1 Toda actividad humana que implique construcciones, obras, servicios y otras actividades, así como las políticas, planes y programas públicos susceptibles de causar impactos ambientales de carácter significativo, está sujeta, de acuerdo a ley, al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental - SEIA, el cual es administrado por la Autoridad Ambiental Nacional. La ley y su reglamento desarrollan los componentes del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.

24.2 Los proyectos o actividades que no están comprendidos en el Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, deben desarrollarse de conformidad con las normas de protección ambiental específicas de la materia.

35 Ver considerando 65 de la Resolución N° 474-2018-OEFA/TFA-SMEPIM del 28 de diciembre de 2018.

36 LSNEIA

Artículo 3°.- Obligatoriedad de la certificación ambiental

No podrá iniciarse la ejecución de proyectos ni actividades de servicios y comercio referidos en el artículo 2 y ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local podrá aprobarlas, autorizarlas, permitir las, concederlas o habilitarlas si no cuentan previamente con la certificación ambiental contenida en la Resolución expedida por la respectiva autoridad competente.

Artículo 15°.- Seguimiento y control

15.1 La autoridad competente será la responsable de efectuar la función de seguimiento, supervisión y control de la evaluación de impacto ambiental, aplicando las sanciones administrativas a los infractores.

15.2 El MINAM, a través del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental OEFA es responsable del seguimiento y supervisión de la implementación de las medidas establecidas en la evaluación ambiental estratégica.

37 LSNEIA, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de abril de 2001.

Artículo 15.- Seguimiento y control (...)

15.2 El MINAM, a través del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, es responsable del seguimiento y supervisión de la implementación de las medidas establecidas en la evaluación ambiental estratégica.

30. 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 los artículos 29° y 55° del RLSNEIA, es responsabilidad del titular de la actividad cumplir con todas las medidas, los compromisos y obligaciones contenidas 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.
31. Además, el literal a) del numeral 7.2 del artículo 7° del RAAEM establece que es obligación del titular minero, durante el desarrollo de sus actividades de exploración minera, ejecutar todas las medidas dispuestas en el estudio ambiental correspondiente, en los plazos y términos aprobados por la autoridad.
32. En este orden de ideas y tal como este Tribunal lo ha señalado anteriormente³⁸, de manera reiterada y uniforme, 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.
33. Por lo tanto, a efectos del análisis de la cuestión controvertida, tal como fue señalado previamente, corresponde identificar las medidas y componentes dispuestos en su instrumento de gestión ambiental. En ese sentido, a fin de determinar la existencia de responsabilidad por parte del administrado por el incumplimiento de los citados dispositivos, corresponde previamente identificar los compromisos dispuestos en su instrumento de gestión ambiental y su ejecución según las especificaciones contenidas en el mismo documento para, posteriormente, evaluar si los hechos detectados durante la Supervisión Regular 2015 generaron el incumplimiento de los compromisos ambientales.

Respecto a los compromisos asumidos y la conducta infractora

34. De la revisión del EIASd San Gregorio, se aprecia que El Brocal asumió el siguiente compromiso:

Capítulo V DESCRIPCIÓN DE LAS ACTIVIDADES A REALIZAR.

(...)

5.3 HABILITACIÓN DE PLATAFORMAS DE PERFORACIÓN Y POZAS DE LODOS.

En total se contempla habilitar 200 plataformas proyectadas. El área de cada plataforma a habilitar será de 22 m x 20 m y se realizará un sondaje con una profundidad promedio de 350m.

Cada plataforma contará con un (01) poza de lodo. En total se habilitarán 200 pozas de lodos con las siguientes medidas: 3 m x 5 m x 2 m de profundidad.

³⁸ Al respecto, se pueden citar las Resoluciones N° 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.

35. De lo anterior, se verifica que El Brocal se comprometió a implementar una (1) poza de lodo por cada plataforma de perforación
36. Sin embargo, durante la Supervisión Regular 2015, se verificó que el administrado habría implementado más de una (1) poza de lodo en las plataformas de perforación habilitadas.
37. En el Acta de Supervisión se dejó constancia del siguiente hallazgo:

Hallazgo N° 01: En las plataformas de perforación: 173, 165, 1, 16, 15, 54, 75, 74, 64, 53, 52 se observa la construcción de tres (03) pozas de sedimentación y en las plataformas: 149, 162, 161, 13, 25, 163, 45, 14, 2, 3, 4, 65 y 51 se observa la construcción de dos (02) pozas de sedimentación.

38. A su vez, en el Informe de Supervisión se consignó que el administrado habría implementado más de una (1) poza de lodo en las plataformas de perforación habilitadas, conforme se detalla a continuación:

Plataforma de perforación	Pozas de lodos verificadas durante la Supervisión Regular 2015
1	3
2	2
3	2
4	2
13	2
14	2
15	3
16	3
25	2
45	2
51	2
52	3
53	3
54	3
64	3
65	2
74	3
75	3
149	2
161	2
162	2
163	2
165	3
173	3

39. El Hallazgo N° 1 se complementó con las fotografías N° 5, 17, 30, 31, 32, 34, 39, 40, 50, 51, 58, 63, 64, 68, 69, 79, 83, 88, 93, 96, 102, 113, 114, 118, 120, 125, 126, 130, 131, 134, 135, 144, 145, 147, 148 y 149 del Informe de Supervisión 2015, que a modo de ejemplo se muestran a continuación:



Fotografía N° 17: La fotografía muestra las pozas construidas en la plataforma de perforación 173, así como la acumulación de material de corte procedente de la construcción de las mismas.



Fotografía N° 50: La fotografía muestra las pozas de sedimentación y el material de corte extraído en la plataforma 13.



Fotografía N° 97: La fotografía muestra las dimensiones de las pozas de sedimentación y el material de corte extraído en la plataforma 16.

Handwritten signature or mark.

Handwritten signature or mark.

Handwritten signature or mark.

Handwritten signature or mark.

Handwritten signature or mark.

40. Con relación al posible daño ambiental que podría ocasionar la conducta infractora, en la Resolución Subdirectoral N° 1131-2018-OEFA/DFAI/SFEM señaló lo siguiente:

Para la ejecución de cualquier componente se debe identificar, evaluar y valorar previamente sus impactos, a fin de establecer medidas de mitigación y control sobre el impacto que se ocasionaría durante la construcción, operación y el cierre del mismo.

Al respecto, la implementación de componentes no contemplados en un instrumento de gestión ambiental aprobado por la autoridad competente, *"implica, como mínimo, poner en riesgo al entorno natural donde se desarrollan dichas actividades, pues tal operación se ha realizado sin considerar medidas de prevención o mitigación de impactos ambientales negativos previstos en un estudio de impacto ambiental"*.

41. En esa misma línea, respecto al daño potencial que genera la conducta infractora, en el IFI la SFEM señaló lo siguiente:

(...) la implementación de pozas de sedimentación de lodos no contempladas en el instrumento de gestión ambiental puede generar un impacto negativo en la calidad de agua de algún cuerpo cercano o la alteración de la vegetación de la zona. Ello, debido a que el material extraído y depositado en las pozas está conformado, principalmente, por conglomerados, así como por material fino, que es propenso a sufrir erosión hídrica y eólica.

42. En atención a los medios probatorios antes señalados, la DFAI determinó la responsabilidad administrativa de El Brocal por la comisión de la conducta infractora N° 1.

Respecto a lo argumentado por El Brocal en su recurso de apelación

43. En su recurso de apelación El Brocal alegó que la DFAI realizó una evaluación incorrecta de la conformación de las pozas, al imputarle la construcción de "3 pozas" y "2 pozas" en las plataformas, cuando se trata de una (1) poza con tres (3) o dos (2) compartimientos —un solo sistema de manejo de lodos por plataforma, que tiene por finalidad mejorar la sedimentación y la recirculación de agua en el proceso³⁹—.

44. Al respecto, corresponde señalar que la declaración de responsabilidad administrativa de El Brocal por la comisión de la conducta infractora se sustentó en los hechos verificados directamente por la Autoridad Supervisora durante la Supervisión Regular 2015, los cuales fueron consignados en el Acta de Supervisión y analizados en el Informe de Supervisión, las fotografías tomadas durante dicha diligencia de supervisión, las cuales constituyen medios probatorios complementarios a lo verificado "in situ" por el supervisor en ejercicio de sus funciones.

³⁹ El administrado, precisa que la Autoridad no da cuenta que esta forma de disponer la poza reduce realmente los impactos adversos de manera significativa porque aparte de no impactar un área mayor permite sedimentar de manera eficiente los lodos y recircular el agua al proceso de perforación diamantina; y, de haberse construido una poza sin compartimientos se incrementaría el riesgo de derrames de lodos y agua de perforación a las áreas adyacentes. Adjuntó fotografías.

45. Con relación a lo mencionado, debe indicarse que en el artículo 244° del TUO de la LPAG, se establece que la información contenida en las actas de supervisión constituye medios probatorios que registran las verificaciones de los hechos constatados objetivamente.

46. En relación con el valor probatorio de las actas Morón Urbina precisa lo siguiente:

El acta viene a ser un primer medio de prueba sobre los hechos que constan ahí documentados cuyo mérito es apreciar por la autoridad decisora o los jueces, según la regla de la libre valoración de los medios probatorios. Entonces, las actas acreditan los hechos que por su objetividad sean susceptibles de apreciación directa por el fiscalizador (...), los hechos inmediatamente deducibles de los percibidos directamente por el fiscalizador y los hechos acreditados por los medios actuados en la fiscalización (...). De este modo el acta sirve de elemento inicial relevante para acreditar los hechos ahí expuestos y para las reacciones administrativas que puedan adaptarse.

47. A partir de la normativa citada, debe señalarse que el Acta de Supervisión, así como el Informe de Supervisión y fotografías, elaborados con ocasión del ejercicio de la función supervisora, constituyen medios probatorios de los hechos que en ellos se describen, los cuales tienen veracidad y fuerza probatoria -mientras no sean desvirtuados por otros-, toda vez que responden a una realidad de hecho apreciada directamente por el supervisor en ejercicio de sus funciones.

48. De acuerdo a lo desarrollado en los considerandos 36 al 43 de la presente resolución, la declaración de responsabilidad del administrado se ha fundamentado en un conjunto de elementos probatorios idóneos -Acta de Supervisión, Informe de Supervisión así como las fotografías tomadas durante la diligencia de supervisión-; por tanto, sí se ha contado con los elementos necesarios para acreditar que El Brocal implementó pozas de sedimentación de lodos adicionales a las contempladas en su EIASd San Gregorio, siendo estos medios probatorios tomados en cuenta en la Resolución Directoral N° 3073-2018-OEFA/DFAI para sustentar la existencia de la responsabilidad del administrado.

49. En virtud, a lo expuesto en el presente procedimiento, la DFAI ha acreditado la concurrencia de cada uno de los elementos que integran el ilícito administrativo, sustentando de esta manera una decisión motivada y fundada en derecho; por lo que, contrariamente a lo alegado por el administrado, no se ha vulnerado el principio del debido procedimiento administrativo⁴⁰.

⁴⁰ TUO de la LPAG

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

1.2. **Principio del debido procedimiento.** - Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

50. De otro lado, El Brocal indicó que la implementación de las pozas de sedimentación de lodos se ejecutó tratando de minimizar la perturbación del terreno —removiendo un menor volumen de material en virtud a lo establecido en los ítems 5.3 y 7.2 del EIASd San Gregorio⁴¹—, para demostrarlo presentó un cuadro de las dimensiones establecidas en el EIASd San Gregorio⁴² y otro respecto a las dimensiones reales de las plataformas de perforación y pozas de sedimentación ejecutadas⁴³. De tal modo, señaló que se encuentra acreditado

⁴¹ EIASd San Gregorio
Capítulo V “Descripción de Actividades
5.3 (...)

Habilitación de plataformas de perforación y pozas de lodos” se estableció que la habilitación de plataformas de perforación, las pozas de lodos y los accesos se realizará tratando de minimizar la perturbación del terreno. Las plataformas y pozas de lodos se ubicarán a no menos de 50 m de cursos de agua esporádicos o permanentes.

Capítulo VII “Plan de Manejo Ambiental”
7.2 (...)

La ubicación de las 200 Plataformas de perforación superficial se realizará principalmente sobre áreas donde la topografía sea de poca pendiente para minimizar la perturbación del terreno. Las plataformas no se ubicarán a menos de 50 m. de los cursos de agua esporádicos y permanentes.

⁴² Cuadro N° 1

Cuadro N° 1: Dimensiones de las Plataformas y Pozas de Lodos

ACTIVIDAD	CANTIDAD	DIMENSIONES ÁREAS DISTURBADAS (m2)	ÁREA (m2)	PROFUNDIDAD (m3)	VOLUMEN (m3)
Habilitación de Plataformas	200	22m x 20 m	88,000.00	0.3	28,400.00
Habilitación de pozas de lodos	200	3m x 5m	3,000.00	2.0	6,000.00

Fuente: Extracto cuadro N° 5E.2 del Capítulo V del EIASd del Proyecto de Exploración Minera de “San Gregorio”

⁴³ Cuadro N° 2

Cuadro N° 2: Dimensiones reales de las plataformas de perforación y pozas de sedimentación ejecutadas en el proyecto San Gregorio

COMPONENTE	CANTIDAD	COMPARTIMENTOS	DIMENSIONES ÁREAS DISTURBADAS	ÁREA (m2)	PROFUNDIDAD (m3)	VOLUMEN (m3)
Plataforma N° 1	1	NA	20 m x 20 m	400.00	0.20	80.00
Poza N° 1	1	3	NA	NA	1.20	28.50
Plataforma N° 15	1	NA	22m x 20m	440.00	0.20	88.00
Poza N° 15	1	3	NA	NA	1.20	34.10
Plataforma N° 16	1	NA	22 m x 20m	440.00	0.20	88.00
Poza N° 16	1	3	NA	NA	1.00	25.50
Plataforma N° 52	1	NA	22 m x 18m	396.00	0.20	79.20
Poza N° 52	1	3	NA	NA	1.00	29.87
Plataforma N° 53	1	NA	22m x 20m	440.00	0.20	88.00
Poza N° 53	1	3	NA	NA	1.00	26.70
Plataforma N° 54	1	NA	20 m x 20 m	400.00	0.25	100.00
Poza N° 54	1	3	NA	NA	1.00	29.12
Plataforma N° 64	1	NA	20 m x 20 m	400.00	0.30	120.00
Poza N° 64	1	3	NA	NA	1.00	26.10
Plataforma N° 74	1	NA	20 m x 20 m	400.00	0.15	60.00

que, al momento de ejecutar las pozas, priorizó la menor afectación al ambiente —mejora manifiestamente evidente—.

51. Sobre el particular, de acuerdo a lo establecido en el artículo 3° de la Resolución de Consejo Directivo N° 041-2014-OEFA-CD⁴⁴, para calificar una actividad como mejora manifiestamente evidente, se deberán verificar los siguientes elementos: (i) el cumplimiento del compromiso ambiental; y, (ii) haber realizado una obra que implique una mayor protección ambiental, sin que dicha obra genere daño o riesgo alguno al ambiente.
52. En el presente caso, aplicando los supuestos establecidos en el numeral precedente para considerar si estamos ante una mejora manifiestamente evidente, se aprecia lo siguiente:
 - (i) El Brocal incumplió su compromiso ambiental, dado que implementó pozas de sedimentación de lodos adicionales a las contempladas en su EIASd San Gregorio, conforme se detalló en los considerandos 34 al 42.

COMPONENTE	CANTIDAD	COMPARTIMENTOS	DIMENSIONES, ÁREAS DISTINGUIDAS	ÁREA (m ²)	PROFUNDIDAD (m)	VOLUMEN (m ³)
Poza N° 74	1	3	NA	NA	1,20	29,48
Plataforma N° 75	1	NA	20 m x 20 m	400,00	0,20	80,00
Poza N° 75	1	3	NA	NA	1,00	24,65
Plataforma N° 165	1	NA	20 m x 20 m	400,00	0,15	60,00
Poza N° 165	1	3	NA	NA	1,00	26,32
Plataforma N° 173	1	NA	20 m x 20 m	400,00	0,28	112,00
Poza N° 173	1	3	NA	NA	1,50	29,40
Plataforma N° 2	1	NA	22 m x 20 m	440,00	0,23	101,20
Poza N° 2	1	2	NA	NA	1,20	16,56
Plataforma N° 3	1	NA	20 m x 20 m	400,00	0,25	100,00
Poza N° 3	1	2	NA	NA	1,20	21,24
Plataforma N° 4	1	NA	20 m x 20 m	400,00	0,20	80,00
Poza N° 4	1	2	NA	NA	1,00	16,53
Plataforma N° 13	1	NA	20 m x 20 m	400,00	0,23	92,00
Poza N° 13	1	2	NA	NA	1,50	30,60
Plataforma N° 14	1	NA	20 m x 20 m	400,00	0,28	80,00
Poza N° 14	1	2	NA	NA	1,00	63,96
Plataforma N° 25	1	NA	20 m x 20 m	400,00	0,20	80,00
Poza N° 25	1	2	NA	NA	1,20	20,88
Plataforma N° 45	1	NA	20 m x 20 m	400,00	0,25	100,00
Poza N° 45	1	2	NA	NA	1,50	26,70
Plataforma N° 51	1	NA	20 m x 20 m	400,00	0,30	120,00
Poza N° 51	1	2	NA	NA	1,20	27,00
Plataforma N° 65	1	NA	20 m x 20 m	400,00	0,20	80,00
Poza N° 65	1	2	NA	NA	1,20	41,48
Plataforma N° 149	1	NA	20 m x 20 m	400,00	0,30	80,00
Poza N° 149	1	2	NA	NA	1,20	38,40
Plataforma N° 161	1	NA	20 m x 20 m	400,00	0,30	120,00
Poza N° 161	1	2	NA	NA	1,20	28,08
Plataforma N° 162	1	NA	20 m x 20 m	400,00	0,20	80,00
Poza N° 162	1	2	NA	NA	1,50	24,00
Plataforma N° 163	1	NA	20 m x 20 m	400,00	0,20	80,00
Poza N° 163	1	2	NA	NA	1,20	24,53

⁴⁴ Reglamento que regula la mejora manifiestamente evidente a que se refiere el Numeral 4.2 del Artículo 4 de la Resolución de Consejo Directivo N° 049-2013-OEFA-CD, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 041-2014-OEFA-CD

Artículo 3.- Definición de mejora manifiestamente evidente

- 3.1 Existe una mejora manifiestamente evidente cuando la medida o actividad realizada por el administrado excede o supera, en términos de una mayor protección ambiental o un mayor cumplimiento de obligaciones socioambientales, lo establecido en el Instrumento de Gestión Ambiental, sin que dicho exceso o superación genere daño o riesgo alguno para el ambiente o la vida y salud de las personas ni menoscabe o afecte el interés público que subyace a la función de certificación ambiental.
- 3.2 De conformidad con lo establecido en el Numeral 3.1 precedente, una mejora manifiestamente evidente implica no solo el cumplimiento de lo establecido en el Instrumento de Gestión Ambiental, sino que la actividad u obra realizada por el administrado va más allá de lo exigido en dicho instrumento, favoreciendo la protección ambiental o ejecutando una mayor prestación socioambiental.

- (ii) La construcción de pozas de menor dimensión a las previstas en el EIA_{sd} San Gregorio es pasible de generar un impacto mayor al ambiente en comparación al compromiso original, por cuanto conllevan un riesgo de rebalse de los lodos a contener en las pozas, puesto que la poza de lodos a instalarse en cada plataforma había sido dimensionada de manera tal que pueda contener el volumen total de lodos generados en la perforación

53. De lo anterior, se advierte que la actividad ejecutada por El Brocal no califica como mejora manifiestamente evidente.
54. Asimismo, corresponde indicar que, siendo que la conducta infractora imputada al administrado es por implementar pozas de sedimentación de lodos adicionales a las contempladas en su EIA_{sd} San Gregorio —en las plataformas de perforación 1, 2, 3, 4, 13, 14, 15, 16, 25, 45, 51, 52, 53, 54, 64, 65, 74, 75, 149, 161, 162, 163, 165 y 173—, la excedencia o no del área ejecutada en las plataformas de perforación, así como las características técnicas de las pozas de lodos implementadas por el administrado (dimensiones, volumen, cantidad de material removido, entre otros) no resultan materia de análisis en el presente procedimiento.
55. En tal sentido, no resulta amparable lo argumentado por el administrado en este extremo de su apelación
56. Por otro lado, El Brocal señaló en su recurso de apelación que la DFAI no tomó en cuenta que los instrumentos de gestión ambiental son desarrollados con nivel de factibilidad, es decir, en el proceso de ejecución podrían existir variaciones.
57. Sobre el particular, cabe señalar que los instrumentos de gestión ambiental aplicables a las actividades de minería se encuentran estructurados por compromisos ambientales, los cuales nacen de una declaración unilateral de voluntad de cumplimiento estrictamente obligatorio, por la cual una persona natural o jurídica se obliga a realizar ciertas acciones, a fin de limitar y minimizar el impacto ambiental que generará la actividad económica de la cual es titular. Siendo el compromiso ambiental una declaración de voluntad, el mismo supone una obligación auto-impositiva de carácter individual más que general.
58. Es así, que el administrado se comprometió a implementar una (1) poza de lodo por cada plataforma de perforación —lo cual fue validado por la autoridad certificadora competente al momento de su aprobación—.
59. En la medida en que El Brocal opera en el subsector Minería, en virtud de un título habilitante concedido por el Estado, tenía conocimiento de las características propias de su actividad y las actuaciones que deben producirse en el mismo, situación que se encontraba dentro de su esfera de dominio y control; por consiguiente, el nivel de diligencia que se le exige es alto, por tanto, en el supuesto que se hubieran presentado variaciones al momento de la construcción del referido componente en virtud a un uso eficiente del área a impactarse, debió comunicarlo oportunamente al órgano sectorial competente y proceder con la

modificación del mismo, lo cual no ocurrió. En tal sentido, se desestima lo alegado por el administrado en este extremo de su recurso de apelación.

VI.2 Determinar si durante el presente procedimiento administrativo sancionador se ha configurado la causal eximente de responsabilidad por hecho determinante de un tercero (conducta infractora N° 2)

60. De manera previa al análisis de la cuestión controvertida se describirá el compromiso asumido por el administrado y los hechos verificados en la Supervisión Regular 2015, que sustentaron la decisión de la DFAI para declararlo responsable por la comisión de la conducta infractora.

Respecto a los compromisos asumidos y la conducta infractora

61. De la revisión del EIASd San Gregorio, se aprecia que El Brocal asumió el siguiente compromiso:

Capítulo VII PLAN DE MANEJO AMBIENTAL

(...)

7.6 MANEJO Y CARACTERISTICAS DE LAS AREAS DE ALMACENAMIENTO (COMBUSTIBLES, ACEITES, PRODUCTOS QUIMICOS)

Debido al tipo de actividad a desarrollar, un acto inseguro por parte de los trabajadores o las condiciones del lugar, aumenta la probabilidad de ocurrencia de un derrame o fuga de combustibles.

Los contratistas encargados de la perforación serán responsables de la prevención y limpieza de cualquier derrame o gotera de combustibles, estarán capacitados para actuar de acuerdo a los procedimientos establecidos en caso de producirse una contingencia.

Cada trabajador contará siempre con material absorbente listo y a las manos para una rápida respuesta en caso de que ocurriese un derrame de combustible.

Además, se seguirán las siguientes acciones:

Apagar cualquier motor y válvula de los equipos que contribuya al derrame y por evacuación tener listos los extintores por si se produce un incendio.

Determinar el tipo de producto derramado.

Informar del derrame a los supervisores de la empresa minera y contratista.

Informar a los demás trabajadores de la necesidad de poner en marcha los procedimientos de control.

El profesional responsable de las operaciones realizará una evaluación del evento, determinando su magnitud.

Si ocurre un pequeño derrame, se absorberá el combustible derramado con los paños absorbentes con la mayor rapidez posible, estos paños impregnados de combustible serán colocados en cilindros que posteriormente serán transportados, tratados y dispuestos por la empresa prestadora de servicios de residuos sólidos (EPS-RS).

Si el combustible tuviera contacto directo con el suelo, se procederá a remover en su totalidad el suelo contaminado y serán manejados como los paños impregnados con combustible.

Si en caso se produjera un derrame considerable, entonces se procederá inmediatamente a recoger el suelo afectado, utilizando palas y picos, luego este suelo contaminado se colocará sobre una superficie de plástico (polietileno de baja densidad de 6 a 8 micras de espesor), el cual se expondrá a la volatilización del combustible de forma natural al aire libre, método muy utilizado debido a que la politización de los hidrocarburos es lenta, no produciendo contaminación atmosférica. También se utilizará plástico para proteger dicho suelo en caso sea

época de lluvias. Estos suelos posteriormente podrán ser devueltos en su lugar de origen. (Subrayado agregado)

62. De lo anterior, se verifica que El Brocal, ante la ocurrencia de derrames o fugas de combustible, se encontraba obligado a aplicar una serie de medidas como respuesta ante dichas contingencias, entre ellas, la remoción total del suelo impregnado con la sustancia derramada.
63. Sin embargo, durante la Supervisión Regular 2015 se verificó la presencia de una sustancia oscura en el área de las plataformas de perforación 162 y 163, donde el administrado realizó labores de exploración minera.
64. En el Acta de Supervisión se dejó constancia del siguiente hallazgo:

Hallazgo N° 02:

En las plataformas de perforación 162 y 163, se observa la presencia de suelo impregnado con una sustancia oscura.

65. A su vez, conforme a lo señalado en el Informe Preliminar de Supervisión, a efectos de determinar si la sustancia oscura corresponde a hidrocarburos totales, se tomaron muestras de suelo de las plataformas de perforación 162 y 163, cuyos resultados indican la pre-existencia de fracción media y pesada de hidrocarburos totales.

Puntos de Control	F1 Hidrocarburos Totales >C5-C10 (mg/Kg materia seca)	F2 Hidrocarburos Totales >C10-C28 (mg/Kg materia seca)	F3 Hidrocarburos Totales >C28-C40 (mg/Kg materia seca)
326,6,ESP-1	<10	634	1158
326,6,ESP-2	<10	8391	13193
ECA ⁽¹⁾	500	5000	6000

Fuente: Informe de Ensayo de Laboratorio N° SAA-15/00528 del laboratorio AGQ.

(1) Estándares de Calidad Ambiental (ECA) para Suelo. Suelo Comercial/Industrial/Extractivos Decreto Supremo N° 002-2013-MINAM. Aprueban Estándares de Calidad Ambiental (ECA) para Suelo.

66. El Hallazgo N° 2 se complementó con las fotografías N° 163 al 168 del Informe de Supervisión 2015, que a modo de ejemplo se muestran a continuación:



Fotografía N° 163: Vista fotográfica del punto de muestreo 326,6,ESP-1, ubicado dentro del área de la Plataforma de Perforación N° 163.

67. En atención a los medios probatorios antes señalados, la DFAI determinó la responsabilidad administrativa de El Brocal por la comisión de la conducta infractora N° 2.

Respecto a lo argumentado por El Brocal en su recurso de apelación

68. En su recurso de apelación El Brocal alegó que se encuentra acreditada la ruptura del nexo causal por hecho determinante de tercero, por cuanto, desde el año 2012, se encuentra impedido de acceder a las zonas donde se llevaron a cabo las actividades del proyecto San Gregorio, por decisión de la Comunidad Campesina de Vicco; para demostrarlo presentó, como medios probatorios, los Oficios N° 1985-2012-MEM-AAM del 15 de noviembre de 2012 y N° 1134-2013-MEM-AAM del 31 de mayo de 2013, entre otros, en los que se deja constancia de la paralización de actividades del proyecto "San Gregorio" desde el 10 de agosto de 2012 y la Resolución Ministerial N° 106- 2015-PCM, a través de la cual la Presidencia del Consejo de Ministros dispuso la constitución del Grupo de Trabajo denominado "Comité de Dialogo, Negociación y Desarrollo", con la finalidad de proponer, debatir e implementar acciones que promuevan el desarrollo de la Comunidad Campesina de Vicco y la ejecución del proyecto minero "San Gregorio" de El Brocal.
69. Al respecto, debe entenderse como el responsable de un hecho determinante de tercero "(...) a aquél que parecía ser el causante, no lo es, sino que es otro quien contribuyó con la causa adecuada". En ese sentido, de configurarse dicha circunstancia se produce la ruptura del nexo causal y, en consecuencia, la exoneración de la responsabilidad administrativa imputada.
70. El hecho determinante de tercero, para De Trazegnies, debe de contar con las características de extraordinario, imprevisible e irresistible, como el caso fortuito, a fin de que se le pueda exonerar de responsabilidad al presunto causante de un hecho:

Características esenciales del hecho determinante de tercero. En la medida de que el hecho determinante de tercero es una vis maior para el presunto causante, ese hecho tiene que revestir características similares a las que hemos mencionado con relación al caso fortuito: ese hecho debe imponerse sobre el presunto causante con una fuerza que aniquile su propia capacidad de acción.

El carácter **extraordinario** del hecho está constituido por tratarse de una causa extraña al sujeto que pretende liberarse con esta defensa (...)

Por otra parte, ese hecho de tercero, para que tenga un efecto exoneratorio, tiene que revestir también las características de **imprevisibilidad e irresistibilidad**.

(...)

En efecto, hemos dicho que el **hecho de tercero tiene que formar parte de riesgos atípicos** de la actividad, para tener mérito exoneratorio⁴⁵ (Énfasis agregado).

71. En ese sentido, cabe precisar que, de acuerdo con lo señalado por De Trazegnies, lo imprevisible e irresistible implica que el presunto causante no hubiera tenido la oportunidad de actuar de otra manera o no podría prever el acontecimiento y resistir a él⁴⁶.
72. Ahora bien, de la revisión de la Resolución Ministerial N° 106-2015-PCM del 16 de abril de 2015 y del Acta de instalación del Comité de Diálogo, Negociación y Desarrollo del 28 de agosto de 2015, tenemos que ambos documentos surgieron como consecuencia del conflicto existente entre la Comunidad Campesina de Vicco y El Brocal, el cual anteriormente había motivado a que la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros, mediante Oficio N° 1134-2013-MEM-AAM del 31 de mayo del 2013, estime procedente la solicitud de paralización temporal de actividades propuesta por El Brocal debido a la obstaculización del proyecto de exploración minera "San Gregorio" ocurrida desde el 10 de agosto del 2012. Cabe precisar que esta decisión se sustentó en los siguientes documentos:
- a) Carta N° 33-2012-JD-CAF/CCV del 8 de agosto del 2012, Oficio N° 368- 2012-JD-CAF/CCV del 29 de agosto del 2012, y Carta del 5 de octubre del 2012, a través de las cuales la Comunidad de Vicco exigía al titular minero retirarse de la zona, dejando sin efecto el Acuerdo de libre acceso a los terrenos de la zona del proyecto San Gregorio sin justificación alguna.
 - b) Cartas del 23 y 29 de agosto del 2012 y Carta N° 85-2012-GG del 11 de octubre del 2012, emitidas por El Brocal, mediante las cuales pedía de manera

⁴⁵ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual Vol. IV, Tomo II. Para Leer El Código Civil, Séptima Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, pp 359-361.

Consulta: 18 de febrero de 2018

<http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/74>

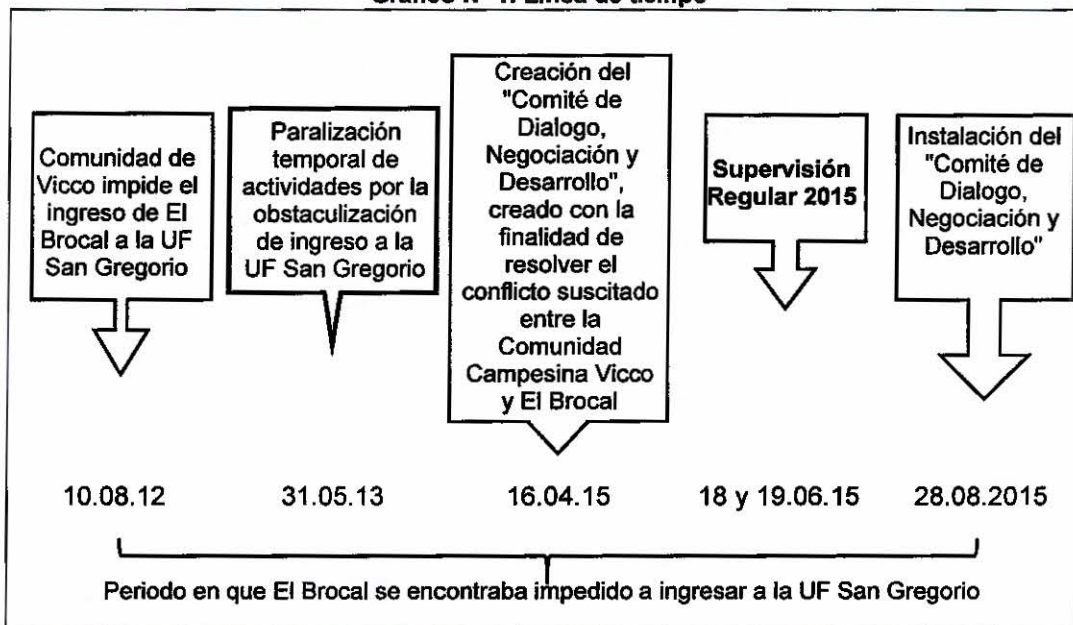
Para De Trazegnies lo extraordinario es entendido como aquel riesgo atípico de la actividad o cosa generadora del daño; notorio o público y de magnitud; es decir, no debe ser algo fuera de lo común para el sujeto sino fuera de lo común para todo el mundo. Asimismo, lo imprevisible e irresistible implica que el presunto causante no hubiera tenido la oportunidad de actuar de otra manera, o no podría prever el acontecimiento y resistir a él.

⁴⁶ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La responsabilidad extracontractual. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2001. pp. 339 – 341

reiterada a la Comunidad de Vicco autorización para ingresar a la zona para retirar sus equipos y remediar las áreas disturbadas.

73. De acuerdo a ello, es posible concluir que, desde agosto de 2012 —cuando el proyecto de exploración minera "San Gregorio" se encontraba en etapa de cierre⁴⁷—, existía un conflicto entre la Comunidad Campesina de Vicco y El Brocal, que imposibilitaba el acceso del administrado al área de la UF San Gregorio; el cual se habría extendido hasta el 28 de agosto de 2015 —fecha de instalación del Comité de Diálogo, Negociación y Desarrollo—.
74. Lo señalado en los considerandos precedentes, puede ser visualizado en el siguiente gráfico:

Gráfico N° 1: Línea de tiempo



75. En tal sentido, el referido derrame detectado de hidrocarburos se trataría de un hecho de tercero no imputable a El Brocal, en la medida que, al momento de efectuada la Supervisión Regular 2015, el administrado no tenía acceso al área de la UF San Gregorio —toda vez que se encontraba impedido de ingresar a la misma en el periodo de agosto de 2012 hasta agosto de 2015—, es decir, el hecho habría sido originado dentro del periodo de tiempo en el cual El Brocal no se encontraba presente en el área de la UF San Gregorio.
76. Por lo tanto, corresponde revocar la declaración de responsabilidad del administrado respecto a la conducta infractora N° 2, así como su respectiva medida correctiva; en tanto ha sobrevenido la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea

⁴⁷ Según el cronograma de actividades la etapa de cierre tenía una duración de 7 meses, contados desde marzo de 2012 hasta septiembre del mismo año.

indispensable para la existencia de la relación jurídica creada⁴⁸ y, en consecuencia, ordenar su archivo.

77. Al respecto, en el numeral 6.3 del artículo 6° del TUO de la LPAG⁴⁹ se establece que 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 aplicación o interpretación contenida en dicho acto⁵⁰.
78. En atención a las consideraciones antes expuestas, carece de objeto emitir pronunciamiento respecto de los demás argumentos señalados por El Brocal en su recurso de apelación.

VI.3 Determinar si correspondía declarar la responsabilidad de Minera El Brocal por la comisión de la conducta infractora N° 3

79. De manera previa al análisis de la cuestión controvertida se describirá el compromiso asumido por el administrado y los hechos verificados en la Supervisión Regular 2015, que sustentaron la decisión de la DFAI para declararlo responsable por la comisión de la conducta infractora.

Respecto a los compromisos asumidos y la conducta infractora

80. De la revisión del EIA^{sd} San Gregorio, se aprecia que El Brocal asumió el siguiente compromiso:

Capítulo V DESCRIPCIÓN DE LAS ACTIVIDADES A REALIZAR.

(...)

5.3 HABILITACIÓN DE PLATAFORMAS DE PERFORACIÓN Y POZAS DE LODOS.

En total se contempla habilitar 200 plataformas proyectadas. El área de cada plataforma a habilitar será de 22 m x 20 m y se realizará un sondaje con una profundidad promedio de 350 m de agua esporádicos o permanentes.

⁴⁸ **TUO de la LPAG**
Artículo 214.- Revocación
214.1 Cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:(...)
214.1.2 Cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada.

⁴⁹ **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 (resaltado agregado) (...).

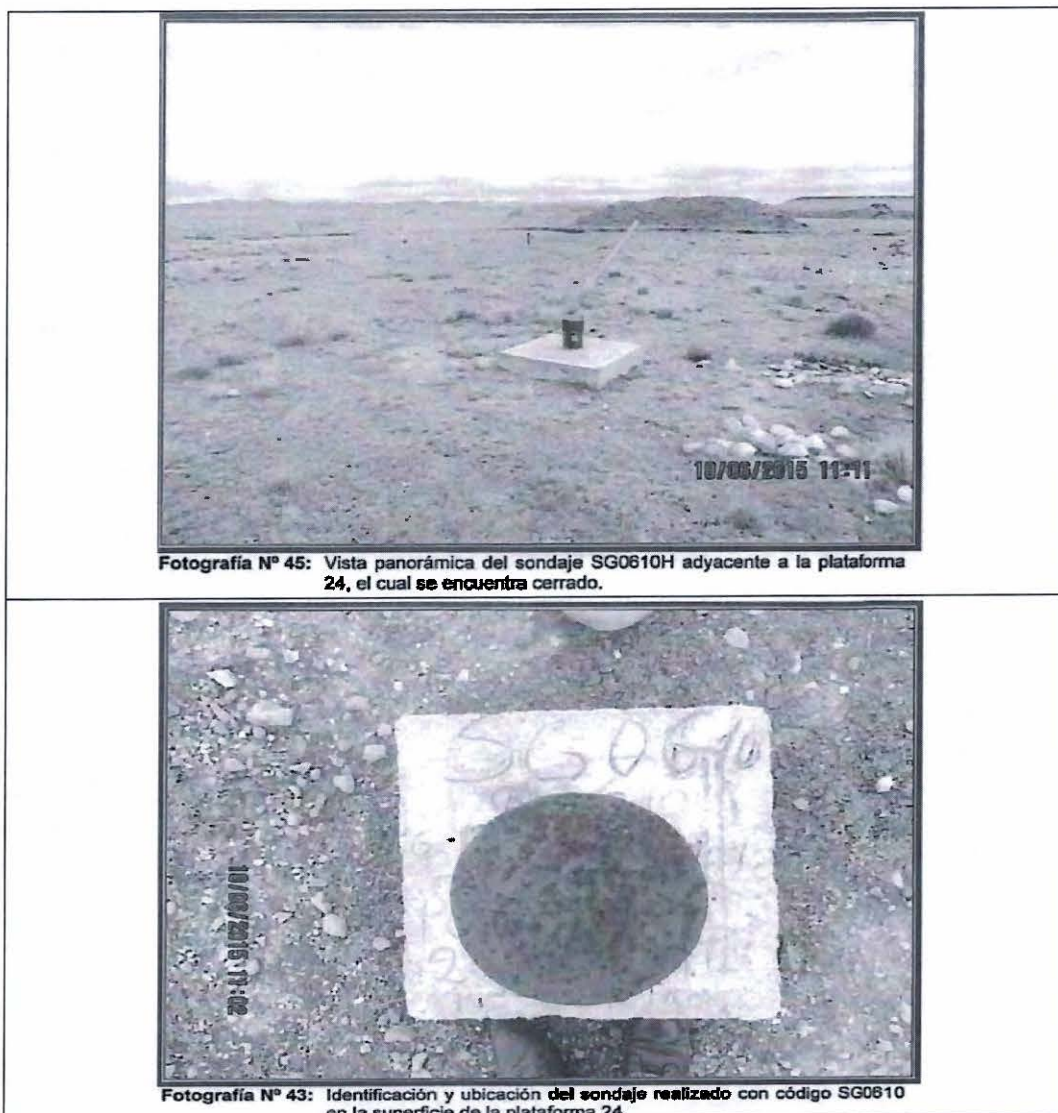
⁵⁰ Conforme se ha señalado, entre otros pronunciamientos, en la Resolución N° 214-2018-OEFA/TFA-SMEPIM.

81. De lo anterior, se verifica que El Brocal, se comprometió a ejecutar un sondaje por cada plataforma de perforación con una profundidad promedio de 350m.
82. Sin embargo, durante la Supervisión Regular 2015, se verificó que El Brocal habría implementado un sondaje adicional en la plataforma de perforación N° 24, en las coordenadas UTM WGS84 N 8804977 y E 359891, identificándose como sondaje SG0610H.
83. En el Acta de Supervisión se dejó constancia del siguiente hallazgo:

Hallazgo N° 03:

En las coordenadas UTM WGS 84: N 8804977 y E 359891, se identificó el sondaje SG0610H.

84. El citado de Hallazgo se complementó con las fotografías N° 41 al 46 del Informe de Supervisión 2015, que a modo de ejemplo se detallan a continuación:





85. Con relación al posible daño ambiental que podría ocasionar la conducta infractora, en el IFI la SFEM señaló lo siguiente:

[...] la implementación de sondajes no contemplados en su instrumento de gestión ambiental, puede generar impactos negativos no previstos que podrían afectar la calidad del ambiente biológico, debido al ruido de las operaciones y presencia de personal en forma continua durante el la ejecución del mismo; asimismo, puede interceptar algún cuerpo de agua y alterar su equilibrio hidrostático.

86. En atención a los medios probatorios antes señalados, la DFAI determinó la responsabilidad administrativa de El Brocal por la comisión de la conducta infractora N° 3.
87. Cabe indicar que el recurrente no ha presentado argumentos que contradigan directamente la imputación de la comisión de la conducta infractora ni su responsabilidad en la presente etapa recursiva. Asimismo, de la revisión de los actuados en el expediente, esta Sala advierte que el administrado no ha logrado desvirtuar la comisión de la conducta infractora imputada⁵¹, en tanto se acreditó que ejecutó un sondaje no contemplado, incumpliendo su instrumento de gestión ambiental
88. En consecuencia, esta Sala considera que correspondía declarar la responsabilidad de El Brocal por incumplir lo establecido en su instrumento de gestión ambiental, de conformidad con lo establecido en el artículo 7° del RAAEM, artículo 24° de la LGA, el artículo 15° de la LSNEIA, el artículo 29° del Reglamento de la LSNEIA y el numeral 2.2 del rubro 2 del Cuadro de Tipificación de la RCD N° 049-2013-OEFA/CD.

⁵¹ Cabe señalar que según lo previsto en el artículo 18° de la Ley del SINEFA —en concordancia con el artículo 144° de la LGA— los administrados son responsables objetivamente por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los instrumentos de gestión ambiental que les resulten aplicables, así como de las normas ambientales y de los mandatos o disposiciones emitidas por el OEFA.

VI.4 Determinar si correspondía dictar las medidas correctivas descritas en el Cuadro N° 2 de la presente resolución

89. Sobre el particular, debe indicarse que el presente análisis sólo se realizará respecto a la medida correctiva de la conducta infractora N° 1, toda vez que la medida correctiva de la conducta infractora N° 2 fue revocada, conforme al análisis realizado en los numerales 68 al 74 de la presente resolución.
90. De acuerdo con lo establecido en el numeral 22.1 del artículo 22° de la LSNEFA, el OEFA podrá ordenar el dictado de las medidas correctivas que resulten necesarias para revertir o disminuir en lo posible el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas⁵².
91. En esta misma línea, este Tribunal considera necesario destacar que, en el literal f)⁵³ del numeral 22.2 del mencionado precepto, se dispone, de igual manera, que el OEFA podrá considerar el dictado de medidas correctivas orientadas a evitar los efectos nocivos que la conducta infractora pudiera producir en el ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas.
92. Al respecto, es preciso recordar que el presente procedimiento administrativo sancionador se encuentra dentro del régimen excepcional del artículo 19° de la Ley N° 30230, que estableció que durante un periodo de tres (3) años contados a partir de la vigencia de la referida Ley, el OEFA privilegiará las acciones orientadas a la prevención y corrección de la conducta infractora en materia ambiental. Así, durante dicho periodo el OEFA tramitará procedimientos excepcionales y si la autoridad administrativa declara la existencia de infracción, ordenará la realización de medidas correctivas destinadas a revertir la conducta infractora.

52

LSNEFA

Artículo 22°.- Medidas correctivas

- 22.1 Se podrán ordenar las medidas correctivas necesarias para revertir, o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas.
- 22.2 Entre las medidas que pueden dictarse se encuentran, de manera enunciativa, las siguientes:
- El decomiso definitivo de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción.
 - La paralización o restricción de la actividad causante de la infracción.
 - El cierre temporal o definitivo, parcial o total, del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la presunta infracción.
 - La obligación del responsable del daño a restaurar, rehabilitar o reparar la situación alterada, según sea el caso, y de no ser posible ello, la obligación a compensarla en términos ambientales y/o económica.

53

LSNEFA

Artículo 22.- Medidas correctivas

- 22.1 Se podrán ordenar las medidas correctivas necesarias para revertir, o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas (...)
- f) Otras que se consideren necesarias para evitar la continuación del efecto nocivo que la conducta infractora produzca o pudiera producir en el ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas.
- 22.3 Las medidas correctivas deben ser adoptadas teniendo en consideración el Principio de Razonabilidad y estar debidamente fundamentadas. La presente norma se rige bajo lo dispuesto por el artículo 146 de la Ley del Procedimiento Administrativo General en lo que resulte aplicable (...) (Énfasis agregado)

93. En atención a dicho régimen excepcional, en la tramitación de procedimientos excepcionales que están en el marco de la Ley N° 30230, se dictan medidas correctivas destinadas a revertir la conducta infractora (suspendiéndose el procedimiento), y en caso no se cumplan, se reanuda el procedimiento y se impone la sanción correspondiente, que tiene como el presupuesto objetivo la declaración de la existencia de una infracción administrativa.
94. En este contexto, de acuerdo con lo señalado en el artículo 18° de la Resolución de Consejo Directivo N° 027-2017-OEFA/CD, Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA (RPAS), una medida correctiva puede ser definida como:

Las medidas correctivas son disposiciones contenidas en la Resolución Final, a través de las cuales se impone al administrado una orden para revertir, o disminuir en lo posible, el efecto nocivo que la conducta infractora hubiera podido producir en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas.

95. Como puede apreciarse del marco normativo antes expuesto, es posible inferir que la imposición de una medida correctiva debe resultar necesaria y adecuada para revertir o disminuir en lo posible los efectos nocivos que la conducta infractora haya podido producir en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas.
96. En base a tales consideraciones, la DFAI emitió la Resolución Directoral N° 3073-2018-OEFA/DFAI, a través de la cual dispone como medidas correctivas las obligaciones señaladas en el Cuadro N° 2 de la presente resolución.
97. Ahora bien, en su recurso de apelación, El Brocal señaló que no es pertinente que se le ordene el cumplimiento de las medidas correctivas descritas en el Cuadro N° 2, cuando se encuentra imposibilitado de acceder a las zonas donde se llevaron a cabo las actividades del proyecto San Gregorio por decisión de la Comunidad Campesina de Vicco; para demostrarlo presentó, entre otros documentos, la Carta N° 93-2018-CCV del 23 de noviembre de 2018 emitida por la Comunidad Campesina de Vicco.
98. Sobre el particular, de la revisión de la Carta N° 93-2018-CCV del 23 de noviembre de 2018 se advierte que las causas que motivaron a la Comunidad Campesina de Vicco a no permitir el ingreso de El Brocal, obedecen principalmente a que no remitió un informe detallado sobre los lineamientos y condiciones del plan de cierre y por mantener adeudo un pago, conforme se detalla a continuación:

COMUNIDAD CAMPESINA DE VICCO
 RECONOCIDO CON RESOLUCIÓN N° 18 - EL 17 DE ENERO DE 1949
VICCO - PASCO

Vicco, 23 de Noviembre del 2018

CARTA N°93 - 2018 - CCV

Sr.: **Ing. Juan HOYOS ORDOÑEZ**
SUPERINTENDENTE GENERAL DE ASUNTOS SOCIALES - PROYECTO
SAN GREGORIO

Ciudad.-

ASUNTO: **CON REFERENCIA A LA CARTA CON FECHA 22 DE NOVIEMBRE DEL 2018**

De nuestra especial consideración

Reciba Ud. los cordiales saludos a nombre de la Comunidad Campesina de Vicco, asimismo es para RESPONDER A LA CARTA ARRIBA MENCIONADA, lo cual es como sigue:

1. *Con respecto a la Remediación de plataformas realizadas en San Gregorio, no se ha permitido su ingreso por acuerdo de Asamblea el cual nosotros en nuestra condición de Dirigentes Comunales estamos llamados a dar cumplimiento; por tanto en reiteradas ocasiones se les informó oportunamente los acuerdos tomados con referencia a sus pedidos, tal como consta en la Carta N° 93-2017-CCV; Carta N°015-2017-CCV; Carta N°91-2017-CCV; entre otros.*
2. *Asimismo debemos lamentar que a la fecha al despacho de esta Comunidad solo llegaron pedidos de remediación, mas no un informe detallado sobre los lineamientos y condiciones sobre los cuales se efectuaría este plan de cierre, por tanto al no contar con este instrumento, nosotros nos vemos imposibilitados de realizar un informe detallado a los Comuneros.*
3. *Con respecto a los montos pendientes a pagar por parte de su representada; lamentamos que los Directivos de su representada no reconozcan el monto en dólares debidamente especificado en el cuadro que acompaña la Carta N°28-2017-CCV-2018; asimismo cabe mencionar que todo acuerdo formal con la Comunidad Campesina de Vicco es a través de la Asamblea General de Comuneros, por tanto todo acuerdo fue debidamente informado oportunamente a su representada.*



99. De tal modo, siendo que la elaboración de un informe detallado sobre los lineamientos y condiciones del plan de cierre, y el pago del monto pendiente, se encuentran dentro de la esfera de dominio del administrado; no resulta pertinente atribuir dicha situación como un obstáculo para ingresar al área del proyecto: desestimándose lo argumentado por el administrado en este extremo.
100. Sin perjuicio de lo anterior, cabe indicar que de conformidad con el artículo 20° del RPAS, en caso el titular minero requiera un plazo adicional para el cumplimiento de la medida correctiva por circunstancias sobrevinientes o anteriores al dictado de la misma, podrá hacerlo vía formal a través de la Mesa de Partes del OEFA, sustentando debidamente dicha solicitud, y antes de vencido el plazo otorgado por la DFAI para su cumplimiento.
101. En consecuencia, corresponde confirmar la Resolución Directoral N° 3073-2018-OEFA/DFAI del 30 de noviembre de 2018, a través de la cual se determinó la responsabilidad administrativa de El Brocal por la comisión de las conductas infractoras 1 y 2 detalladas en el Cuadro N°1 de la presente resolución y las correspondientes medidas correctivas descritas en el Cuadro N° 2 de la misma.

De conformidad con lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS; la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización

Ambiental; el Decreto Legislativo N° 1013, que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente; el Decreto Supremo N° 013-2017-MINAM, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA; y, la Resolución N° 032-2013-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento Interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA.

SE RESUELVE:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la Resolución Directoral N° 3073-2018-OEFA/DFAI del 30 de noviembre de 2018, que declaró la existencia de responsabilidad administrativa de Sociedad Minera El Brocal S.A.A., por las conductas infractoras detalladas en los numerales 1 y 3 del Cuadro N° 1 de la presente resolución, así como su correspondiente medida correctiva, por los fundamentos establecidos en la parte considerativa, quedando agotada la vía administrativa.

SEGUNDO. - **REVOCAR** la Resolución Directoral N° 3073-2018-OEFA/DFAI del 30 de noviembre de 2018, en el extremo que declaró la existencia de responsabilidad administrativa de Sociedad Minera El Brocal S.A.A., por la conducta infractora detallada en el numeral 2 del Cuadro N° 1 de la presente resolución, así como su correspondiente medida correctiva, por los fundamentos establecidos en la parte considerativa, quedando agotada la vía administrativa.

TERCERO. - Notificar la presente resolución a Sociedad Minera El Brocal S.A.A. y remitir el expediente a la Dirección de Fiscalización y Aplicación de Incentivos, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.



.....
CARLA LORENA PEGORARI RODRÍGUEZ
Presidente
Sala Especializada en Minería, Energía,
Pesquería e Industria Manufacturera
Tribunal de Fiscalización Ambiental



.....
MARCOS MARTIN YUI PUNIN
Vocal
Sala Especializada en Minería, Energía,
Pesquería e Industria Manufacturera
Tribunal de Fiscalización Ambiental



.....
HEBERT EDUARDO TASSANO VELAPOCHAGA

Vocal

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



.....
MARY ROJAS CUESTA

Vocal

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



.....
RICARDO HERNÁN IBERICO BARRERA

Vocal

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

Cabe señalar que la presente página forma parte integral de la Resolución N° 273-2019-OEFA/TFA-SMEPIM, la cual tiene 35 páginas.

