



PERÚ

Ministerio
del Ambiente

Organismo de Evaluación y
Fiscalización Ambiental - OEFA

Tribunal de
Fiscalización Ambiental

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

RESOLUCIÓN N° 013-2017-OEFA/TFA-SMEPIM

EXPEDIENTE : 52857-2016-OEFA/DS-APEL
PROCEDENCIA : DIRECCIÓN DE SUPERVISIÓN
ADMINISTRADO : COMPAÑÍA MINERA LINCUNA S.A.
SECTOR : MINERÍA
APELACIÓN : RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 019-2017-OEFA/DS

SUMILLA: "Se confirma la Resolución Directoral N° 019-2017-OEFA/DS del 3 de marzo de 2017, a través de la cual se ordenó a Compañía Minera Lincuna S.A. la siguiente medida preventiva:

- (i) Realizar inmediatamente el tratamiento temporal del efluente proveniente de la bocamina L1-B30-D perteneciente a la Unidad Económica Administrativa Lincuna Uno; así como, de cualquier otro que requiera tratamiento, hasta que se concluya con las actividades de cierre.

Por otro lado, se declara la nulidad de la Resolución Directoral N° 019-2017-OEFA/DS del 3 de marzo de 2017, en el extremo que ordenó a Compañía Minera Lincuna S.A. las siguientes medidas preventivas:

- (ii) Ejecutar todas las actividades de cierre en los pasivos ambientales mineros ubicados en la Unidad Económica Administrativa Lincuna Uno, de acuerdo a lo dispuesto en el Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros de la Unidad Económica Administrativa Lincuna Uno dentro del plazo de tres (3) meses, conforme con lo establecido en el artículo 48° del Reglamento de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera, aprobado por el Decreto Supremo N° 059-2005-EM.
- (iii) Constituir una garantía a nombre de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas o quien determine el referido ministerio, en el plazo de treinta (30) días calendario por el monto equivalente al 100% de las actividades de cierre no ejecutadas a fin de garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el plan de cierre de pasivos, conforme con lo establecido en el artículo 48° del Reglamento de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera, aprobado por el Decreto Supremo N° 059-2005-EM.
- (iv) Reportar al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental con frecuencia quincenal, el avance de las actividades de cierre ejecutadas, adjuntando los medios probatorios correspondientes.

Al respecto, esta nulidad se sustenta en la falta de motivación por parte de la Dirección de Supervisión del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental,

al no señalar las razones por las cuales exigió a Compañía Minera Lincuna S.A. la ejecución de todas las actividades de cierre de los pasivos ambientales ubicados en la Unidad Económica Administrativa Lincuna Uno y el otorgamiento de la garantía sobre la base del artículo 48° del Reglamento de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera, aprobado por el Decreto Supremo N° 059-2005-EM.”

Lima, 30 de mayo de 2017

I. ANTECEDENTES

1. Compañía Minera Lincuna S.A.¹ (en adelante, **Lincuna**) es titular de la Unidad Económica Administrativa Lincuna Uno (en adelante, **UEA Lincuna Uno**), ubicada en el distrito y provincia de Aija y en el distrito de Ticapampa de la provincia de Recuay, departamento de Ancash.

2. La UEA Lincuna Uno se encuentra conformada por las siguientes quince concesiones mineras²:

- (i) Comasa 10 Alfa 2 98
- (ii) Comasa 9 Alfa 1 98
- (iii) Comasa 6
- (iv) Comasa 7
- (v) San Aurelio
- (vi) Alsacia
- (vii) Gioconda
- (viii) Blanca
- (ix) San Salvador II
- (x) Norma N° 1
- (xi) Norma N° 2
- (xii) Acumulación Alianza N° 2
- (xiii) Acumulación Alianza N° 9
- (xiv) Acumulación Alianza N° 11
- (xv) Acumulación Alianza N° 12

3. El 21 de mayo de 2009, mediante Resolución Directoral N° 129-2009-MEM/AAM la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (en adelante, **Dgaam**) del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, **Minem**) aprobó el Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros de la UEA Lincuna Uno (en adelante, **Pcpam Lincuna Uno**). Este proyecto se encuentra ubicado en los distritos de Ticapampa y Aija, provincias de Recuay y Aija, respectivamente, departamento de Ancash.

4. El Pcpam Lincuna Uno tiene como medida cerrar las bocaminas, chimeneas, rajos y depósitos de desmontes ubicados en dicha unidad minera, con la finalidad de lograr la estabilización física, geoquímica e hidrológica; así como la revegetación

¹ Registro Único de Contribuyente N° 20458538701.

² Mediante Resolución Jefatural N° 0355-2007-INACC/J del 12 de febrero de 2007, el Instituto Nacional de Concesiones y Catastro Minero aprobó el agrupamiento de 15 derechos mineros metálicos en la UEA Lincuna Uno.

del área. Este instrumento consideró un plazo de tres (3) años para el cierre final, el cual venció el 21 de mayo de 2012, y un plazo de cinco (5) años para las labores de monitoreo y mantenimiento post cierre.

5. Entre el 2 y el 6 de agosto del 2016, la Dirección de Supervisión (en adelante, **DS**) del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, **OEFA**) realizó una supervisión regular (en adelante, **Supervisión Regular 2016**) a los pasivos ambientales mineros (en adelante, **PAM**) ubicados en la UEA Lincuna Uno (en adelante, **PAM Lincuna Uno**) durante la cual se detectaron diversos hallazgos, tal como consta en el Informe de Supervisión Directa N° 167-2017-OEFA/DS-MIN³ del 25 de enero de 2017 (en adelante, **Informe de Supervisión**).
6. En virtud de las acciones de supervisión realizadas a los PAM Lincuna Uno, la DS emitió el Informe Técnico N° 268-2017-OEFA/DS-MIN⁴ del 6 de marzo de 2017 (en adelante, **Informe Técnico de Sustento**)⁵ el cual contiene el análisis técnico de la propuesta de medidas administrativas a dictarse en razón de los hallazgos detectados⁶.
7. En atención a los documentos antes señalados, a través de la Resolución Directoral N° 019-2017-OEFA/DS del 3 de marzo de 2017⁷, la DS ordenó a Lincuna las siguientes medidas preventivas:

“Artículo 1°.- Ordenar como MEDIDA PREVENTIVA a Compañía Minera Lincuna S.A. la realización inmediata del tratamiento temporal del efluente proveniente de la bocamina L1-B30-D; así como, de cualquier otro que requiera tratamiento, hasta que se concluya con las actividades de cierre.

Artículo 2°.- Ordenar como MEDIDA PREVENTIVA a Compañía Minera Lincuna S.A. ejecutar todas las actividades de cierre en los PAM Lincuna Uno, de acuerdo a lo dispuesto en el PCPAM Lincuna Uno dentro del plazo de tres meses, conforme lo establecido el Artículo 48° del RPAAM.

Artículo 3°.- Ordenar como MEDIDA PREVENTIVA a Compañía Minera Lincuna S.A. constituir la garantía a nombre de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas o quien determine el referido

³ Documento contenido en el disco compacto, que obra a foja 15.

⁴ Dicho Informe Técnico tiene como referencia el Informe de Supervisión Directa N° 167-2017-OEFA/DS-MIN, referido a la supervisión regular llevada a cabo el 2 y el 6 de agosto de 2016, así como el Informe de Supervisión Directa N° 447-2016-OEFA/DS-MIN, referido a la supervisión regular llevada a cabo del 2 al 5 de junio de 2015.

⁵ Fojas 1 a 21.

⁶ Ello, en atención a que de acuerdo con lo dispuesto en numeral 14.1 del artículo 14° de la Resolución de Consejo Directivo N° 007-2015-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento de Medidas Administrativas del OEFA (publicado en el diario oficial El Peruano el 24 de febrero de 2015), el dictado de estas medidas debe contar con un Informe Técnico que las sustente:

Artículo 14.- Procedimiento para el dictado de medidas preventivas

14.1 Las medidas preventivas son dictadas por la Autoridad de Supervisión Directa mediante resolución debidamente motivada. Para tal efecto, se debe contar con el Informe Técnico que sustente la medida propuesta.

⁷ Fojas 22 a 29. Cabe señalar que dicha resolución fue debidamente notificada el 7 de marzo de 2017 (Foja 30).

Ministerio, en el plazo de treinta (30) días calendario por el monto equivalente al 100% de las actividades de cierre no ejecutadas a fin de garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el plan de cierre de pasivos, conforme lo establecido el Artículo 48° del RPAAM.

Artículo 4°.- Ordenar como **MEDIDA PREVENTIVA** a Compañía Minera Lincuna S.A. reportar al OEFA con frecuencia quincenal, el avance de las actividades de cierre ejecutadas, adjuntando los medios probatorios correspondientes.”

8. La Resolución Directoral N° 019-2017-OEFA/DS se fundamentó en los siguiente:

- (i) La DS señaló que una medida preventiva genera una obligación de hacer o no hacer destinada a evitar un inminente peligro o alto riesgo de producirse un daño grave al ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas; así como mitigar las causas que generen la degradación o daño ambiental, según lo señalado en el Reglamento de Medidas Administrativas del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2015-OEFA/CD (en adelante, **Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2015-OEFA/CD**).
- (ii) Asimismo, la DS señaló que conforme a lo establecido en el Pcpam Lincuna Uno, el cronograma aprobado para las actividades de cierre era de tres (03) años, el cual venció el 21 de mayo de 2012. En ese sentido, la DS concluyó que a la fecha de la Supervisión Regular 2016, dicho cronograma de ejecución se encontraba vencido.
- (iii) En consideración a ello, la DS refirió que en dicha supervisión se verificaron treinta y seis (36) pasivos ambientales mineros (en adelante, **PAM**), entre bocaminas, botaderos y rajos, los cuales no presentaban avances respecto a las actividades de cierre previstas en el Pcpam Lincuna Uno.
- (iv) En cuanto a las bocaminas, la DS señaló que la falta de construcción de tapones de concreto permite el ingreso de aire hacia el interior de las mismas que en contacto con el material rocoso es un potencial generador de drenaje ácido; y además, con el agua que discurre a través de algunas de las bocaminas, con lo cual podrían ocurrir reacciones químicas que originarían drenajes ácidos con contenido de metales pesados, los cuales discurrirían sobre el terreno y descargarían hacia la quebrada Cuncush, que forma parte de la cuenca del río Santa, por lo que existiría un peligro inminente y alto riesgo de daño grave a la calidad del suelo y agua de dicha quebrada.
- (v) Además, la DS advirtió que las bocaminas L1-B3-B, L1-B4-B, L1-B27-SD y L1-B30-D presentaban drenajes y aguas estancadas que discurrían por el suelo en determinadas zonas con vegetación. Asimismo, la DS precisó que solo se muestreó la bocamina L1-B30-D debido a su caudal y las características que presentaba el flujo, cuyo resultado superó el Límite Máximo Permissible (en adelante, **LMP**) para la descarga de efluentes líquidos de Actividades Minero-Metalúrgicas aprobado por Decreto

Supremo N° 010-2010-MINAM (en adelante, **Decreto Supremo N° 010-2010-MINAM**) para el parámetro Zinc Total.

- (vi) Asimismo, la DS refirió que dichos resultados indican que como consecuencia de no realizar las actividades de cierre la bocamina L1-B30-D no está estable geoquímicamente, existiendo un alto riesgo de generar un daño grave a la calidad del suelo por donde discurren las aguas ácidas.
- (vii) Finalmente, la DS indicó que durante la Supervisión Regular 2016, se verificó que en la bocamina L1-B25-SD se habrían ejecutado actividades de cierre, pero el mismo administrado señaló que no se habría culminado las actividades de cierre.
- (viii) En lo concerniente al estado de los botaderos, la DS señaló que de no retirarse el desmonte de tales botaderos, existe peligro inminente de deslizamiento hacia las zonas bajas de los componentes, y alto riesgo de afectación a la flora que se desarrolla en dichas zonas, puesto que podría cubrirla e impedir con ello su adecuado desarrollo.
- (ix) Asimismo, refirió que para aquellos depósitos cercanos a las quebradas y otros cuerpos de agua, existe peligro inminente de deslizamiento y que el material de residuo ingrese a dichos cursos de agua, así como alto riesgo de daño grave a la calidad de agua del cuerpo receptor, aumentando el contenido de sedimentos y metales pesados.
- (x) Respecto de los rajos, la DS señaló que al no rellenar los rajos con desmonte, existe el riesgo de caída de animales que habitan por la zona, lo cual genera un peligro inminente de daño a la fauna. Asimismo, refirió que la posible acumulación de agua producto de las lluvias en la temporada de mayor precipitación⁸, como se observó en el rajo L1-R1-DH, lo cual podría reaccionar con el material rocoso y originar agua ácida, pues presenta las mismas características geológicas que las bocaminas, bajo estas condiciones existiría un alto riesgo de generar un daño grave a la calidad del suelo por donde puede discurrir.
- (xi) De igual modo, la DS indicó que en vista de que han transcurrido cerca de cinco (5) años desde que Lincuna debió ejecutar las actividades de cierre previstas en el Pcpam Lincuna Uno, y siendo que dichas actividades aún no han sido iniciadas, dicha dirección señaló que correspondía solicitarle al administrado la constitución de la garantía establecida en el artículo 48° del Reglamento de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera, aprobado por el Decreto Supremo N° 059-2005-EM (en adelante, **Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 059-2005-EM**) en un plazo de 30 días a favor del Minem y otorgarle el plazo de 3 meses adicionales para la ejecución de todas las actividades de cierre en los PAM Lincuna Uno.

⁸ Conforme a lo establecido en el PCPAM Lincuna Uno, ello comprende los meses de octubre a abril.

(xii) Por lo expuesto, y con el fin de sustentar la necesidad de dictar una medida preventiva, la DS sostuvo que era necesario que Lincuna proceda a la brevedad con el cierre de los pasivos ambientales mineros comprendidos en el Pcpam Lincuna Uno, pues de mantenerse dichas condiciones existía un inminente peligro o alto riesgo de producirse un daño grave al ambiente, como se ha detectado en la Supervisión Regular 2016.

9. El 28 de marzo de 2017, Lincuna interpuso un recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 019-2017-OEFA/DS, de acuerdo con los siguientes argumentos⁹:

Sobre la obligación de remediar los PAM Lincuna Uno

- a) El administrado sostuvo que la DS le habría imputado la condición de generador de los pasivos, conforme se apreciaría de los considerandos 1 al 9 de resolución apelada, en los cuales se indicaría normas referidas a la producción de impactos generados por los titulares mineros, lo cual constituiría una interpretación errónea de la condición en que presentó el Pcpam Lincuna Uno. Sobre el particular, el recurrente precisó que no sería el generador de dichos pasivos, hecho que se verificaría con la información consignada en la actualización del “*Inventario Inicial de Pasivos Ambientales Mineros*”, aprobada mediante la Resolución Ministerial N° 535-2016-MEM/DM (en adelante, **Actualización del Inventario PAM**)¹⁰, en el cual no se habría identificado al generador de los PAM Lincuna Uno¹¹.
- b) En ese sentido, el administrado señaló que el responsable de la remediación de estos pasivos sería, en primer término, el Estado, de acuerdo con el artículo 4° de la Ley N° 28271, Ley que regula los Pasivos Ambientales de la Actividad Minera (en adelante, **Ley N° 28271**) y el artículo 20° del Reglamento de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera, aprobado por el Decreto Supremo N° 059-2005-EM. Además, de acuerdo con el Pcpam Lincuna Uno le correspondería la remediación voluntaria, pues no sería el

⁹ Mediante escrito con registro N° 25896 (fojas 32 a 97), Lincuna solicitó en su petitorio:

(...)

2. Se establezca un plazo adecuado a la realidad de las acciones de remediación a realizar, luego que los eventos de fuerza mayor cesen.

3. Se deje sin efecto, la disposición de constituir garantía por el 100% del Plan de Cierre en el plazo de 30 días.

4. Declarar la Nulidad de la R.D. N° 019-2017-OEFA/DS-CMI (sic) (...)” Foja 32.

¹⁰ Cabe agregar que el administrado en su recurso de apelación presentó como Anexo N° 7, el Inventario de Pasivos Ambientales actualizado al 23 de diciembre de 2016, foja 97.

¹¹ Al respecto, el administrado citó un extracto de este inventario e indicó:

“Claramente se aprecia en la columna: “NOMBRE DEL GENERADOR DEL PASIVO”, que no se ha identificado a ningún generador bajo la declaración de “NO IDENTIFICADO”, por lo que carece de fundamento toda apreciación, recomendación y/o decisión tomada sobre la base equivocada (sic) que nuestra empresa es generadora del PMA Lincuna Uno”. (Énfasis original). Foja 33.

responsable de la generación de los pasivos, conforme con los artículos 12°, 14° y 15° del referido reglamento¹².

- c) En esa línea, el recurrente sostuvo que según dicha normativa, el Estado ha establecido un tratamiento legal diferenciado respecto de los generadores de pasivos ambientales, quienes están obligados a asumir la remediación al haber causado un impacto al ambiente como consecuencia de sus actividades; y, de los remediadores voluntarios, quienes no han causado ningún perjuicio al ambiente o a la salud de las personas al no haber generado el pasivo minero¹³. Por lo tanto, Lincuna alegó que no existe una causa que justifique tratar por igual a los sujetos que se encuentran en condiciones legales diferentes.

Sobre los supuestos eventos de fuerza mayor

- d) Por otro lado, el administrado sostuvo que no le habría sido posible, hasta la fecha, realizar las acciones de remediación por cuanto los titulares de los predios superficiales, invasores y mineros ilegales presentes en el área donde se ubican los pasivos ambientales habrían impedido el acceso de su personal técnico y profesional. Dichos hechos habrían sido comunicados y acreditados de manera continua ante la autoridad ambiental.
- e) Al respecto, el administrado señaló que en el año 2012 habría formulado denuncias policiales y fiscales contra invasores y mineros ilegales, quienes habrían impedido el acceso de su personal mediante el uso de la violencia. Aunado a ello, la colocación de tranqueras en los accesos a la zona de los PAM Lincuna Uno, constituirían una causal de fuerza mayor y actos ajenos al control de la empresa que impedirían la ejecución del Pcpam Lincuna Uno¹⁴.

¹² En este punto el recurrente agregó:

"En consecuencia, no es admisible que la administración formule el sustento legal de la R.D. N° 019-2017-OEFA/DS-CMI (sic), bajo el supuesto equivocado que somos generadores del PAM Lincuna Uno, y por tanto se asuma una condición y responsabilidad distinta de nuestra empresa con relación al cierre del PAM Lincuna Uno.

Reiteramos que, al no ser los generadores del pasivo minero, tenemos la condición de remediadores voluntarios, lo cual trae como consecuencia que la aplicación de las normas citadas, mandatos y apremios, sean diferentes a los utilizados en el informe y resolución que apelamos". Foja 34.

¹³ Al respecto, el administrado hizo referencia a los artículos 4° y 5° de la Ley N° 28271 y al artículo 14° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 059-2005-EM. Asimismo, es preciso mencionar que en este punto el administrado presentó un cuadro comparativo entre "generador remediador" y "remediador voluntario"; en el cual agregó que el remediador voluntario, a diferencia del generador del pasivo: (i) no tendría la obligación de presentar un plan de cierre de pasivos mineros —de acuerdo con el artículo 6° de la Ley N° 28271—; (ii) en caso de incumplimiento de los plazos establecidos en el cronograma de ejecución del plan de cierre, no estaría obligado a constituir la garantía ni se le aplicaría el plazo de 3 meses adicionales para ejecutar el plan de cierre indicados en el artículo 48° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 059-2005-EM; (iii) se le aplicaría un monto de multa distinto en caso de incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 52° de reglamento antes mencionado; y (iv) no estaría impedido de renunciar a la remediación. Foja 35.

¹⁴ Para acreditar lo manifestado, el administrado presentó como Anexo N° 1 de su apelación copias de denuncias, cartas y otros documentos (fojas 44 a 69). Corresponde precisar que el administrado presentó dentro de sus medios probatorios un documento ilegible (foja 69).

- f) A mayor abundamiento, el recurrente sostuvo que los sucesos descritos en el literal anterior —obstaculización de las actividades de remediación— habrían continuado registrándose durante los años 2014 y 2015, lo cual habría sido consignado en las actas correspondientes a dos supervisiones realizadas por la DS durante estos años¹⁵. De igual manera, el administrado indicó que en estos documentos también se habría dejado constancia de que los PAM Lincuna Uno no habrían sido originados por Lincuna¹⁶.
- g) Asimismo, el administrado agregó que durante el año 2016, la DS efectuó otra supervisión en cuya acta también se habría consignado la presencia de tranqueras que impedían el acceso a la totalidad de los componentes de los PAM Lincuna Uno; no obstante, de acuerdo con Lincuna, en esta última supervisión:

“...no se ha registrado la presencia de los invasores y mineros ilegales en la fecha que se realizó la inspección, debido a que se trata de una inspección inopinada y brevísima, y aparentemente estas personas no han tomado conocimiento de la presencia de personal de (sic) OEFA en la zona.”¹⁷

- h) Adicionalmente, en cuanto a la situación judicial de la zona de los PAM Lincuna Uno, el administrado indicó que:

“Los terrenos superficiales y la invasión de las concesiones por los ilegales se encuentran judicializados, proceso que lleva desde el año 2011 a la fecha.”¹⁸

¹⁵ Para acreditar ello, el administrado presentó como Anexo N° 2 copia del Acta de Supervisión Directa correspondiente a la supervisión realizada el 19 al 21 de junio de 2014 a los pasivos ambientales mineros Lincuna Uno (fojas 70 a 76). De igual modo, presentó como Anexo N° 4 copia del Acta de Supervisión Directa correspondiente a la supervisión realizada del 2 al 5 de junio de 2015 a los pasivos ambientales mineros Lincuna Uno (fojas 86 a 93).

¹⁶ En este punto Lincuna sostuvo:

“En el año 2014, la Dirección de Supervisión del OEFA efectuó (sic) una supervisión al PAM Lincuna Uno, cuya Acta contiene un Anexo (...) en el cual se deja constancia entre otros, de lo siguiente:

- *Los PAM no fueron originados por Lincuna y que los impactos generados por los pasivos datan de más de 50 y 100 años.*
- *Las actividades previas a la remediación y el cierre de los PAM no fueron realizadas por el impedimento y agresión de los invasores que realizan actividades de minería ilegal (Alvares/Villanueva). En la inspección se pudo verificar la existencia de tres tranqueras (zonas Nebraska, Tuctu, LLacsha) en la última tranquera se entrevistó a los invasores Sres. Villanueva, siendo responsabilidad de estos invasores el no cumplimiento del programa de cierre como es el caso de los estudios preliminares (...).”*

(Énfasis original) Foja 36.

¹⁷ Foja 37. A su vez, indicó: “Cuando personal de la empresa se hace presente de manera más continua, surgen los invasores de terrenos y mineros ilegales (...).”

¹⁸ Para acreditar ello, presentó como Anexo N° 3 copia de resoluciones judiciales, fojas 78 a 85.

- i) Por lo expuesto, el recurrente afirmó que contaría con elementos de convicción suficiente sobre la producción de eventos de fuerza mayor¹⁹ que impedirían la ejecución del Pcpam Lincuna Uno e implicarían la interrupción del plazo para su cumplimiento. En ese sentido, estos hechos no serían de su responsabilidad; sino que, por el contrario, conllevarían a la responsabilidad de los autores de estas interferencias, conforme con el artículo 33° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 059-2005-EM.
- j) De otro lado, el administrado indicó que mediante escrito del 26 de junio de 2015 habría solicitado al Minem la ampliación del plazo para la ejecución del Pcpam Lincuna Uno sobre la base de la supuesta producción de eventos de fuerza mayor.
- k) Asimismo, el recurrente agregó que si bien mediante Resolución N° 265-2016-MEM-CM, el Consejo de Minería resolvió confirmar la Resolución Directoral N° 356-2015-MEM/DGAAM, a través de la cual la Dgaam resolvió tener por no presentada dicha solicitud²⁰. En virtud de ello, Lincuna inició una acción contencioso administrativa contra dicha decisión²¹. En consecuencia el administrado sostuvo que:

“...aún no ha concluido la determinación de la Ampliación del Plazo de ejecución del Plan de Cierre solicitada por fuerza Mayor, el mismo que se encuentra pendiente de resolver en el Poder Judicial. En esta eventualidad, la autoridad administrativa no puede anticipar que el Poder Judicial va a denegar un probado caso de fuerza mayor ajeno al control del administrado, que debió ser resuelto positivamente por la autoridad (...)”²²

Sobre el plazo para el cumplimiento de la medida preventiva y la garantía

- l) Asimismo, Lincuna indicó que el plazo original para la etapa de cierre era de

¹⁹ Sobre el caso fortuito, el administrado hizo referencia a los artículos 1315° y 1316° del Código Civil.

²⁰ Al respecto, Lincuna sostuvo:

“Mediante Auto Directoral N° 237-2015-MEM/DGAAM, (...) la DGAAM requirió que se cumpla con presentar los requisitos omitidos en la solicitud de modificación del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros, previstos en el TUPA del MINEM.

Presentada la subsanación en su oportunidad, por un error de la administración en la revisión de la información emitió la R.D. N° 356-2015-MEM/DGAAM, que declara tener por no presentada la solicitud de ampliación de plazo para la ejecución del cronograma del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales de la UEA Lincuna Uno (...)” Foja 39.

²¹ Para acreditar ello, Lincuna presentó como Anexo N° 5 de su escrito de apelación, copia de la Resolución N° 1 emitida por la Corte Superior de Justicia de Lima a través de la cual se admite a trámite la demanda contencioso administrativa interpuesta por Lincuna contra el Minem, foja 95.

²² Foja 39.

tres años, periodo previsto para que puedan ejecutarse las actividades²³ de cierre programadas en el cronograma aprobado por el Minem²⁴. En ese sentido, el administrado alegó que sería irrazonable el plazo de tres (3) meses que se ha ordenado para la ejecución del Pcpam Lincuna Uno. Debido a lo señalado, el recurrente indicó que se debería:

“...establecer un cronograma acorde a la realidad, el cual debe ser el de tres años aprobado por la autoridad competente, cuando se supere el evento de fuerza mayor (...)”²⁵

- m) Adicionalmente, el administrado sostuvo que no existiría fundamento para aplicar el artículo 48° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 059-2005-EM, pues dicho dispositivo legal sería establecido para los supuestos de incumplimientos del cronograma del Plan de Cierre a cargo del generador; mas no para los supuestos en los que dicho cierre está a cargo de un remediador voluntario.
- n) Además, Lincuna agregó que el referido artículo 48° no aplicaría para el supuesto de obstaculización de terceros a la ejecución de un plan de cierre a cargo de un remediador voluntario, como sería su situación; razón por la cual ello generaría la suspensión del plazo, siendo que el mismo se reanudaría cuando cesen los actos de terceros.
- o) De igual modo, el administrado alegó que no le resultaría exigible la constitución de la garantía ordenada por la DS —por el monto equivalente al 100% de las actividades de cierre no ejecutadas—, al sustentarse en el artículo 48° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 059-2005-EM, pues dicha norma sería aplicable para los generadores y no para los remediadores voluntarios.

Sobre la aplicación del numeral 224.2 del artículo 224° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General

- p) Finalmente, sobre la base del numeral 224.2 del artículo 224° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (en adelante, **TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General**), Lincuna solicitó:

*“...que con la admisión del presente recurso se conceda **medida cautelar** con la finalidad de que se **suspenda la ejecución de las medidas de prevención** previstas en la R.D. N° 019-2017-OEFA/DS-CMI (sic), hasta*

²³ En referencia a “...acciones que comprenden desmantelamiento, demolición, salvamento, y disposición, estabilidad física, geoquímica, estabilidad hidrogeológica, revegetación, rehabilitación, programas sociales (sic) entre otros (...)”. Foja 39.

²⁴ El administrado presentó como Anexo N° 6 de su escrito de apelación un cuadro titulado “CRONOGRAMA FÍSICO-CIERRE PARA LA REMEDIACIÓN” (foja 96).

²⁵ Foja 40.

que se resuelva el recurso de apelación, ya que los plazos previstos no responden a la realidad de las actividades de remediación que se deben efectuar y por tanto podrían derivar en la imposición de una multa carente de fundamento legal.” (Énfasis y subrayado original)²⁶

- q) El administrado sostuvo que la ejecución de la medida preventiva podría causarle perjuicios de imposible o difícil reparación, toda vez que:
- ❖ Podría generar un grave deterioro de su imagen frente a las autoridades locales y comunidades vecinas, al aparecer ante ellos como generador del pasivo minero e incumplidor de la ejecución del Pcpam Lincuna Uno.
 - ❖ Se le colocaría ante un imposible jurídico, al ordenar: (i) su ingreso a la zona de los PAM Lincuna Uno, a pesar de la presencia de terceros que impiden acceder a la misma, lo que generaría, a su vez, mayor conflicto en la zona; y (ii) la ejecución del Pcpam Lincuna Uno en un plazo de tres (3) meses, en vez de los tres (3) años otorgados por la Resolución Directoral N° 129-2009-MEM/AAM.
 - ❖ No contaría con los medios económicos suficientes para la constitución de la garantía ordenada por la DS²⁷.



II. COMPETENCIA

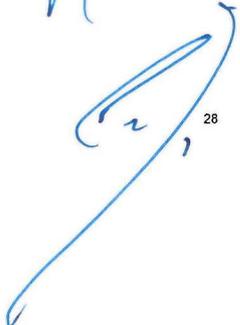
- 
10. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente (en adelante, **Decreto Legislativo N° 1013**)²⁸, se crea el OEFA.
11. Según lo establecido en los artículos 6° y 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, modificada por la Ley



²⁶ Foja 41.

²⁷ En este punto indicó:

“Económicamente no estamos en posibilidad real de constituir una garantía por el 100% del Plan de Cierre del PAM Lincuna Uno que es de US\$ 2 458 204.06, lo cual además (sic) también ha sido resuelto para el caso del PAM Lincuna Dos y el PAM Lincuna Tres, todo lo cual hace un acumulado de más de US\$ 5 millones de dólares (...) máxime cuando (...) no procesamos los pasivos no somos remediadores por reaprovechamiento, sino solo cerramos los pasivos”. Foja 42.



²⁸ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1013, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente**, publicado en el diario oficial El Peruano 14 de mayo de 2008.
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.

N° 30011²⁹ (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.

12. Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29325 dispone que mediante Decreto Supremo, refrendado por los sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA³⁰.
13. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM³¹ se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental del Osinergmin³² al OEFA, y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de julio de 2010³³, se estableció que el OEFA asumiría las

²⁹ **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.

³⁰ **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.

³¹ **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.

³² **LEY N° 28964.**

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.

³³ **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**, publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de julio de 2010.

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 Ley N° 29325³⁴, y los artículos 18° y 19° del Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, Reglamento de Organización y Funciones del OEFA³⁵, disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa del OEFA, en materias de su competencia.
15. Finalmente, el literal b), numeral 1 del artículo 8° de la Resolución de Consejo Directivo N° 032-2013-OEFA/CD, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 37° del Reglamento de Medidas Administrativas del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2015-OEFA/CD (en adelante, **Resolución de Consejo Directivo N° 007-2015-OEFA/CD**) dispone que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de conocer y resolver, en segunda y última instancia administrativa, los recursos de apelación interpuestos contra las medidas preventivas, entre otras medidas administrativas, emitidos por las instancias competentes del OEFA.

III. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL AL AMBIENTE

16. 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

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.

³⁴ 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.

³⁵ DECRETO SUPREMO N° 022-2009-MINAM que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 15 de diciembre de 2009.

Artículo 18°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental

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

Artículo 19°.- Funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental

Son funciones del Tribunal de Fiscalización Ambiental:

- a) Resolver en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación interpuestos contra las resoluciones o actos administrativos impugnables emitidos por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos.
- b) Proponer al Presidente del Consejo Directivo del OEFA mejoras a la normatividad ambiental, dentro del ámbito de su competencia.
- c) Ejercer las demás atribuciones que correspondan de acuerdo a Ley.

y microorganismos)³⁶.

17. En esa misma línea, el numeral 2.3 del artículo 2° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (en adelante, **Ley N° 28611**)³⁷, 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.
18. En tal 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 cuanta 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.
19. En el sistema jurídico nacional, el primer nivel de protección al ambiente es formal y viene dado por la elevación a rango constitucional de 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 ambiente³⁸.
20. El segundo nivel de protección otorgado al ambiente es material y viene dado por su consideración: (i) como principio jurídico que irradia todo el ordenamiento jurídico; (ii) como derecho fundamental³⁹, 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 preserve⁴⁰; y, (iii) como conjunto de

³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-AI/TC. Fundamento jurídico 27.

³⁷ **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.

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03610-2008-PA/TC. Fundamento jurídico 33.

³⁹ **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.

⁴⁰ 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

obligaciones impuestas a autoridades y particulares en su calidad de contribuyentes sociales⁴¹.

21. Es importante destacar que en su dimensión como derecho fundamental el Tribunal Constitucional ha señalado que contiene los siguientes elementos⁴²: (i) el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, que comporta la facultad de las personas de disfrutar de un ambiente en el que sus componentes se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica⁴³; y, (ii) el derecho a que el ambiente se preserve, el cual trae obligaciones ineludibles para los poderes públicos -de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute-, y obligaciones para los particulares, en especial de aquellos cuyas actividades económicas inciden directa o indirectamente en el medio ambiente; siendo que, dichas obligaciones se traducen, en: (i) la obligación de respetar (no afectar el contenido protegido del derecho) y (ii) la obligación de garantizar, promover, velar y, llegado el caso, de proteger y sancionar el incumplimiento de la primera obligación referida⁴⁴.
22. 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 nacional que regula la protección del ambiente y en los respectivos instrumentos de gestión ambiental.
23. 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

mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. Evidentemente, tal obligación alcanza también a los particulares".

⁴¹ 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.

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-AI/TC. Fundamento jurídico 17.

⁴³ Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 0048-2004-AI/TC, fundamento jurídico 17, ha señalado lo siguiente, con relación al derecho a un ambiente equilibrado y adecuado:

"En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, dicho derecho comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso en que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1° de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido".

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 05471-2013-PA/TC. Fundamento jurídico 7.

(iii) medidas de precaución frente a amenazas de daños desconocidos e inciertos⁴⁵.

IV. CUESTIONES CONTROVERTIDAS

24. Las cuestiones controvertidas a resolver en el presente caso, son las siguientes:
- (i) Si correspondía el dictado de la medida preventiva a Lincuna.
 - (ii) Si a Lincuna le es aplicable el artículo 48° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 059-2005-EM.
 - (iii) Si los supuestos impedimentos alegados por Lincuna para remediar los PAM Lincuna Uno corresponden ser evaluados en este procedimiento.
 - (iv) Si corresponde suspender la ejecución de la Resolución Directoral N° 019-2017-OEFA/DS.

V. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

V.1 Cuestiones generales

25. Esta sala considera que previo al análisis de las cuestiones controvertidas resulta necesario señalar cuál es la naturaleza jurídica de una medida preventiva y su diferencia con la potestad sancionadora del OEFA ejercida en el marco de un procedimiento administrativo sancionador.

Respecto a la naturaleza de la medida preventiva

26. Al respecto, el artículo VI del Título Preliminar de la Ley N° 28611, contempla como uno de los principios generales para la protección del medio ambiente, el principio de prevención⁴⁶, el cual señala lo siguiente:

Artículo VI.- Del principio de prevención

La gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 03048-2007-PA/TC. Fundamento jurídico 9.

⁴⁶ Debe tomarse en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional, en lo concerniente a los deberes del Estado en su faz prestacional relacionados con la protección del medio ambiente. Así, dicho órgano colegiado ha señalado:

"...En cuanto a la faz prestacional [el Estado], tiene obligaciones destinadas a conservar el ambiente de manera equilibrada y adecuada, las mismas que se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades, entre las cuales puede mencionarse la de expedir disposiciones legislativas destinadas a que desde diversos sectores se promueva la conservación del ambiente. Queda claro que el papel del Estado no sólo supone tareas de conservación, sino también de prevención. En efecto, por la propia naturaleza del derecho, dentro de las tareas de prestación que el Estado está llamado a desarrollar, especial relevancia tiene la tarea de prevención y, desde luego, la realización de acciones destinadas a ese fin..."

¹ Sentencia del 6 de noviembre de 2001, recaída en el expediente N° 0018-2001-AI/TC. Fundamento jurídico 9.

degradación ambiental. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, que correspondan.

27. Conforme con el citado principio, se advierte que la gestión ambiental se encuentra orientada, por un lado, a ejecutar medidas para prevenir, vigilar y evitar la ocurrencia de un impacto ambiental negativo⁴⁷ y, por otro, a ejecutar las medidas para mitigar, recuperar, restaurar y eventualmente compensar, según corresponda, en el supuesto de que el referido impacto ya haya sido generado.
28. Asimismo, el artículo 3° de la Ley N° 28611⁴⁸ establece que los órganos del Estado dedicados a la vigilancia de la gestión ambiental son quienes diseñan y aplican las políticas, normas, instrumentos, incentivos y sanciones necesarios para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades contenidos en la referida Ley.
29. En esa línea, el Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, el cual tiene como ente rector al OEFA, busca asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental por parte de todas las personas naturales o jurídicas, así como supervisar y garantizar que las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y la potestad sancionadora en materia ambiental, se realicen de manera eficiente⁴⁹.

⁴⁷ Se entiende por impacto ambiental la "Alteración positiva o negativa de uno o más de los componentes del ambiente, provocada por la acción de un proyecto".

Ver: FOY VALENCIA, Pierre y VALDEZ MUÑOZ, Walter. *Glosario Jurídico Ambiental Peruano*. Lima: Fondo Editorial Academia de la Magistratura, 2012, p. 246.

Por otro lado, se entiende por impacto ambiental negativo a:

"cualquier alteración de las propiedades físicas, químicas biológicas del medio ambiente, causada por cualquier forma de materia o energía resultante de las actividades humanas, que directa o indirectamente afecten: a) la salud, la seguridad el bienestar de la población b) las actividades sociales y económicas, c) las condiciones estéticas y sanitarias del medio ambiente, d) la calidad de los recursos ambientales".

Resolución del Consejo Nacional de Medio Ambiente (Conama) N° 1/86, aprobada en Río de Janeiro (Brasil) el 23 de enero de 1986.

LEY N° 28611.

Artículo 3°.- Del rol del Estado en materia ambiental

El Estado, a través de sus entidades y órganos correspondientes, diseña y aplica las políticas, normas, instrumentos, incentivos y sanciones que sean necesarios para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades contenidas en la presente Ley.

LEY N° 29325.

Artículo 3°.- Finalidad

El Sistema tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la legislación ambiental por parte de todas las personas naturales o jurídicas, así como supervisar y garantizar que las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y potestad sancionadora en materia ambiental, a cargo de las diversas entidades del Estado, se realicen de forma independiente, imparcial, ágil y eficiente, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley N° 28245, Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental, en la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, en la Política Nacional del Ambiente y demás normas, políticas, planes, estrategias, programas y acciones destinados a coadyuvar a la existencia de ecosistemas saludables, viables y funcionales, al desarrollo de las actividades productivas y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales que contribuyan a una efectiva gestión y protección del ambiente.

30. Dentro del escenario antes descrito, la legislación contempla, para el ejercicio eficiente de la fiscalización ambiental, funciones específicas como la de evaluación, supervisión, fiscalización y sanción, las cuales tienen por objeto:

“...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)”⁵⁰.

31. En cuanto a la función supervisora, tanto la Ley N° 29325 como el Reglamento de Supervisión Directa del OEFA aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 016-2015-OEFA/CD —aplicable durante la Supervisión Regular 2016— señalan que esta comprende las acciones de seguimiento y verificación de las obligaciones ambientales de los administrados con el fin de asegurar su cumplimiento⁵¹. Bajo ese contexto, la DS, como autoridad llamada a ejercer dicha función, se encuentra facultada a emitir medidas preventivas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4° del reglamento antes indicado, el cual señala lo siguiente:

“Artículo 4°.- Función de supervisión directa

4.1 La función de supervisión directa comprende la facultad de realizar acciones de seguimiento y verificación sobre las actividades de los administrados con el propósito de asegurar su buen desempeño ambiental y el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables contenidas en:

- a) La normativa ambiental;*
 - b) Los instrumentos de gestión ambiental;*
 - c) Las medidas administrativas emitidas por los órganos competentes del OEFA;*
- y*

50

LEY 29325.

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° (...)

51

LEY N° 29325.

Artículo 11°.- Funciones generales

(...)

b) Función supervisora directa: comprende la facultad de realizar acciones de seguimiento y verificación con el propósito de asegurar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la regulación ambiental por parte de los administrados. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas preventivas.

La función supervisora tiene como objetivo adicional promover la subsanación voluntaria de los presuntos incumplimientos de las obligaciones ambientales, siempre y cuando no se haya iniciado el procedimiento administrativo sancionador, se trate de una infracción subsanable y la acción u omisión no haya generado riesgo, daños al ambiente o a la salud. En estos casos, el OEFA puede disponer el archivo de la investigación correspondiente.

Mediante resolución del Consejo Directivo se reglamenta lo dispuesto en el párrafo anterior.

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 016-2015-OEFA/CD, Reglamento de Supervisión Directa del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 28 de marzo de 2015.

Artículo 3°.- Finalidad de la función de supervisión directa

La función de supervisión directa se orienta a prevenir daños ambientales y promover la subsanación voluntaria de los presuntos incumplimientos de obligaciones ambientales, con la finalidad de garantizar una adecuada protección ambiental.

d) Otras fuentes de obligaciones ambientales fiscalizables.

4.2 **En ejercicio de la función de supervisión directa**, se promueve la subsanación voluntaria de los presuntos incumplimientos de obligaciones ambientales, y **se emiten** mandatos de carácter particular, **medidas preventivas** y requerimientos de actualización de los instrumentos de gestión ambiental.”

(Énfasis agregado).

32. El artículo citado precedentemente se complementa con la definición incluida en el artículo 6° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 016-2015-OEFA/CD, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 6°.- Definiciones

Para efectos del presente Reglamento, se aplican las siguientes definiciones:

(...)

m) **Medida preventiva:** Disposición a través de la cual se ordena al administrado la ejecución de una obligación de hacer o no hacer orientada a evitar un inminente peligro o alto riesgo de producirse un daño grave al ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas, así como a mitigar las causas que generan la degradación o daño ambiental”.

(Énfasis agregado)

33. De manera concordante, el artículo 11° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2015-OEFA/CD⁵², establece que las medidas preventivas son disposiciones de carácter excepcional, a través de las cuales la Autoridad de Supervisión impone a un administrado una obligación de hacer o no hacer a fin de evitar un inminente peligro o alto riesgo de producirse un daño grave al ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas, así como a mitigar las causas que generan la degradación o daño ambiental.

34. Asimismo, el mencionado reglamento establece que esta medida administrativa puede dictarse en cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) **Inminente peligro:** es la situación de riesgo o daño al ambiente cuya potencial ocurrencia es altamente probable en el corto plazo.
- b) **Alto riesgo:** es la probabilidad de ocurrencia de impactos ambientales que puedan trascender los límites de una instalación, y afectar de manera adversa al ambiente y la población.

52

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 007-2015-OEFA/CD, Reglamento de Medidas Administrativas del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, publicado en el diario oficial El Peruano el 28 de febrero de 2015.

De las medidas preventivas

Artículo 11°.- Definición

Las medidas preventivas son disposiciones de carácter muy excepcional a través de las cuales la Autoridad de Supervisión Directa impone a un administrado una obligación de hacer o no hacer, destinada a evitar un inminente peligro o alto riesgo de producirse un daño grave al ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas, así como a mitigar las causas que generan la degradación o daño ambiental. Estas medidas administrativas son dictadas con independencia del inicio de un procedimiento administrativo sancionador.

c) **Mitigación:** se configura cuando es necesario implementar acciones tendientes a prevenir daños acumulativos de mayor gravedad sobre el ambiente.

35. Adicionalmente, el numeral 16.1 del artículo 16° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2015-OEFA/CD⁵³ dispone que la ejecución de la medida preventiva es inmediata desde el mismo día de su notificación.
36. En virtud de lo expuesto, se concluye que la DS se encuentra facultada a dictar medidas preventivas, para evitar un inminente peligro o alto riesgo de producirse un daño al ambiente, recursos naturales o salud de las personas; o en su defecto, se mitiguen las causas que generan o puedan generar un mayor daño al ambiente. Igualmente, una vez impuesta la medida preventiva por parte de la DS, esta debe ejecutarse inmediatamente.

Respecto a la función fiscalizadora y sancionadora del OEFA

37. En cuanto a la función fiscalizadora y sancionadora, tanto la Ley N° 29325 como la Resolución de Consejo Directivo N° 045-2015-OEFA/PCD, que aprobó el Texto Único Ordenado del Procedimiento Administrativo Sancionador del OEFA, señalan que esta comprende la facultad de investigar la comisión de posibles infracciones administrativas sancionables, determinar la existencia de infracción e imponer sanciones por el incumplimiento de obligaciones contempladas en los IGA, normas ambientales, entre otros. Asimismo, dicha función comprende la facultad de dictar medidas cautelares y correctivas⁵⁴. Bajo ese contexto, es la autoridad

⁵³
RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 007-2015-OEFA/CD.

Artículo 16°.- Ejecución de la medida preventiva

16.1 La ejecución de la medida preventiva es inmediata desde el mismo día de su notificación. En caso no sea posible la notificación al administrado en el lugar en que se hará efectiva la medida preventiva, ello no impide su realización, debiéndose dejar constancia de dicha diligencia en la instalación o en el lugar, sin perjuicio de su notificación posterior.

(...)

⁵⁴
LEY N° 29325.

Artículo 11°.- Funciones generales

(...)

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.

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 045-2015-OEFA/PCD. Texto Único Ordenado del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 7 de abril de 2015.

Artículo 1°.- Del objeto

El presente Reglamento regula el procedimiento administrativo sancionador conducente a investigar y determinar la existencia de infracciones administrativas en el ámbito de competencia de la fiscalización ambiental a cargo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, así como la aplicación de sanciones y la adopción de medidas cautelares y correctivas.

Artículo 2°.- Del ámbito de aplicación

instructora⁵⁵ y decisora la autoridad llamada a ejercer dicha función (en este caso, la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos⁵⁶). Conforme lo establece el artículo 11° de Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2015-OEFA/CD, en el marco de las acciones de supervisión, la DS se encuentra en la facultad de dictar medidas preventivas con independencia del inicio de un procedimiento administrativo sancionador⁵⁷.

38. Dicho ello, a través de la Resolución Directoral N° 019-2017-OEFA/DS, la DS dictó una medida preventiva a Lincuna de acuerdo con lo regulado en el Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2015-OEFA/CD, al haber verificado que se cumplían los supuestos para su dictado. En ese sentido, la DS no ha determinado la responsabilidad administrativa de dicha empresa por alguna conducta infractora.
39. En atención a lo señalado, al no encontrarnos en el marco de un procedimiento

Las disposiciones del presente Reglamento son aplicables a toda persona natural o jurídica, patrimonio autónomo, sociedad irregular, forma asociativa de empresa u otro tipo de sujeto de derecho que desarrolla actividades económicas sujetas al ámbito de fiscalización ambiental de competencia del OEFA, por el incumplimiento de:

- (i) Obligaciones contenidas en la normativa ambiental;
- (ii) Compromisos asumidos en los instrumentos de gestión ambiental;
- (iii) Medidas cautelares o correctivas, o disposiciones o mandatos emitidos por los órganos competentes del OEFA; u,
- (iv) Otras obligaciones ambientales fiscalizables a cargo del OEFA por normativa posterior o en función de los procesos de transferencia de competencias al OEFA.

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 045-2015-OEFA/PCD.

Artículo 6°.- De las autoridades involucradas en el procedimiento administrativo sancionador
Las autoridades involucradas en el procedimiento administrativo sancionador son las siguientes:

(...)

b) Autoridad Instructora: Es el órgano facultado para imputar cargos, solicitar el dictado de medidas cautelares, desarrollar las labores de instrucción y actuación de pruebas durante la investigación en primera instancia, y formular la correspondiente propuesta de resolución.

c) Autoridad Decisora: Es el órgano competente para determinar la existencia de infracciones administrativas, imponer sanciones, dictar medidas cautelares y correctivas, así como para resolver el recurso de reconsideración interpuesto contra sus resoluciones.

(...)

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 045-2015-OEFA/PCD.
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES**

(...)

Tercera.- Autoridades del Procedimiento Administrativo Sancionador

Conforme a la actual estructura orgánica del OEFA, entiéndase que:

(...)

b) la Autoridad Instructora es el órgano correspondiente de la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos; y,

c) la Autoridad Decisora es la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos del OEFA.

Sobre el particular, cabe señalar que de acuerdo con Pons Cánovas, las medidas preventivas:

“...tienen una virtualidad propia, y por tanto, no puede considerarse a priori medidas provisionales ligadas en todo caso a los procedimientos sancionadores”, por lo cual debido a carácter independiente de las medidas preventivas “...no estamos –obligatoriamente– ante medidas provisionales instrumentales y accesorias de procedimiento sancionadores (...) pueden adoptarse, por tanto, aun cuando no se hayan instruido ningún procedimiento sancionador (...).”

PONS CÁNOVAS, Ferran. *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*. Marcial Pons. España: 2001. Pg. 57.

administrativo sancionador, sino en un procedimiento de carácter preventivo, corresponde a esta sala pronunciarse solo respecto del cumplimiento de los requisitos del dictado de una medida preventiva, y no emitir pronunciamiento respecto de cualquier argumento relacionado con la responsabilidad administrativa del administrado.

40. Sin perjuicio de lo expuesto en los considerandos precedentes, debe señalarse que de conformidad con el numeral 17.2 del artículo 17° de la Resolución de Consejo Directivo N° 007-2015-OEFA-CD⁵⁸, el incumplimiento de la medida preventiva constituye infracción administrativa, cuya investigación debe realizarse en el marco de un procedimiento administrativo sancionador.

V.2 Si correspondía el dictado de la medida preventiva a Lincuna

41. Tomando en consideración el marco general desarrollado en el acápite anterior (cuestiones generales), esta sala evaluará a continuación la pertinencia del dictado de la medida preventiva ordenada mediante Resolución Directoral N° 019-2017-OEFA/DS.

42. Al respecto, cabe señalar que en el Informe N° 556-2009-MEM-AAM/MES/CAH/ABR del 15 de mayo de 2009 (en adelante, **Informe N° 556-2009-MEM**), que sustentó la aprobación del Pcpam Lincuna Uno, se estableció para las actividades de cierre de las bocaminas, depósitos de desmonte, cateos y rajos las siguientes medidas:

"3.4. ACTIVIDADES DE CIERRE

Estabilización física.

Bocaminas. El cierre de las bocaminas se realizará teniendo en cuenta si tienen o no drenaje; de las 44 bocaminas, 16 tendrán el cierre tapón II y 28 el cierre tapón I.

- **Tapón Tipo I.** Es un tapón hermético de concreto simple. El tapón estará anclado en la roca con una excavación de 1 m en todo el perímetro. El muro se ubicará en la línea segura, hacia la salida se rellenará con material granular proveniente de depósitos de desmonte cercanos.

- **Tapón Tipo II.** Es un tapón hermético de concreto armado de $f'c=315k/cm^2$, el muro estará anclado en la roca una profundidad equivalente a $1/2$ del ancho del tapón. La zona entre la salida y el tapón será rellenada con material granular o desmonte de mina.

(...)

Depósitos de desmonte. La estabilización de los desmontes consistirá en el traslado del material al interior de las labores cercanas.

(...)

Cateos y Rajos. El cierre de los rajos y cateos comprende el relleno con desmonte proveniente de las bocaminas.

(...)

Estabilidad geoquímica.

⁵⁸ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 007-2015-OEFA/CD.

Artículo 17°.- Cumplimiento de la medida preventiva

17.2 El incumplimiento de una medida preventiva constituye infracción administrativa. La investigación correspondiente se tramita conforme al procedimiento sancionador abreviado previsto en el Capítulo V del presente Reglamento.

Bocamina. Para la formación de drenaje ácido de rocas se necesita que haya oxígeno, como los tapones son herméticos, la estabilidad geoquímica está garantizada. Se colocará la cobertura tipo I.

Depósitos de desmonte. El terreno que queda, una vez removido el depósito, será previamente limpiado una capa de 0.20 m de espesor, luego se colocará una capa de suelo orgánico. La cobertura utilizada será Tipo II.

(...)

Cateos y Rajos. La estabilidad se logrará mediante la colocación de una cobertura tipo I, la que consiste en colocar una capa de 0.30 m de material impermeable (arcilla) sobre el desmonte que sirve de relleno, sobre ésta se colocará una capa de 0.15 m de material granular (caliza) y finalmente una capa de 0.20 m de material orgánico. La cobertura que se utilizará será Tipo I.

Cobertura Tipo I: Sobre el material de conformación se colocará una capa de material impermeable (arcilla) de 0.30 m de espesor. Sobre ésta se colocará una capa de 0.15 m de espesor de material granular (caliza) y finalmente una capa de material orgánico de 0.20 m de espesor de material orgánico.

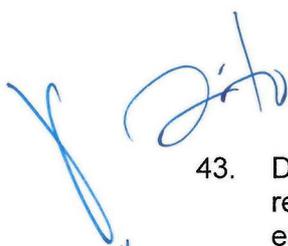
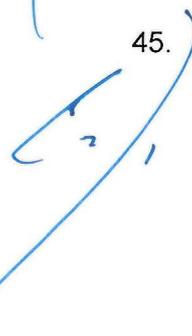
Cobertura Tipo II: Esta cobertura está diseñada para los botaderos de desmonte que serán reubicados y consiste en colocar, sobre el terreno natural limpio, una capa de 0.20 m de tierra de cultivo.

Estabilidad Hidrológica. La estabilización hidrológica se logrará mediante la construcción de obras de derivación de la escorrentía superficial. Las obras de derivación de agua han sido calculadas con un período de retorno de 200 años. Se construirán solamente aguas arriba de las bocaminas y de acuerdo a la pendiente del terreno puede ser Tipo I y Tipo II.

Canal Tipo I: Es un canal de mampostería de piedra embebido en concreto $f'c = 210 \text{ Kg/cm}^2$, de forma trapezoidal con 0.40 m de base, 0.40 m de altura y un talud de las paredes laterales de 0.5, la pendiente será de 1% y el caudal de diseño es de $0.10 \text{ m}^3/\text{seg}$.

Canal Tipo II: Es de forma rectangular, de mampostería de piedra embebida en concreto $f'c = 210 \text{ k/cm}^2$ de base 0.4 m y altura 0.5 m, el caudal de diseño es de $0.10 \text{ m}^3/\text{seg}$.

Revegetación. El Plan de Cierre de los Pasivos Lincuna considera la revegetación natural, de tal manera que la vegetación se desarrolle por procesos naturales."

- 
- 
- 
43. De las medidas antes descritas, se advierte que el cierre de las bocaminas se realizaría dependiendo si las mismas tienen drenaje o no. Para asegurar la estabilidad física y geoquímica se colocará tapones a fin de evitar la generación de drenaje ácido de roca. De igual modo, se debería construir canales para coleccionar las aguas de escorrentía con la finalidad de lograr estabilidad hidrológica.
 44. Por otro lado, para el cierre de los rajos se debió rellenar los mismos con desmonte y encima colocarles una cobertura de material impermeable, luego granular y finalmente material orgánico. Cabe precisar que tanto para el cierre de bocaminas y rajos, el Pcpam Lincuna Uno consideró que la revegetación debía darse de manera natural.
 45. Finalmente, en cuanto al cierre de botaderos de desmontes, se estableció como medida el traslado del material al interior de las labores cercanas.

46. Dicho ello, debe indicarse que durante la Supervisión Regular 2016, la DS constató lo siguiente⁵⁹:

<p>Hallazgo N° 1: <i>Se ha evidenciado que no se han realizado actividades de cierre en los pasivos ambientales mineros de la Unidad Minera Lincuna Uno, de acuerdo a lo establecido en el Plan de Cierre, aprobado mediante Resolución Directoral N° 129-2009-MEM- AAM.</i></p>	<p>Clasificación: MODERADO</p> <p>Situación del Hallazgo: No Subsanao</p> <p>Fuente de la obligación fiscalizable: - Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros de la Unidad Minera Lincuna Uno, aprobado mediante Resolución Directoral N° 129-2009-MEM-AAM. - Artículo 43° del Reglamento de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera, aprobado mediante Decreto Supremo N° 059-2005-EM.</p>
<p>Medios Probatorios: 1. Álbum Fotográfico que contiene las Fotografías N° 2 al 12, N° 14 al 45 y N° 48 al 66 (Ver Anexo 5 del Informe Preliminar de Supervisión Directa). (...)</p>	
<p>(...)</p> <p>3) Análisis del hallazgo Durante las acciones de supervisión a los Pasivos Ambientales de la Unidad Minera Lincuna Uno, se observó que en las bocaminas, botaderos de desmonte y rajos verificados no se han realizado los trabajos de cierre establecidos en el PCPAM Lincuna Uno, conforme al siguiente detalle:</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) Las bocaminas L1-B3-B, L1-B4-B, L1-B27-SD, L1-B30D y L1-B43-TG no contaban con tapón de concreto ni material de cobertura. Ello se evidencia en las fotografías N° 9, 10, 14, 15, 48, 49, 60, 61, 62, 65 y 66 del Anexo 5 del Informe Preliminar. (ii) Las bocaminas L1-B5-DO, L1-B28-SD y L1-B29-SD no contaban con tapón de concreto ni material de cobertura. Ello se evidencia en las fotografías N° 37, 38, 51, 54 y 55 del Anexo 5 del Informe Preliminar. (iii) En los botaderos de desmonte L1-D9-B, L1-D10-B, L1-D7-B, L1-D13-S, L1-D14a-P, L1-D14b-P, L1-D14c-P, L1-D15-P, L1-D16-P, L1-D17-P, L1-D18-P, L1-D1-DH, L1-D2-DH, L1-D20-DO, L1-D19-DO, L1-D41-SD, L1-D42-SD, L1-D45-SD, L1-D46-SD, L1-D47-SD, L1-D48-SD, L1-D74-TG y L1-D75-TG, el desmonte no ha sido retirado y las áreas no se han cubierto con material orgánico. Ello se sustenta en las fotografías N° 5 al 8, 11, 12, 18 al 24, 27 al 30, 34, 35, 36, 39, 40, 42 al 45, 50, 52, 53, 56 al 59, 63 y 64 del Anexo 5 del Informe Preliminar. (iv) Los rajos L1-R2-B, L1-R3-S, L1-R4-P, L1-R1-DH (presenta agua empozada) y L1-R6-DO no han sido rellenados con desmonte ni cubiertos con material orgánico. Ello se sustenta en las fotografías del N° 2 al 4, 16, 17, 25, 26, 31 al 33, 41 del Anexo 5 del Informe Preliminar. <p>(...)</p> <p>Al respecto, en los PAM Lincuna Uno, durante las acciones de muestreo ambiental se identificaron cinco (5) bocaminas y un (rajo) (sic) con presencia de drenaje; que por el caudal y características del flujo que presentaban sólo se pudo tomar muestras en uno de ellos: ESP-2 (al ingreso de la bocamina L1-B30D), el cual presentaba contenido de Zinc Total superior a los Límites Máximos Permisibles (LMP) para la descarga de efluentes líquidos de Actividades Minero-Metalúrgicas, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2010-MINAM (ver Anexo 7 del Informe Preliminar). Cabe indicar que, los resultados obtenidos en la bocamina L1-B30D, no representan la estabilidad geoquímica de las demás bocaminas, las cuales podrían presentar valores con mayor tendencia a la acidez y contenidos de metales.</p> <p>(...)</p>	

⁵⁹

Páginas 8 a 14 del documento contenido en el disco compacto, que obra a foja 15.

47. Conforme con lo indicado por la DS, los componentes que fueron detectados durante la Supervisión Regular 2016 son los siguientes:

Cuadro N° 1: Componentes materia de hallazgo detectados durante la Supervisión Regular 2016

Instalaciones, áreas y/o componentes	Descripción
Rajo L1-R2-B	Se observó que no cuenta con material de relleno ni ha sido cubierto con material orgánico.
Botadero de desmonte L1-D9-B	Se observó que el desmonte no se ha retirado del área, y ésta no ha sido cubierta con material orgánico.
Botadero de desmonte L1-D10-B	Se observó que el desmonte no se ha retirado del área, y ésta no ha sido cubierta con material orgánico.
Bocamina L1-B3-B	Presencia de drenaje proveniente de la bocamina. No contaba con tapón de concreto ni material de cobertura.
Botadero de desmonte L1-D7-B	Se observó que el desmonte no se ha retirado del área, y ésta no ha sido cubierta con material orgánico.
Bocamina L1-B4-B	Se observó que la bocamina no contaba con tapón, material de relleno ni cobertura. Así como, presentaba drenaje proveniente de la bocamina.
Rajo L1-R3-SD	Se observó que no cuenta con material de relleno ni ha sido cubierto con material orgánico.
Botadero de desmonte L1-D13-SD	Se observó que el desmonte no se ha retirado del área, y ésta no ha sido cubierta con material orgánico.
Botadero de desmonte L1-D14a-P	Se observó que el desmonte no se ha retirado del área, y ésta no ha sido cubierta con material orgánico.
Botadero de desmonte L1-D14b-P	Se observó que el desmonte no se ha retirado del área, y ésta no ha sido cubierta con material orgánico.
Botadero de desmonte L1-D14c-P	Se observó desmonte dispuesto en el área.
Botadero de desmonte L1-D15-P	Se observó que el desmonte no se ha retirado del área, y ésta no ha sido cubierta con material orgánico.
Rajo L1-R4-P	Se observó que no cuenta con material de relleno ni ha sido cubierto con material orgánico.
Botadero de desmonte L1-D16-P	Se observó que el desmonte no se ha retirado del área, y ésta no ha sido cubierta con material orgánico.
Botadero de desmonte L1-D17-P	Se observó que el desmonte no se ha retirado del área, y ésta no ha sido cubierta con material orgánico.
Botadero de desmonte L1-D18-P	Se observó que el desmonte no se ha retirado del área, y ésta no ha sido cubierta con material orgánico.
Rajo L1-R1-DH	Se observó que no cuenta con material de relleno ni ha sido cubierto con material orgánico. Se observó presencia de agua empozada dentro del rajo que entraba en contacto con un bofedal aledaño.
Botadero de desmonte L1-D1-DH	Se observó que el desmonte no se ha retirado del área, y ésta no ha sido cubierta con material orgánico.
Botadero de desmonte L1-D2-DH	Se observó que el desmonte no se ha retirado del área, y ésta no ha sido cubierta con material orgánico.
Bocamina L1-B5-DO	Se observó que la bocamina no contaba con tapón ni material de cobertura.
Botadero de desmonte L1-D20-DO	Se observó que el desmonte no se ha retirado del área, y ésta no ha sido cubierta con material orgánico.
Rajo L1-R6-DO	Se observó que no cuenta con material de relleno ni ha sido cubierto con material orgánico.
Botadero de desmonte L1-D19-DO	Se observó que el desmonte no se ha retirado del área, y ésta no ha sido cubierta con material orgánico.
Botadero de desmonte L1-D41-SD	Se observó que el desmonte no se ha retirado del área, y ésta no ha sido cubierta con material orgánico.

Botadero de desmonte L1-D42-SD	Se observó que el desmonte no se ha retirado del área, y ésta no ha sido cubierta con material orgánico.
Bocamina L1-B25-SD	Se observó el área cubierta con material de la zona.
Bocamina L1-B27-SD	Se observó que la bocamina no cuenta con tapón ni material de cobertura. Existe agua empozada afuera de la bocamina.
Botadero de desmonte L1-D45-SD	Se observó que el desmonte no se ha retirado del área, y ésta no ha sido cubierta con material orgánico.
Bocamina L1-B28-SD	Se observó que no cuenta con tapón ni material de cobertura.
Botadero de desmonte L1-D46-SD	Se observó que el desmonte no se ha retirado del área, y ésta no ha sido cubierta con material orgánico.
Bocamina L1-B29-SD	Se observó la colocación de muro de rocas frente a la bocamina, el cual presenta una abertura en la parte superior, y la presencia de una tubería de HDPE al pie de la bocamina. No se constató drenaje.
Botadero de desmonte L1-D47-SD	Se observó que el desmonte no se ha retirado del área, y ésta no ha sido cubierta con material orgánico.
Botadero de desmonte L1-D48-SD	Se observó que el desmonte no se ha retirado del área, y ésta no ha sido cubierta con material orgánico.
Bocamina L1-B30-D	Se observó que la bocamina no cuenta con tapón ni material de cobertura. Presentaba drenaje.
Botadero de desmonte L1-D74-TG	Se observó que el desmonte no se ha retirado del área, y ésta no ha sido cubierta con material orgánico.
Botadero de desmonte L1-D75-TG	Se observó que el desmonte no se ha retirado del área, y ésta no ha sido cubierta con material orgánico.
Bocamina L1-B43-TG	Se observó que la bocamina no cuenta con tapón ni material de cobertura.

Fuente: Informe de Supervisión.
Elaboración: TFA.

48. Lo manifestado por la DS se complementa con las fotografías N^{os} 2 al 66 contenidas en el Informe de Supervisión⁶⁰. Al respecto, en las fotografías N^{os} 1 y 4 se advierte el drenaje proveniente de las bocaminas, en las fotografías N^{os} 7 y 8 se verifica presencia de vegetación alrededor de los botaderos de desmonte; y en la fotografía 33 se observa empozamiento de agua en los rajos, tal como se muestra a continuación:

⁶⁰ Páginas 353 a 417 del Informe de Supervisión contenido en el disco compacto que obra a foja 15.



Fotografía N° 4: Vista de la bocamina L1-B30-D. Se observó presencia de drenaje.



Fotografía N° 32: Vista del drenaje proveniente del rajo L1-R1-DH, el cual discurre hacia un bofedal aledaño.



Fotografía N° 57: Vista lateral del botadero de desmonte L1 D47-SD. Se observó desmonte dispuesto en el área.

Handwritten signatures and markings in blue ink, including a large signature and some scribbles with numbers '2' and '7'.

49. En virtud de estos hallazgos, la DS concluyó que Lincuna no ejecutó ninguna de las actividades de cierre establecidas en su Pcpam Lincuna Uno, por lo que dicha dirección consideró como medida preventiva que el administrado proceda, a la brevedad, con el cierre de los pasivos comprendidos en su instrumento, argumentando que de mantenerse dichas condiciones existe un inminente peligro o alto riesgo de producirse un daño grave al ambiente. Ello, debido a que, tal como se ha detectado durante la Supervisión Regular 2016, se está generando drenajes con altas concentraciones de zinc que discurren sobre el suelo.
50. Tomando en consideración lo desarrollado por la DS, esta sala advierte que de la revisión del Pcpam Lincuna Uno⁶¹, la descripción geológica del área donde se encuentran ubicados los PAM Lincuna Uno presentan minerales sulfurados; asimismo, la descripción geoquímica indica las reacciones de oxidación y la formación de drenaje ácido, tal como se detalla a continuación:

“ANEXO A

3. CONDICIONES ACTUALES DEL ÁREA DEL PROYECTO

3.1. Medio Ambiente Físico

(...)

3.1.3. Geología

(...)

C. Geología Económica

(...)

La mineralización comprende principalmente sulfuros como enargita, pirita, galena, esfalerita, arsenopirita y tetrapirita. La mineralización de cobre se concentra en forma de sulfosales, la mineralización de Pb-Zn presenta en menor cantidad arsenopirita, estibina, pirita y marcasita.

(...)

Por las características geológicas de la cuenca se tiene al grupo Calipuy ocupando gran parte de ella aproximadamente un 60%, constituyéndose como potenciales factores de generación de drenaje ácido por la presencia de una fuerte piritización y halos de limonización en su composición litológica hechos que se han puesto de manifiesto en los yacimientos de la cuenca y otros depósitos mineralizados que se emplazan en las mencionadas volcánicas.”⁶²

“CAPITULO II

2. COMPONENTES DEL CIERRE

(...)

2.1. Mina

2.1.1 Labores Mineras Subterráneas

(...)

C. Características Geoquímicas

En cuanto a la caracterización geoquímica, se ha considerado que en cuanto a la mineralogía, en la zona predomina cuarcita, clorita y epidota. Tomando en cuenta que las labores mineras que se ubican en las concesiones que conforman la UEA LINCUNA UNO, son prospectos mineros en los que los trabajos eran

⁶¹ Levantamiento de Observaciones del Plan de Cierre de Pasivos de la Unidad Minera Lincuna Uno. Tomo II. Fojas 519-520.

⁶² Levantamiento de Observaciones del Plan de Cierre de Pasivos de la Unidad Minera Lincuna Uno. Tomo III. Fojas 942.

orientados principalmente a la exploración de los pasivos ambientales, **se considera la posibilidad de generación de drenaje ácido** puede ser mínima, sin embargo pruebas de potencial neto de neutralización realizadas en el depósito de relaves de Huancapeti, han dado como resultado un PNN de igual a $-104.8 \text{ kg/tCaCO}_3$ (Anexo A.9.2), con lo cual **hay una fuerte tendencia ha (sic) generar drenaje ácido en presencia de oxígeno**, en el material procedente de la relavera. Por lo cual no es posible descartar que puedan, ocurrir reacciones de oxidación en la roca alterada en las labores mineras y que puedan generar drenaje ácido [...]⁶³.

(...)

2.1.2. Labores a cielo abierto

(...)

Las características geológicas geotécnicas, geoquímicas, así como las características hidrológicas son similares a las descritas en el ítem de labores subterráneas⁶⁴.

(...)

2.3.2. Depósito de Desmonte

(...)

B. Características geoquímicas de los depósitos de residuos

El material del depósito de desmonte está compuesto por partículas finas que en contacto con el oxígeno podría generar reacciones de oxidación y por ende drenaje ácido, sin embargo en el presente estudio se considerará la cobertura adecuada a fin de evitar la posibilidad de generación de drenaje ácido⁶⁵.

(Énfasis agregado)

51. Sobre el particular, cabe indicar que el contacto de la mineralización presente en las labores mineras subterráneas ubicadas en los PAM Lincuna Uno (esfalerita, galena y pirita), con el agua y oxígeno produce drenaje ácido de roca (en adelante, **DAR**), que es el drenaje contaminado que resulta de la oxidación de minerales sulfurados y lixiviación de metales asociados, provenientes de las rocas sulfurosas cuando son expuestas al aire y al agua⁶⁶, tal como se constató de los flujos provenientes de las bocaminas L1-B3-B, L1-B4-B, L1-B27-SD y L1-B30-SD.

⁶³ Levantamiento de Observaciones del Plan de Cierre de Pasivos de la Unidad Minera Lincuna Uno. Tomo II. Foja 501.

⁶⁴ Levantamiento de Observaciones del Plan de Cierre de Pasivos de la Unidad Minera Lincuna Uno. Tomo II. Foja 506.

⁶⁵ Levantamiento de Observaciones del Plan de Cierre de Pasivos de la Unidad Minera Lincuna Uno. Tomo II. Foja 508.

⁶⁶ Sobre el particular, la "Guía Ambiental para el Manejo de Drenaje Ácido de Minas" aprobado mediante Resolución Directoral N° 035-95-EM/DGAA señala lo siguiente:

"Capítulo I. Los Procesos

1. Descripción del DAR

(...)

Cualquiera sea el término empelados -DAM o DAR- el drenaje ácido se refiere a:

drenaje contaminado que resulta de la oxidación de minerales sulfurados y lixiviación de metales asociados, provenientes de las rocas sulfurosas cuando son expuestas al aire y al agua. El desarrollo del DAR es un proceso dependiente del tiempo y que involucra procesos de oxidación tanto química como biológica y fenómenos físico-químicos asociados, incluyendo la precipitación y el encapsulamiento."

52. A mayor abundamiento, cabe señalar que durante la Supervisión Regular 2016 se monitoreó el efluente proveniente de la bocamina L1-B30-D, que descarga al suelo, en el cual se obtuvo un valor de 3,554mg/L para el parámetro zinc total y 6,21 para el parámetro pH⁶⁷. Los resultados obtenidos exceden los valores establecidos en el Decreto Supremo N° 010-2010-MINAM.⁶⁸
53. Al respecto, dichos resultados demuestran que el efluente proveniente de la bocamina L1-B30-D están descargando alto contenido de zinc total, el cual es tóxico para la salud de las personas y la flora⁶⁹, mientras que los valores de pH,

Ministerio de Energía y Minas "Guía Ambiental para el Manejo de Drenaje Ácido de Minas" aprobado mediante Resolución Directoral N°. 035-95-EM/DGAA., p.9.

Asimismo, cabe indicar que según Weiner el drenaje ácido de mina puede alterar el pH de un cuerpo de agua sustancialmente y tiene efectos perjudiciales sobre la vida acuática:

"Chapter 5

4. Measurement of Water Quality

(...)

pH

(...)

The pH of an effluent or water sample is important in almost all phases of drinking water and wastewater treatment. In water treatment as well as in disinfection and corrosion control, pH is important in ensuring proper chemical treatment. Aquatic organisms are sensitive to pH changes, as well as to the actual pH of the water. Few aquatic organisms tolerate waters with a pH less than 4 or greater than 10. Acid mine drainage, unregulated acids or bases in industrial effluents, or atmospheric acid deposition may alter the pH of a water body substantially and have detrimental effects on aquatic life."

WEINER, Ruth & MATTHEWS, Robín "Environmental Engineering" Cuarta Edición 2013. Editorial Butterworth Heinemann. Estados Unidos., p.93.

Mientras que Ayala, indica que la alta acidez y las concentraciones de metales pesados que suelen encontrarse en los drenajes ácidos plantean graves riesgos ecológicos, en particular los ecosistemas acuáticos.

"1. Introduction

Acid rock drainage (ARD) is the effluent generated from rock residues by oxidation of metal sulfides such as pyrite (FeS₂). ARD is often characterized by low pH values (2–6), and high sulfate and heavy metals content [1,2]. The high acidity and heavy metal concentrations typically found in ARD pose serious ecological risks, particularly for aquatic ecosystems [3,4]."

AYALA, Pedro [et-al] "Treatment of acid rock drainage using a sulfate-reducing bioreactor with zero-valent iron". Department of Chemical and Environmental Engineering, University of Arizona. Elsevier. Journal of Hazardous Materials 308 (2016) 97–105

⁶⁷ El resultado del monitoreo consta en el Informe de Ensayo N° J-00224059 emitido por el laboratorio NSF Envirolab S.A.C., páginas 557 a 578 del Informe de Supervisión contenido en el disco compacto que obra a foja 15.

⁶⁸ Cabe agregar, que durante la Supervisión Regular 2015 se monitoreó el efluente proveniente de las bocaminas L1-B3-B y L1-B30-D, las cuales descargaban al suelo. En dicho monitoreo se obtuvieron valores para el pH de 3.25 y 5.93 respectivamente y valores de 1,645 y de 1,345 mg/L para el parámetro zinc total, cuyos resultados exceden los valores establecidos en el Decreto Supremo N° 010-2010-MINAM.

⁶⁹ Sobre el particular, cabe indicar que, de acuerdo con Sierra, el parámetro zinc es un contaminante, tal como se detalla a continuación:

"CAPÍTULO 4

Contaminación del agua

4.1. Naturaleza y tipos de contaminantes del agua

inciden en la sensibilidad de organismos acuáticos, ocasionando efectos perjudiciales⁷⁰.

Tabla 4.1: Tipos generales de contaminantes del agua

Tipo de contaminante	Impacto
Elementos traza	Salud, biota acuática, toxicidad
Metales pesados	Salud, biota acuática, toxicidad
(...)	
Contaminantes orgánicos traza	Toxicidad

(...)

4.2. Contaminantes elementales

(...)

Tabla 4.2. Elementos traza importantes en las aguas naturales.

Elemento	Fuentes	Efectos e importancia
(...)		
Zinc	Residuos industriales, recubrimientos de metales	Elemento esencial, tóxico para las plantas a altos niveles.

(...)"

Algunos de los metales pesados están entre los más dañinos de los contaminantes elementales y son de particular interés debido a su toxicidad para los humanos. Estos elementos son en general, los metales de transición (...)

(...)

4.3. Metales pesados

Cadmio

(...)

El cadmio y el zinc son contaminantes comunes del agua y de los sedimentos (...)

MANAHAN, Stanley "Introducción a la Química Ambiental" Reverté Ediciones, S.A. de C.V., 2007. Universidad Nacional Autónoma de México. ISBN: 968-36-6707-4., pp.145-149.

Asimismo según Sierra, el zinc en elevadas concentraciones es tóxico para algunas especies de la vida acuática.

"CAPITULO 2. Características físicas, químicas y biológicas del agua

(...)

2.7. RESUMEN SOBRE LAS CARACTERÍSTICAS FÍSICAS, QUÍMICAS Y BIOLÓGICAS DEL AGUA

(...)

Tabla 2.6 Parámetros ambientales propuestos para medir en el recurso agua.

E. Químicos básicos		
Nº	Parámetro	Descripción
(...)		
41	Zinc	Es un elemento esencial para las plantas y animales, pero en elevadas concentraciones es tóxico para algunas especies de la vida acuática.

SIERRA, Carlos "Calidad del agua. Evaluación y diagnóstico" Primera Edición. Ediciones de la U. Universidad de Medellín. 2011., p.86

Según KIELY, 1999., la mayor parte de las formas de vida ecológicas son sensibles a los cambios de pH, indicando que un pH alejado del rango aceptable puede matar la colonia activa microbiológica, conduciendo a las descargas de efluentes no tratados.

"Capítulo Tres. Introducción a la química y microbiología en ingeniería ambiental

(...)

3.2. Propiedades físicas y químicas del agua

(...)

3.2.2. Propiedades químicas inorgánicas del agua

(...)

El pH de la mayoría de las aguas minerales está entre 6 y 9. El pH permanece razonablemente constante a menos que la calidad del agua cambie debido a las influencias de tipo natural o antropogénicas, aumentando a acidez o basicidad. Como la mayor parte de las formas de vida ecológicas son sensibles a los cambios de pH, es importante que el impacto antropogénico (por ejemplo, las descargas de efluentes) sea minimizada. En el Capítulo 12 sobre el tratamiento del agua residual, se ve que es importante mantener un control de pH de los sistemas de tratamiento

54. De igual modo, cabe indicar que la descripción geológica de los rajos es igual a la de las labores subterráneas (bocaminas) de acuerdo con lo descrito en el Pcpam Lincuna Uno. En ese sentido, la acumulación de agua en los rajos podría reaccionar con el material rocoso y originar drenaje ácido de roca.
55. En ese sentido, los drenajes provenientes de bocaminas, o cualquier drenaje proveniente de un pasivo minero, deben ser tratados de manera inmediata a efectos de limitar la generación o migración de drenaje contaminado que podría generar un impacto adverso⁷¹. Así, con el control y tratamiento inmediato de los efluentes se estaría limitando la migración de flujo de agua hacia el ambiente⁷².
56. Por lo tanto, en virtud de las consideraciones expuestas en los considerandos 41 a 55 de la presente resolución, esta sala considera que los flujos detectados durante la Supervisión Regular 2016, entre ellos, el efluente proveniente de la bocamina L1-B30-D y el empozamiento del agua en el rajo L1-R1-DH acreditan la existencia de:
- i) Un peligro inminente, pues hay una situación de riesgo o daño al ambiente generada por los drenajes detectados cuya potencial ocurrencia es altamente probable en el corto plazo⁷³.
 - ii) Un alto riesgo de la ocurrencia de impactos negativos como consecuencia de los flujos que pueden discurrir por el suelo o la quebrada Cuncush, afectando la calidad del suelo y agua y las poblaciones asentadas alrededor de los PAM Lincuna Uno.

*biológicos de aguas residuales dentro de un rango específico. Un afluente con pH demasiado alejado del rango aceptable (6 a 8) puede matar la colonia activa microbiológica, conduciendo a las descargas de efluentes no tratados.*⁷⁰ (Énfasis agregado)

KIELY, Gerard. "Ingeniería Ambiental. Fundamentos, Entornos, Tecnologías y Sistemas de Gestión", Primera Edición 1999. Editorial McGraw Hill/Interamericana de España, SAU, Madrid, España. p. 93

⁷¹ MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS "Guía Ambiental para el Manejo de Drenaje Ácido de Minas" aprobado mediante Resolución Directoral N°. 035-95-EM/DGAA.,p.79.

**"Capítulo IV. Control
I. Introducción**

El término "control" se utiliza para hacer referencia a las medidas tomadas para prevenir o limitar la generación o migración de drenaje contaminado que podría originar un impacto ambiental adverso."

⁷² MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS "Guía Ambiental para el Manejo de Drenaje Ácido de Minas" aprobado mediante Resolución Directoral N°. 035-95-EM/DGAA.,p.80.

**"Capítulo IV. Control
I. Introducción
(...)"**

"Sin embargo, en muchos asientos, el potencial del DAR no fue reconocido en un inicio. Una vez que se establezcan las reacciones de oxidación, el control óptimo consiste en limitar la migración de los contaminantes hacia el ambiente receptor. A menudo, la única opción práctica es una combinación de las dos últimas alternativas. La cantidad del DAR se limita, en la medida de lo posible, mediante el control de flujo de agua; al mismo tiempo, se recolecta y trata."

⁷³ Cabe agregar que tal como lo mencionó la DS en la resolución apelada, de no rellenarse los rajos existe un inminente peligro de daño a la fauna por la caída de estos animales al mismo.

57. Por lo expuesto, esta sala especializada considera que sí correspondía dictar la medida preventiva relativa a la realización inmediata del tratamiento temporal del efluente proveniente de la bocamina L1-B30-D y de cualquier otro que requiera tratamiento, como el empozamiento del agua en el rajo L1-R1-DH, hasta que el administrado concluya con las actividades de cierre contenidas en el Pcpam Lincuna Uno.
58. Corresponde precisar que las acciones descritas en el considerando anterior están contempladas en el artículo 1° de la resolución apelada.

V.3 Si a Lincuna le es aplicable el artículo 48° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 059-2005-EM

59. En su recurso de apelación, Lincuna alegó que la DS le habría imputado la condición de generador de los pasivos, conforme se apreciaría de los considerandos 1 al 9 de la resolución apelada, en los cuales se indicaría normas referidas a la producción de impactos generados por los titulares mineros. Dicha situación, según el administrado, constituiría una interpretación errónea de la condición en la que presentó el Pcpam Lincuna Uno. Además, precisó que no sería el generador de dichos pasivos, hecho que se verificaría con la información consignada en la Actualización del Inventario PAM⁷⁴, en el cual no se habría identificado al generador de los PAM Lincuna Uno⁷⁵.
60. De igual modo, el administrado señaló que el responsable de la remediación de estos PAM sería, en primer término, el Estado. Además, alegó que la normativa que regula los pasivos ambientales mineros ha establecido un tratamiento legal diferenciado respecto de los generadores de pasivos ambientales de los remediadores voluntarios. Por lo tanto, Lincuna sostuvo que, al tener la condición de remediador voluntario no sería el responsable de la generación de los pasivos conforme con los artículos 12°, 14° y 15° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N°059-2005-EM⁷⁶.

⁷⁴ Cabe agregar que el administrado en su recurso de apelación presentó como Anexo N° 7, el Inventario de Pasivos Ambientales actualizado al 23 de diciembre de 2016, foja 97.

⁷⁵ Al respecto el administrado citó un extracto de este inventario e indicó:

"Claramente se aprecia en la columna: "NOMBRE DEL GENERADOR DEL PASIVO", que no se ha identificado a ningún generador bajo la declaración de "NO IDENTIFICADO", por lo que carece de fundamento toda apreciación, recomendación y/o decisión tomada sobre la base equivocada (sic) que nuestra empresa es generadora del PMA Lincuna Uno". (Énfasis original). Foja 33.

⁷⁶ En este punto el recurrente agregó:

*"En consecuencia, no es admisible que la administración formule el sustento legal de la R.D. N° 019-2017-OEFA/DS-CMI (sic), bajo el supuesto equivocado que somos generadores del PAM Lincuna Uno, y por tanto se asuma una condición y responsabilidad distinta de nuestra empresa con relación al cierre del PAM Lincuna Uno.
Reiteramos que, al no ser los generadores del pasivo minero, tenemos la condición de remediadores voluntarios, lo cual trae como consecuencia que la aplicación de las normas citadas, mandatos y apremios, sean diferentes a los utilizados en el informe y resolución que apelamos" Foja 34.*

61. Al respecto, tal como se ha indicado en el considerando 39 de la presente resolución, al no encontrarnos en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, sino en un procedimiento de carácter preventivo, corresponde a esta sala solo pronunciarse sobre el dictado de una medida preventiva, y no sobre la responsabilidad administrativa de Lincuna.
62. Por tanto, no le corresponde a esta sala determinar en el presente procedimiento si Lincuna tiene la condición de generador de pasivos ambientales o remediador voluntario de los PAM Lincuna Uno, con el objeto de determinar la responsabilidad administrativa de Lincuna. En ese sentido, los argumentos del administrado no guardan relación con lo que es materia de pronunciamiento en este tipo de procedimiento.
63. Adicionalmente, debe precisarse que corresponde al Minem identificar a los generadores de los PAM, y no al OEFA⁷⁷.
64. Sin perjuicio de ello, cabe indicar que el administrado presentó el Pcpam Lincuna Uno ante el Minem, el cual fue aprobado por la Dgaam mediante Resolución Directoral N° 129-2009-MEM/AAM⁷⁸, siendo que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 11° de la Ley N° 29325, su cumplimiento constituye una obligación ambiental fiscalizable.

77

LEY N° 28271, Ley que regula los Pasivos Ambientales de la Actividad Minera, publicado en el diario oficial El Peruano el 6 de julio de 2004.

Artículo 4°.-

El Ministerio de Energía y Minas a través de su órgano técnico competente identificará a los responsables de las operaciones mineras que abandonaron depósitos de residuos, labores o instalaciones mineras, generando pasivos ambientales en sus diversas modalidades. También identificará a los titulares de la concesión minera inactivos que mantienen el derecho de concesión y vigencia minera hasta la actualidad y arrastran pasivos ambientales.

Decreto Supremo N° 059-2005-EM, que aprobó el Reglamento de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera, publicada en el diario oficial El Peruano el 8 de diciembre de 2005.

Artículo 5°.- **Responsabilidad por la remediación ambiental**

Toda entidad que haya generado pasivos ambientales mineros está obligada a presentar el Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros ante el MEM, en el plazo máximo de un (1) año luego de publicado el presente reglamento y a ejecutarlo conforme al cronograma y términos que apruebe la DGAAM.

La DGM es competente para identificar a los generadores de pasivos ambientales mineros responsables de su remediación. Dicha responsabilidad se determinará mediante resolución directoral en la que también se precisarán las infracciones en las que dicho responsable habría incurrido, otorgándole diez (10) días hábiles para que presente sus descargos respecto de la responsabilidad e infracciones que se le atribuyen.

78

A mayor abundamiento en el Informe N° 556-2009-MEM que sustentó la aprobación del Pcpam Lincuna Uno, se estableció que Lincuna se haría responsable de la remediación de los pasivos de la UEA Lincuna Uno, y que, en virtud de ello, presentó el Pcpam Lincuna Uno a nivel de factibilidad, tal como se detalla a continuación:

"I. Antecedentes:

(...)

Mediante Decreto Supremo N° 059-2005-EM se aprobó el Reglamento de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera (...), estableciendo en su artículo 31 que "La presentación del Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros es una obligación exigible a toda persona natural, jurídica o privada, que sea responsable de la remediación de algún área de pasivos ambientales mineros

En cumplimiento a lo establecido en la norma antes citada, mediante escrito N° 1655664 del 11 de diciembre de 2006, Compañía Minera Lincuna S.A.C. presentó el Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros de la Unidad Minera Lincuna Uno a nivel factibilidad (...)".

(Subrayado agregado)

65. Al respecto, debe señalarse que una vez aprobado un Plan de Cierre de PAM, este instrumento debe ser ejecutado conforme con los plazos y condiciones en que fue aprobado, así como a mantener y monitorear la eficacia de las medidas implementadas, tanto durante su ejecución como en la etapa de post cierre, de acuerdo con el artículo 43° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 059-2005-EM.
66. En tal sentido, esta sala especializada considera que Lincuna debe ejecutar las medidas de cierre para evitar que los PAM Lincuna Uno, por su propia naturaleza, generen daños al ambiente o a la salud de las personas, conforme fue aprobado en su instrumento de gestión ambiental.
67. Finalmente, en atención al análisis realizado en el numeral V.2, el administrado debe cumplir con ejecutar la medida preventiva ordenada en el artículo 1° de la resolución apelada, al existir: i) un peligro inminente de daño al ambiente generado por los drenajes y ii) un alto riesgo de que los drenajes discurran por el suelo y la quebrada, afectando el ambiente y a la población asentada alrededor de los PAM Lincuna Uno; toda vez que se aprobó a su favor el Pcpam Lincuna Uno.
68. Asimismo, cabe aclarar que de la revisión de los considerandos 1 al 9 de la resolución apelada, no se desprende que la DS consideró a Lincuna como generador de los PAM; siendo que las normas que se mencionan en la resolución apelada son los principios de prevención y de internalización de costos, contenidos en los artículos VI y VIII del Título Preliminar y los artículos 74^{o79} y 75^{o80}
- 

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

Artículo 74.- De la responsabilidad general

Todo titular de operaciones es responsable por las emisiones, efluentes, descargas y demás impactos negativos que se generen sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, como consecuencia de sus actividades. Esta responsabilidad incluye los riesgos y daños ambientales que se generen por acción u omisión.

80 LEY N° 28611.

Artículo 75°.- Del manejo integral y prevención en la fuente

75.1 El titular de operaciones debe adoptar prioritariamente medidas de prevención del riesgo y daño ambiental en la fuente generadora de los mismos, así como las demás medidas de conservación y protección ambiental que corresponda en cada una de las etapas de sus operaciones, bajo el concepto de ciclo de vida de los bienes que produzca o los servicios que provea, de conformidad con los principios establecidos en el Título Preliminar de la presente Ley y las demás normas legales vigentes.

de la Ley N° 28611, así como las establecidas en los artículos 16^{o81} y 20^{o82} del Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero, aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-EM.

69. En ese sentido, lo regulado en dichos artículos están referidos a la responsabilidad general de los titulares mineros de no generar impactos negativos al ambiente, cuestión que no se opone a la obligación que tiene Lincuna de cumplir el Pcpam Lincuna Uno a fin de evitar que se sigan generando un riesgo de daño al ambiente.

Si correspondía exigirle a Lincuna la garantía por el monto equivalente al 100% de las actividades de cierre y la ejecución de las medidas de cierre en el plazo de 30 días

70. Cabe precisar que el desarrollo de este punto controvertido no solo obedece a lo alegado por el administrado en su recurso de apelación, sino porque esta sala tiene la condición de garante, en el marco de la justicia ambiental administrativa, del cumplimiento de los principios de legalidad y del debido procedimiento, así como del respeto irrestricto del derecho de defensa que le corresponde a los administrados⁸³.

⁸¹ DECRETO SUPREMO N° 040-2014-EM, Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero, publicada en el diario oficial El Peruano el 12 de noviembre de 2014.

Artículo 16.- De la responsabilidad ambiental

El titular de la actividad minera es responsable por las emisiones, efluentes, vertimientos, residuos sólidos, ruido, vibraciones y cualquier otro aspecto de sus operaciones, así como de los impactos ambientales que pudieran generarse durante todas las etapas de desarrollo del proyecto, en particular de aquellos impactos y riesgos que excedan los Límites Máximos Permisibles y afecten los Estándares de Calidad Ambiental, que les sean aplicables o afecten al ambiente y la salud de las personas.

Consecuentemente el titular de la actividad minera debe adoptar oportunamente las medidas de prevención, control, mitigación, recuperación, rehabilitación o compensación en términos ambientales, cierre y post cierre que correspondan, a efectos de evitar o minimizar los impactos ambientales negativos de su actividad y potenciar sus impactos positivos.

⁸² DECRETO SUPREMO N° 040-2014-EM,

Artículo 20.- De la protección ambiental

El titular de actividad minera debe asegurar la oportuna identificación y el manejo apropiado de todos los aspectos ambientales, factores y riesgos de sus operaciones que puedan incidir sobre el ambiente, considerando en particular, medidas orientadas a la protección de los recursos de agua, aire, suelo, flora, fauna, ruido, radiaciones ionizantes, vibraciones, adecuada manipulación, almacenamiento, tratamiento y/o disposición de sustancias químicas y residuos, tanto industriales, como domésticos, y en general, todo menoscabo de la funcionalidad del ecosistema, biodiversidad, calidad ambiental, de la salud humana y de la sanidad animal y vegetal.

⁸³ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 032-2013-OEFA/CD que aprueba el reglamento interno del Tribunal de Fiscalización Ambiental del OEFA, publicada en el diario oficial El Peruano el 2 de agosto de 2013.

Artículo 2°.- El Tribunal de Fiscalización Ambiental

(...)

2.2 El Tribunal de Fiscalización Ambiental vela por el cumplimiento del principio de legalidad y el respeto del derecho de defensa y el debido procedimiento, así como por la correcta aplicación de los demás principios jurídicos que orientan el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 04293-2012-PA/TC (Fundamentos jurídicos 12 y 13), ha señalado:

"12. Sobre el "principio de congruencia", si bien se ha explicado que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la debida motivación de las decisiones judiciales y

71. Dicho ello, cabe indicar que en su recurso de apelación Lincuna alegó que la DS no podría ordenarle la constitución de una garantía y la ejecución total de las medidas de cierre en plazo de tres meses, toda vez que su empresa tiene la categoría de remediador voluntario y no de generador de los PAM Lincuna Uno.
72. Al respecto, tal como se ha indicado en el considerando 65 de la presente resolución, la obligación de ejecutar las medidas de cierre para evitar que los PAM generen daños al ambiente o a la salud de las personas, deriva de la aprobación del Pcpam Lincuna Uno.
73. No obstante ello, con relación a los extremos de la resolución apelada, referidos a la imposición de una garantía por el monto equivalente al 100% de las actividades de cierre y la ejecución de las mismas en un plazo de tres meses, corresponde indicar que el artículo 14⁸⁴ del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2015-OEFA/CD, señala que la resolución que dispone una medida preventiva, el cual es un acto administrativo, debe encontrarse debidamente motivada, precisando que para dicho propósito debe emitirse un informe técnico que sustente la medida propuesta.
74. Al respecto, de la revisión del Informe Técnico⁸⁵, se advierte que la DS señaló lo siguiente:

que garantiza que el juzgador resuelva cada caso concreto sin omitir, alterar o exceder las pretensiones formuladas por las partes (Véase, STC N° 08327-2005-PA/TC, fundamento 5), en sede administrativa, dicho principio procesal se encuentra flexibilizado, en la medida que en el iter del procedimiento administrativo debe armonizarse con la potestad de invalidación general de la Administración Pública.

13. *En tal línea, entonces, la no existencia de identidad entre las cuestiones planteadas en el recurso de apelación y los extremos resueltos por la Resolución N° 170-2012-TC-S1 no necesariamente implica una afectación al derecho de defensa del administrado, siempre que la autoridad administrativa cumpla con otorgar la debida oportunidad para realizar los respectivos descargos sobre los nuevos hechos a tratar."*

Para Morón Urbina, la congruencia en la resolución que resuelve un recurso de apelación presenta sus propios matices al señalar que:

"(...) el funcionario público no agota su cometido y obligaciones con el análisis y pronunciamiento sobre lo expuesto por el recurso del administrado, sino que al funcionario corresponde, como proyección de su deber de oficialidad y satisfacción de los interés públicos, resolver sobre cuantos aspectos obren en el expediente, cualquiera sea su origen. Por ello, la congruencia en el procedimiento administrativo adquiere singularidad hasta configurar la necesidad que la resolución decida imperativamente cuantas cuestiones hayan sido planteadas en el expediente, aportadas o no por el recurso. En tal sentido, el contenido mismo del expediente y no los extremos planteados por el recurso es el límite natural al requisito de la congruencia de las resoluciones administrativas".

MORON URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Novena edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 641.

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 007-2015-OEFA/CD.

Artículo 14.- Procedimiento para el dictado de medidas preventivas

14.1 Las medidas preventivas son dictadas por la Autoridad de Supervisión Directa mediante resolución debidamente motivada. Para tal efecto, se debe contar con el Informe Técnico que sustente la medida propuesta.

14.2 La resolución que dicta la medida preventiva debe establecer las acciones que el administrado debe adoptar para revertir el inminente peligro, alto riesgo o mitigar el daño que puede producirse en el ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas.

⁸⁴

⁸⁵ Foja 12 (reverso).

*“...las actividades de cierre de los PAM Lincuna Uno debieron ejecutarse por Minera Lincuna hasta el 21 de mayo de 2012; sin embargo, conforme fue analizado anteriormente, pese a que han transcurrido cerca de cinco (5) años desde la fecha en la que debió cumplirse su ejecución, todavía dichas actividades no han sido iniciadas por Minera Lincuna, por lo que **corresponde solicitarle la constitución de la garantía establecida en el Artículo 48° del RPAAM en un plazo de treinta (30) días calendario a favor del Ministerio de Energía Minas y otorgarle el plazo de tres (3) meses adicionales establecido en el referido artículo para el cierre de sus componentes.**”*

(Énfasis agregado)

75. De igual modo, en la resolución apelada la DS desarrolló un punto referido a la aplicación de garantías ante incumplimientos de las actividades de cierre de los PAM Lincuna Uno, conforme se aprecia a continuación:

“DE LA APLICACIÓN DE GARANTIAS ANTE INCUMPLIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES DE CIERRE DE LOS PAM LINCUNA (...)

35. De acuerdo a lo regulado en el Artículo 43° del Reglamento de Pasivos Ambientales de la Actividad Minera, aprobado por Decreto Supremo N° 059-2005-EM (en adelante, RPAAM), el remediador está obligado a ejecutar las medidas establecidas en el Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros, en los plazos y condiciones aprobados en dicho instrumento de gestión ambiental.

36. Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 30° del RPAAM, cuando exista un alto riesgo ambiental y el responsable no cumpla con iniciar la remediación del área con pasivos ambientales mineros a su cargo, el Ministerio de Energía y Minas será el responsable de gestionar la ejecución del cierre de un pasivo ambiental.

37. Para supuestos como el indicado, se justifica la exigencia de una garantía por parte del administrado a favor de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas, lo cual se ha desarrollado en el RPAAM, por ejemplo, respecto de los contratos vinculados con pasivos ambientales mineros y cuando un tercero concesionario asuma la responsabilidad por el cierre de un pasivo ambiental minero.

38. En ese sentido, el Artículo 48° del RPAAM señala que de verificarse el incumplimiento de los plazos y términos establecidos en el cronograma de ejecución de los Planes de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros, se exigirá al responsable de las medidas de remediación que en el plazo de treinta (30) días calendario constituya una garantía por un monto equivalente al 100% de las actividades que se encuentran pendientes por ejecutar en relación al Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros. Asimismo, contempla que se otorgará un plazo máximo de tres (3) meses adicionales a fin de que el obligado cumpla con ejecutar las acciones de cierre retrasadas, bajo apercibimiento de imponer las sanciones y las medidas de ejecución forzosa correspondientes.”

(Subrayado agregado)

76. Ahora bien, resulta pertinente mencionar que en los numerales 1.2 y 1.11 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁸⁶, se recogen dos principios jurídicos relacionados con la motivación de los actos administrativos, esto es, el principio de debido procedimiento y el principio de verdad material, respectivamente⁸⁷. El principio de debido

⁸⁶ Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, publicado el 20 de marzo de 2017, que incluye, entre otras, 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.

TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General

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.

(...)

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 2132-2004-AA/TC (Fundamento jurídico 8) ha señalado lo siguiente:

"La motivación de las decisiones administrativas no tiene referente constitucional directo. No obstante, se trata de un principio constitucional implícito en la organización del Estado Democrático que se define en los artículos 3° y 43° de la Constitución, como un tipo de Estado contrario a la idea del poder absoluto o arbitrario. En el Estado Constitucional Democrático, el poder público está sometido al Derecho, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración deberá dar cuenta de esta sujeción a fin de despejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la Administración deben contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso".

Asimismo, en la sentencia recaída en el expediente N° 03399-2010-PA/TC (fundamento jurídico 4) señala lo siguiente:

"(...) El derecho a la motivación de las resoluciones administrativas es de especial relevancia. Consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de todo administrado a que las sentencias estén motivadas, es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican.

La motivación de la actuación administrativa, es decir, la fundamentación con los razonamientos en que se apoya, es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos, imponiéndose las mismas razones para exigirla tanto respecto de actos emanados de una potestad reglada como discrecional.

(...)

Constituye una exigencia o condición impuesta para la vigencia efectiva del principio de legalidad, presupuesto ineludible de todo Estado de derecho. A ello, se debe añadir la estrecha vinculación que existe entre la actividad administrativa y los derechos de las personas. Es indiscutible que la exigencia de motivación suficiente de sus actos es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa (...)"

procedimiento establece la garantía a favor de los administrados referida a que las decisiones que tome la autoridad administrativa se encuentren motivados y fundados en derecho; asimismo, sobre el principio de verdad material, se dispone que los hechos que sustenten las decisiones adoptadas por la autoridad administrativa se encuentren verificados plenamente.

77. Por otro lado, conforme con lo dispuesto en el artículo 3° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la motivación constituye un elemento de validez del acto administrativo. Nótese en ese sentido que, según lo señalado en el artículo 6° del mencionado TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado⁸⁸. Partiendo de ello, es posible colegir que la motivación exige que la autoridad administrativa justifique toda decisión que adopte, lo cual implica, por un lado, la exposición de los hechos (debidamente probados)⁸⁹ y, por otro, la relación de estos con la norma que describe la infracción administrativa que es materia de imputación, ello como garantía del debido procedimiento administrativo.

⁸⁸ TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General.
Artículo 3°.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

(...)

Artículo 6. Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el 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.

6.4 No precisan motivación los siguientes actos:

6.4.1 Las decisiones de mero trámite que impulsan el procedimiento.

6.4.2 Cuando la autoridad estima procedente lo pedido por el administrado y el acto administrativo no perjudica derechos de terceros.

6.4.3 Cuando la autoridad produce gran cantidad de actos administrativos sustancialmente iguales, bastando la motivación única.

⁸⁹ Ello, en aplicación del principio de verdad material, el cual exige a la autoridad administrativa agotar los medios de prueba para investigar la existencia real de los hechos descritos como infracción administrativa, con la finalidad de que las decisiones adoptadas se encuentren sustentadas en hechos debidamente probados, con excepción de aquellos hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes, los cuales desvirtúan la presunción de licitud reconocida a favor del administrado.

78. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 00728-2008-PHC/TC⁹⁰ señala que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en el supuesto de deficiencias en la motivación externa relacionado a la justificación de las premisas, en los siguientes términos:

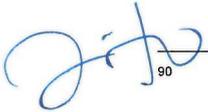
“el control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica (...) el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión (...).”

79. Dicho ello, debe indicarse que el artículo 48° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 059-2005-EM señala lo siguiente:

“Artículo 48°.- Procedimiento de fiscalización y control

*En caso se verifique el incumplimiento de los plazos y términos establecidos en el cronograma de ejecución de los Planes de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros a cargo de un generador, en el plazo de 30 días calendario se requerirá al responsable de las medidas de remediación, para **que constituya una garantía** por el monto equivalente al 100% de las actividades que restan ejecutar para el cumplimiento de lo dispuesto en el Plan de Cierre de Pasivos Ambientales Mineros. Asimismo, se otorgará un plazo máximo de tres (3) meses adicionales a los aprobados inicialmente, a fin que el obligado cumpla con ejecutar las acciones retrasadas, sin perjuicio de la ejecución oportuna de las demás medidas consideradas en el cronograma aprobado.”*

(Énfasis agregado).


Sentencia recaída en el expediente N° 00728-2008-PHC/TC (Fundamento jurídico 7) se menciona lo siguiente:

“Así, en el Exp. N. ° 3943-2006-PA/TC y antes en el voto singular de los magistrados Gonzales Ojeda y Alva Orlandini (Exp. N.° 1744-2005-PA/TC), este Colegiado Constitucional ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos:

(...)

c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas. El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones. Si un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por “X”, pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de “X” en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez. (...) el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal (...).”

(Énfasis agregado)

80. Tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 48° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 059-2005-EM, esta sala especializada considera que de la revisión de la resolución apelada se advierte que la DS no ha motivado la razón por la cual consideró a Lincuna como generador de los PAM Lincuna Uno, a fin de exigirle la garantía a favor de la DGM.
81. Por el contrario, la DS sustenta el plazo de tres meses y la constitución de una garantía, basándose en la aplicación del artículo 43° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 059-2005-EM; sin embargo, cabe señalar que este artículo solo establece la obligación de todo remediador a ejecutar las medidas del plan de cierre de PAM, sin hacer referencia a la constitución de una garantía ante la inejecución total de las acciones de cierre.
82. En el mismo sentido, la primera instancia indicó que la aplicación de los artículos 11°, 30° y 48° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 059-2005-EM, sustentarían el requerimiento de una garantía por el incumplimiento de las actividades de cierre de los PAM; no obstante, la DS no ha motivado sobre la base de qué hechos y/o medios probatorios ha subsumido de forma clara y precisa tal supuesto en la disposición normativa que obliga al administrado a constituir una garantía por el monto equivalente al 100% de las actividades que se encuentren pendientes de ejecutar.
83. En efecto, en la Resolución Directoral N° 019-2017-OEFA/DS, la autoridad supervisora no ha señalado las razones por las cuales consideró al titular minero como generador de los pasivos ambientales mineros; por ello, es necesario indicar que –en opinión de esta sala especializada– dicha autoridad omitió fundamentar por qué Lincuna tenía dicha condición.
84. Por tales razones y atendiendo a las exigencias derivadas de los principios de debido procedimiento, así como del requisito de motivación de los actos administrativos respectivamente, expuestas en los considerandos precedentes, esta sala considera que la Resolución Directoral N° 019-2017-OEFA/DS no se encuentra debidamente motivada, en los extremos concernientes a la aplicación del artículo 48° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 059-2005-EM⁹¹.

⁹¹ Resolución Directoral N° 019-2017-OEFA/DS

“SE RESUELVE:

(...)

Artículo 2°.- Ordenar como **MEDIDA PREVENTIVA** a Compañía Minera Lincuna S.A. ejecutar todas las actividades de cierre en los PAM Lincuna Uno, de acuerdo a lo dispuesto en el PCPAM Lincuna Uno dentro del plazo de tres meses, **conforme lo establecido el Artículo 48° del RPAAM.**”

Artículo 3°.- Ordenar como **MEDIDA PREVENTIVA** a Compañía Minera Lincuna S.A. constituir la garantía a nombre de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas o quien determine el referido Ministerio, en el plazo de treinta (30) días calendario por el monto equivalente al 100% de las actividades de cierre no ejecutadas a fin de garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el plan de cierre de pasivos, **conforme lo establecido el Artículo 48° del RPAAM.**”

85. Siendo ello así, este órgano colegiado advierte que no se ha observado uno de los requisitos de validez del acto administrativo, esto es, la motivación prevista en el numeral 4 del artículo 3° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, de acuerdo con los parámetros establecidos en el numeral 6.1 del artículo 6° del referido cuerpo normativo, incurriendo en la causal de nulidad prevista en el numeral 2 de su artículo 10⁹².
86. Por tanto, corresponde declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 019-2017-OEFA/DS en el extremo que: (i) ordenó como medida preventiva a Lincuna ejecutar todas las actividades de cierre en los PAM Lincuna Uno, de acuerdo con lo dispuesto en el Pcpam Lincuna Uno dentro del plazo de tres meses, conforme con lo establecido el artículo 48° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 059-2005-EM; (ii) ordenó como medida preventiva a Lincuna constituir la garantía a nombre de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas o quien determine el referido Ministerio, en el plazo de treinta (30) días calendario por el monto equivalente al 100% de las actividades de cierre no ejecutadas a fin de garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el plan de cierre de pasivos, conforme con lo establecido el artículo 48° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 059-2005-EM; y, iii) ordenó como medida preventiva, reportar al OEFA con frecuencia quincenal, el avance de las actividades de cierre ejecutadas, adjuntando los medios probatorios.
87. Por lo expuesto, corresponde disponer que se retrotraiga el presente procedimiento al momento en que el vicio se produjo, es decir al momento del dictado de tales medidas y de las consecuencias jurídicas correspondientes a ello, debiéndose devolver los actuados a la DS.
88. Tomando en consideración la nulidad antes declarada, esta sala especializada considera que carece de objeto emitir pronunciamiento respecto a los argumentos del administrado referidos a: i) que sería irrazonable el plazo de 3 meses que se ha ordenado a Lincuna como medida preventiva a fin que ejecute el Pcpam Lincuna Uno de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 059-2005-EM y ii) que el referido artículo 48° no aplicaría para el supuesto de obstaculización de terceros a la ejecución de un plan de cierre a cargo de un remediar voluntario, como sería su situación.

V.4. Si los supuestos impedimentos alegados por Lincuna para remediar los PAM Lincuna Uno corresponden ser evaluados en este procedimiento

⁹²

**TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General
Artículo 10°.- Causales de nulidad**

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

89. Lincuna alegó que no le habría sido posible hasta la fecha realizar las acciones de remediación por cuanto los titulares de los predios superficiales, invasores y mineros ilegales presentes en el área donde se ubican los PAM Lincuna Uno habrían impedido el acceso de su personal técnico y profesional, mediante el uso de la violencia. Por lo tanto, dicha situación constituiría una causal de fuerza mayor y actos ajenos al control del recurrente que impedirían la ejecución del Pcpam Lincuna Uno e implicarían la interrupción del plazo para su cumplimiento.
90. Adicionalmente, el administrado mencionó en cuanto a la situación judicial de la zona de pasivos que *“Los terrenos superficiales y la invasión de las concesiones por los ilegales se encuentran judicializados, proceso que lleva desde el año 2011 a la fecha”*. Para sustentar tales afirmaciones, Lincuna adjuntó los siguientes medios probatorios:

**Cuadro N° 2: Medios probatorios presentados por Lincuna
(denuncias y cartas)**

N°	Asunto	Documento
1	Denuncia formulada por Lincuna contra Jorge Luis Ángel Wochiny Julcamoro y otros, por el presunto delito contra el patrimonio-hurto agravado de minerales de la concesión minera Nebraska.	Disposición N° 06-2013-MP-RECUAY del 10 de junio de 2013 emitida por la Fiscalía Provincial Penal de Recuay ⁹³ , a través de la cual se dispone que no procede formalizar ni continuar con la investigación preparatoria contra los denunciados y ordena el archivo definitivo de la misma.
		Disposición N° 368-2013-2°FSP-ANCASH del 14 de octubre de 2013 emitida por la Segunda Fiscalía Superior Penal de Ancash, a través de la cual se dispone devolver la carpeta fiscal a la Fiscalía de origen, a fin de que emita una disposición subsanando las omisiones observadas en la Disposición N° 06-2013-MP-RECUAY ⁹⁴ .
		Disposición N° 08-2013-MP-RECUAY del 16 de octubre de 2013 emitida por la Fiscalía Provincial Penal de Recuay ⁹⁵ , a través de la cual se ordenó incluir como parte agraviada a la Empresa Minera Nebraska S.A., debiéndosele notificar la disposición de archivo (Disposición N° 06-2013-MP-RECUAY), a fin que ejerza su derecho de defensa.
2	Denuncia interpuesta por Lincuna contra Armando Oscar Valenzuela Huerta por el presunto delito contra el patrimonio en la modalidad de hurto simple.	Disposición N° 1 del 21 de marzo de 2014 emitida por la Fiscalía Provincial Penal de Recuay ⁹⁶ , que declara la aplicación del principio de oportunidad por la comisión del delito contra el patrimonio en la modalidad de hurto simple.
3	Comunicaciones dirigidas por Lincuna a la empresa Transalvi E.I.R.L. con relación a las concesiones mineras Acumulación Alianza N° 1 y 2.	Carta notarial del 5 de setiembre de 2013 ⁹⁷ a través de la cual Lincuna le informa a la empresa Transalvi E.I.R.L. la decisión de no celebrar ningún contrato de cesión o explotación minera con dicha empresa. Asimismo, le requiere que retire toda maquinaria, personal y/o

⁹³ Fojas 46 a 50.

⁹⁴ Fojas 53 y 54.

⁹⁵ Fojas 51 a 52.

⁹⁶ Fojas 66 y 67.

⁹⁷ Fojas 56 a 58.

		<p>construcción en su concesión y ponga a su disposición el mineral sustraído sin autorización por parte de Lincuna.</p> <p>De igual modo, Lincuna señala en su carta que solicita a la DREM de Ancash que declare la improcedencia de la solicitud que habría sido presentada por Transalvi E.I.R.L. al proceso de formalización de actividades mineras prevista en el Decreto Legislativo N° 1105 y que se realiza las acciones de fiscalización pues dicha empresa realiza minería ilegal.</p> <p>Carta notarial del 24 de enero de 2014⁹⁸ en virtud de la cual Lincuna exhorta a Transalvi E.I.R.L a fin que esta empresa se inhiba de efectuar el retiro del mineral acopiado en las concesiones mineras Acumulación Alianza N° 01 y 02 de titularidad de Lincuna.</p>
4	Denuncia presentada por Compañía Minera Huancapetí S.A.C. contra Pedro Nolasco Villanueva Torre y otros ⁹⁹ por el presunto delito contra el patrimonio-hurto agravado y otros delitos.	Disposición N° 01-2013-MP-RECUAY del 3 de setiembre de 2013 emitida por la Fiscalía Provincial Penal de Recuay ¹⁰⁰ , mediante la cual se apertura investigación contra Pedro Nolasco Villanueva Torre y otros por el delito de hurto agravado.
5	Denuncia interpuesta por Compañía Minera Huancapetí S.A.C. contra Pedro Nolasco Villanueva Torre por el delito contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos ¹⁰¹ .	<p>Resolución N° 1 del 30 de mayo de 2012 emitida por el Juzgado Mixto-Sede Recuay¹⁰², mediante la cual se abre instrucción en la vía sumaria contra Pedro Nolasco Villanueva Torre por el delito contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos-entorpecimiento al funcionamiento de servicios públicos, en agravio del Estado y Compañía Minera Huancapetí S.A.C.</p> <p>Resolución N° 13 del 25 de marzo de 2013 emitida por la Juzgado Penal Liquidador Transitorio-Sede Recuay¹⁰³, en virtud de la cual se dictó sentencia, condenando a Pedro Nolasco Villanueva Torre, por el "delito contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos-entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos".</p> <p>Resolución N° 19 del 3 de julio de 2013, emitida por la Sala Penal Liquidadora Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ancash¹⁰⁴, que confirma la sentencia dictada el 25 de marzo de 2013.</p>

⁹⁸ Foja 59.

⁹⁹ Cabe precisar que los hechos habrían ocurrido en las inmediaciones de la laguna Llacsha, distrito y provincia de Recuay.

¹⁰⁰ Fojas 60 (al reverso) a 64.

¹⁰¹ Al respecto, el administrado indicó que dichas pruebas se encontraban en el Anexo 3 de su apelación. (fojas 73 a 81).

¹⁰² Fojas 78 y 79.

¹⁰³ Fojas 80 a 82.

¹⁰⁴ Fojas 83 a 84.

		Escrito del 1 de julio de 2014 presentado por Compañía Minera Huancapetí S.A.C. ¹⁰⁵ , solicitando que se revoque la suspensión de la ejecución de la pena establecida en la sentencia.
--	--	---

Fuente: Recurso de apelación
Elaboración: TFA

91. Por otro lado, el recurrente alegó que la obstaculización de las actividades de remediación habrían continuado registrándose durante los años 2014 y 2015, lo cual habría sido consignado en las actas correspondientes a dos supervisiones realizadas por la DS durante estos años¹⁰⁶. Asimismo, el administrado agregó que durante el año 2016, la DS efectuó otra supervisión en cuya acta también se habría consignado la presencia de tranqueras que le habrían impedido el acceso a la totalidad de los componentes de los PAM.
92. Sobre el particular, cabe señalar que si bien el administrado hace referencia a hechos de violencia por parte de terceros que constituirían una causal de fuerza mayor y actos ajenos al control de la empresa que impedirían la ejecución del Pcpam Lincuna Uno, debe precisarse que dichos argumentos están relacionados con la determinación de responsabilidad administrativa, por lo que la evaluación de estos dos hechos no corresponden ser analizados en el presente caso, conforme se ha señalado en el considerando 39 de la presente resolución.
93. Al respecto, cabe reiterar que de acuerdo con el artículo 11° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2015-OEFA/CD, la DS se encuentra en la facultad de dictar medidas preventivas con independencia del inicio de un procedimiento administrativo sancionador¹⁰⁷; como en el presente caso.
94. En esa línea, las causales mencionadas por el administrado—fuerza mayor o hecho determinante de tercero— corresponden ser evaluadas al interior de un procedimiento administrativo sancionador; toda vez que, una vez verificado el

¹⁰⁵ Foja 85.

¹⁰⁶ Para acreditar ello, el administrado presentó como Anexo N° 2 copia del Acta de Supervisión Directa correspondiente a la supervisión realizada del 19 al 21 de junio de 2014 a los pasivos ambientales mineros Lincuna Uno (fojas 70 a 76). De igual modo, presentó como Anexo N° 4 copia del Acta de Supervisión Directa correspondiente a la supervisión realizada del 2 al 5 de junio de 2015 a los pasivos ambientales mineros Lincuna Uno (fojas 86 a 93).

¹⁰⁷ Sobre el particular, cabe señalar que de acuerdo con Pons Cánovas, las medidas preventivas

“...tienen una virtualidad propia, y por tanto, no puede considerarse a priori medidas provisionales ligadas en todo caso a los procedimientos sancionadores”, por lo cual debido a carácter independiente de las medidas preventivas “...no estamos –obligatoriamente– ante medidas provisionales instrumentales y accesorias de procedimiento sancionadores (...) pueden adoptarse, por tanto, aun cuando no se hayan instruido ningún procedimiento sancionador (...).”

PONS CÁNOVAS, Ferran. *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*. Marcial Pons. España: 2001. Pg. 57.

hecho constitutivo de la infracción dentro de este tipo de procedimiento¹⁰⁸, la administración procede a analizar si el administrado puede eximirse de responsabilidad al lograr acreditar la ruptura del nexo causal, ya sea por caso fortuito, fuerza mayor o hecho determinante de tercero¹⁰⁹.

95. En ese sentido, el OEFA, a través de la Autoridad de Supervisión Directa, puede imponer a los administrados que se encuentran bajo su competencia, medidas preventivas de acuerdo con las circunstancias concretas de cada caso y con independencia del procedimiento administrativo sancionador que se pueda iniciar, por lo que, conforme lo expuesto en los párrafos precedentes, las causales mencionadas por el administrado –fuerza mayor o hecho determinante de tercero– corresponderán ser analizadas en caso se inicie este último tipo de procedimiento¹¹⁰.
96. Por lo tanto, no cabe emitir pronunciamiento respecto de lo alegado por el administrado, toda vez –tal como se ha señalado– que los hechos expuestos por Lincuna no corresponden ser evaluados en este procedimiento.
97. Sin perjuicio de lo indicado, debe precisarse que en el supuesto de que se

¹⁰⁸ Ver los "Lineamientos para la aplicación de las medidas correctivas previstas en el literal d) del numeral 22.2 del artículo 22 de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental", aprobados por Resolución de Consejo Directivo N° 010-2013-OEFA/CD, publicada en el diario oficial el Peruano el 23 de marzo de 2013:

"(...) Las medidas preventivas se aplican en situaciones en las que no necesariamente existe una infracción administrativa, por lo que es independiente del inicio de un procedimiento administrativo sancionador (...)"

En esa misma línea, el artículo 11° de la Resolución de Consejo Directivo N° 007-2015-OEFA/CD, que aprueba el Reglamento de Medidas Administrativas del OEFA (publicado en el diario oficial El Peruano el 24 de febrero de 2015), define a la medida preventiva como:

"Artículo 11.- Definición

Las medidas preventivas son disposiciones de carácter muy excepcional a través de las cuales la Autoridad de Supervisión Directa impone a un administrado una obligación de hacer o no hacer, destinada a evitar un inminente peligro o alto riesgo de producirse un daño grave al ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas, así como a mitigar las causas que generan la degradación o daño ambiental. Estas medidas administrativas son dictadas con independencia del inicio de un procedimiento administrativo sancionador." (Énfasis agregado)

¹⁰⁹ RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 045-2015-OEFA/PCD. Texto Único Ordenado del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, publicada en el diario oficial El Peruano el 7 de abril de 2015.

Artículo 4.- Responsabilidad administrativa del infractor

(...)

4.2 El tipo de responsabilidad administrativa aplicable al procedimiento administrativo sancionador regulado en el presente Reglamento es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Artículo 18 de la Ley N° 29325 - Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

4.1 En aplicación de la responsabilidad objetiva, una vez verificado el hecho constitutivo de la infracción administrativa, el administrado investigado podrá eximirse de responsabilidad sólo si logra acreditar de manera fehaciente la ruptura del nexo causal, ya sea por caso fortuito, fuerza mayor o hecho determinante de tercero.

(...)

¹¹⁰ Por la misma razón, el argumento del administrado relativo a que la supuesta obstaculización en la ejecución de los PAM Lincuna Uno no sería de su responsabilidad; sino que, implicaría la responsabilidad de los autores de estas interferencias, conforme con el artículo 33° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 059-2005-EM; también corresponde ser evaluado dentro de un procedimiento administrativo sancionador.

hubiesen suscitado los hechos que alegó el administrado –y que le habrían impedido realizar las actividades de cierre de los PAM–, Lincuna debió adoptar las medidas que le permite el ordenamiento legal a fin de cumplir con su obligación ambiental fiscalizable.

V.5 Si corresponde suspender la ejecución de la Resolución Directoral N° 019-2017-OEFA/DS

98. El administrado indicó que mediante escrito del 26 de junio de 2015 habría solicitado al Minem la ampliación del plazo para la ejecución del Pcpam Lincuna Uno sobre la base de la acreditación de la supuesta producción de eventos de fuerza mayor.

99. Asimismo, el recurrente agregó que si bien mediante Resolución N° 267-2016-MEM-CM, el Consejo de Minería resolvió confirmar la Resolución Directoral N° 358-2015-MEM/DGAAM. Lincuna interpuso una demanda contencioso administrativa contra dicha decisión. Por lo tanto, el administrado sostuvo que:

“...aún no ha concluido la determinación de la Ampliación del Plazo de ejecución del Plan de Cierre solicitada por fuerza Mayor, el mismo que se encuentra pendiente de resolver en el Poder Judicial. En esta eventualidad, la autoridad administrativa no puede anticipar que el Poder Judicial va a denegar un probado caso de fuerza mayor ajeno al control del administrado, que debió ser resuelto positivamente por la autoridad (...)”

100. Al respecto, cabe reiterar que el presente procedimiento no tiene por fin determinar la responsabilidad del administrado respecto del cumplimiento del Pcpam Lincuna Uno; toda vez que tal análisis corresponde ser analizado en un eventual procedimiento administrativo sancionador. En ese sentido, esta sala no se pronunciará al respecto.

101. De otro lado, el administrado, sobre la base del numeral 224.2 del artículo 224° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, solicitó:

*“...que con la admisión del presente recurso se conceda **medida cautelar** con la finalidad de que **suspenda la ejecución de las medidas de prevención** previstas en la R.D. N° 019-2017-OEFA/DS-CMI (sic), hasta que se resuelva el recurso de apelación, ya que los plazos previstos no responden a la realidad de las actividades de remediación que se deben efectuar y por tanto podrían derivar en la imposición de un multa carente de fundamento legal.”*

(Énfasis y subrayado original)

102. De igual modo, el administrado sostuvo que la ejecución de la medida preventiva podría causarle perjuicios de imposible o difícil reparación, toda vez que:

- i) su imagen frente a las autoridades locales y comunidades vecinas se vería afectada, al aparecer ante ellos como generador del pasivo minero e incumplidor de la ejecución del Pcpam Lincuna Uno;
- ii) se le colocaría ante un imposible jurídico al: a) ordenarle su ingreso a la zona de los PAM Lincuna Uno, a pesar de la presencia de terceros —lo que

- generaría, a su vez, mayor conflicto en la zona—, así como, b) solicitarle la ejecución del Pcpam Lincuna Uno en un plazo de 3 meses; y,
- iii) no contaría con los medios económicos suficientes para la constitución de la garantía ordenada por la DS.

103. Como puede apreciarse, el argumento que subyace a lo manifestado por Lincuna en su recurso de apelación consistiría en solicitar la suspensión de las medidas preventivas, alegando que su ejecución resulta un imposible jurídico que podría causar perjuicios a su imagen; además, de que no contaría con los recursos económicos para constituir la garantía.

104. Sobre el particular, cabe indicar que si bien, de acuerdo con lo establecido en el numeral 224.1 del artículo 224° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, **“la interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado”**; no obstante ello, según el numeral 224.2 del artículo 224° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, para que la autoridad competente que debe resolver el recurso suspenda de oficio o a pedido de parte la ejecución del acto impugnado, debe presentarse alguna de las siguientes circunstancias¹¹¹:

- a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- b) Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.

105. Dicho ello, corresponde a esta sala evaluar si alguna de las circunstancias antes mencionadas se ha configurado en el presente caso, a fin de analizar si procede la suspensión de la ejecución del acto impugnado.

106. Antes de realizar este análisis, cabe precisar que en el considerando 86 de la presente resolución se ha declarado la nulidad de las medidas preventivas ordenadas a través de la Resolución Directoral N° 019-2017-OEFA/DS, referidas a:

“Artículo 2°.- Ordenar como MEDIDA PREVENTIVA a Compañía Minera Lincuna S.A. ejecutar todas las actividades de cierre en los PAM Lincuna Uno, de acuerdo a lo dispuesto en el PCPAM Lincuna Uno dentro del plazo de tres meses, conforme lo establecido el Artículo 48° del RPAAM.

Artículo 3°.- Ordenar como MEDIDA PREVENTIVA a Compañía Minera Lincuna S.A. constituir la garantía a nombre de la Dirección General de Minería del

¹¹¹ TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 224°.- Suspensión de la ejecución

224.1 La interposición de cualquier recurso, excepto los casos en que una norma legal establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

224.2 No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, la autoridad a quien compete resolver el recurso suspende de oficio o a petición de parte la ejecución del acto recurrido cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- b) Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.

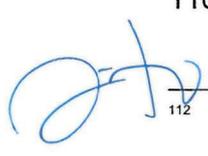
Ministerio de Energía y Minas o quien determine el referido Ministerio, en el plazo de treinta (30) días calendario por el monto equivalente al 100% de las actividades de cierre no ejecutadas a fin de garantizar el cumplimiento de lo dispuesto en el plan de cierre de pasivos, conforme lo establecido el Artículo 48° del RPAAM.

Artículo 4°.- Ordenar como **MEDIDA PREVENTIVA** a Compañía Minera Lincuna S.A. reportar al OEFA con frecuencia quincenal, el avance de las actividades de cierre ejecutadas, adjuntando los medios probatorios correspondientes.”

107. En atención a la nulidad antes señalada, esta sala no se pronunciará con relación a la solicitud de la suspensión de la ejecución del acto impugnado respecto de las medidas preventivas ordenadas a través de los artículos 2°, 3° y 4° de la Resolución Directoral N° 019-2017-OEFA/DS, al carecer de objeto.
108. No obstante, a continuación se evaluará el pedido de suspensión de ejecución del artículo 1° de la resolución apelada (en adelante, **primera medida preventiva**).

Si se aprecia objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendental

109. Al respecto, la primera medida preventiva está referida a la realización inmediata del tratamiento temporal del efluente proveniente de la bocamina L1-B30-D, así como, de cualquier otro que requiera tratamiento, hasta que se concluya las actividades de cierre, advirtiéndose, tal como se ha desarrollado anteriormente, que esta medida se encuentra debidamente motivada, no existiendo vicio de nulidad alguno.
110. Además, para que esta sala considere suspender la ejecución del acto impugnado deben existir razones legitimadoras para ello¹¹². En ese sentido, la decisión de

 112
Según Morón Urbina para proceder a la suspensión de acto impugnado deben presentarse motivos legitimadores que la justifiquen, tal como lo señala a continuación:

“b. Concurrencia de motivos legitimadores de la suspensión

En verdad, la causalidad en esta acción radica no en un elemento objetivo, sino en que la autoridad aprecie subjetivamente la necesidad de evitar que por mantener un acto administrativo vigente se produzcan efectos o prestaciones dañosas que luego habrán de retirarse o repararse. La norma considera algunos criterios que sirvan de orientación a la autoridad para decretar la suspensión del acto impugnado cuando concurran algunos de los siguientes supuestos:

-Si la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación (Ej. Una demolición, pérdida de una oportunidad irrepetible, una orden sanitaria de sacrificio de animales, etc.)

Un factor que apreciado por la autoridad puede determinarle la suspensión administrativa del acto, es la existencia de perjuicios graves, irreparables y desproporcionados al interesado que no podrán ser restablecidos posteriormente por revocación ante la autoridad administrativa o judicial. La medición de estos factores puerle darse cuando la sentencia o revocación no pueda reponer las cosas al estado anterior a la ejecución del acto y la diferencia no sea compensable en dinero; cuando haya imposibilidad de reponer por un cambio fáctico o jurídico.

-Si se aprecia objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.

La apreciación objetiva de la existencia de un vicio de nulidad trascendente también puede determinar a la autoridad decidir la suspensión administrativa del acto. Cuando la autoridad revisora, llegue a la conclusión de la posibilidad objetiva de una nulidad trascendente, en un ejercicio de prudencia legítima, puede –sin anular el acto– determinar provisoriamente su nulidad, en tanto sustancia el procedimiento a efecto de confirmar o desvirtuar el parecer.

MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Décima edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2014, pp. 679 a 680.

este órgano colegiado se sustenta en que no existe necesidad de suspender la ejecución del acto impugnado respecto de la primera medida preventiva, pues con la misma no se van a producir efectos dañosos; por el contrario, con su dictado se busca prevenir la generación de mayores impactos negativos al ambiente de los que se detectaron durante la Supervisión Regular 2016; en esa línea, sí correspondía que la DS dicte la medida preventiva en mención, al existir un inminente peligro y alto riesgo de producirse un daño grave al ambiente.

111. Por lo tanto, en el presente caso no corresponde suspender la ejecución del acto impugnado en el extremo de la medida preventiva ordenada a través del artículo 1° de la resolución apelada.

Si la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación

112. Por otro lado, tal como se ha indicado en el considerando 55 de la presente resolución, los drenajes provenientes de bocaminas, o cualquier otro proveniente de un pasivo minero, deben ser tratados de manera inmediata a efectos de limitar la generación o migración de drenaje contaminado que podría generar un impacto adverso al ambiente.
113. Siendo ello así, la ejecución de la primera medida preventiva, esto es, la realización inmediata del tratamiento temporal del efluente proveniente de la bocamina L1-B30-D, así como, de cualquier otro que requiera tratamiento, hasta que se concluya las actividades de cierre, tiene como objetivo limitar la generación de drenaje. En ese sentido, las bocaminas y rajos, donde se identificaron drenajes y agua empozada, disminuirán la afectación al suelo y a la quebrada Cuncush.
114. Por lo expuesto, se observa que la ejecución de la primera medida preventiva no causaría perjuicios de imposible o difícil reparación; por el contrario, genera efectos positivos al ambiente como los mencionados en el párrafo precedente.
115. En esa misma línea, los argumentos del recurrente referidos a que la ejecución de la medida preventiva podría causarle perjuicios a su imagen¹¹³ y que resultaría un imposible jurídico, no resultan estimables, pues en el presente procedimiento no se ha evaluado su calidad de generador de los PAM Lincuna Uno.
116. Además, como ya se ha indicado en el considerando 39 de la presente resolución, en este procedimiento se evalúa la pertinencia del dictado de una medida preventiva de acuerdo con los presupuestos contenidos en el Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2015-OEFA/CD. En ese sentido, los medios probatorios presentados por el administrado, a través de los cuales acreditaría la existencia de eventos que le habrían imposibilitado el cumplimiento del Pcpam Lincuna Uno, corresponden ser analizados en un procedimiento administrativo sancionador.

¹¹³

Al aparecer ante las autoridades locales y comunidades vecinas como generador del pasivo minero e incumplidor de la ejecución del Pcpam Lincuna Uno.

117. Por tanto, esta sala considera que corresponde confirmar la medida preventiva ordenada a través del artículo 1° de la Resolución Directoral N° 019-2017-OEFA/DS y no suspender la ejecución de la misma en este extremo¹¹⁴, por las consideraciones antes expuestas.

De conformidad con lo dispuesto en el TULO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-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° 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.- CONFIRMAR la Resolución Directoral N° 019-2017-OEFA/DS del 3 de marzo de 2017, en el extremo que ordenó a Compañía Minera Lincuna S.A. la medida preventiva prevista en el artículo 1° de su parte resolutive, consistente en la realización inmediata del tratamiento temporal del efluente proveniente de la bocamina L1-B30-D; así como, de cualquier otro que requiera tratamiento, hasta que se concluya con las actividades de cierre; quedando agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- Declarar la NULIDAD de la Resolución Directoral N° 019-2017-OEFA/DS del 3 de marzo de 2017, en el extremo que ordenó a Compañía Minera Lincuna S.A. las medidas preventivas previstas en los artículos 2°, 3° y 4° de su parte resolutive; y, en consecuencia, **RETROTRAER** el presente procedimiento administrativo sancionador al momento en que el vicio se produjo; y **DEVOLVER** los actuados a la Dirección de Supervisión para que proceda de acuerdo con sus atribuciones, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

¹¹⁴ Cabe reiterar que, en atención a la declaración de nulidad de las medidas preventivas ordenadas a través de los artículos 2°, 3° y 4° de la Resolución Directoral N° 019-2017-OEFA/DS, esta sala no se pronunciará en relación a la solicitud de la suspensión de la ejecución del acto impugnado respecto de dichos extremos, ni sobre los argumentos alegados por el administrado con relación a que la medida preventiva podría causarle perjuicios de imposible o difícil reparación al solicitarle la ejecución del Pcpam Lincuna Uno en un plazo de 3 meses y que, además, no contaría con los medios económicos suficientes para la constitución de la garantía ordenada por la DS, al carecer de objeto.



PERÚ

Ministerio
del Ambiente

Organismo de Evaluación y
Fiscalización Ambiental - OEFA

Tribunal de
Fiscalización Ambiental

TERCERO.- Notificar la presente resolución a Compañía Minera Lincuna S.A. y remitir el expediente a la Dirección de Supervisión, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.

.....
CÉSAR ABRAHAM NEYRA CRUZADO

Presidente

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

.....
JAIME PEDRO DE LA PUENTE PARODI

Vocal

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

.....
SEBASTIÁN ENRIQUE SUILO LÓPEZ

Vocal

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