



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° 008-2017-OEFA/TFA-SMEPIM

EXPEDIENTE N° : 02700-2017/OEFA-DS-APEL
PROCEDENCIA : DIRECCIÓN DE SUPERVISIÓN
ADMINISTRADO : COMPAÑÍA MINERA COIMOLACHE S.A.
SECTOR : MINERIA
APELACIÓN : RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 016-2017-OEFA/DS

SUMILLA: "Se revoca los artículos 1° y 2° de la Resolución Directoral N° 016-2017-OEFA/DS del 24 de febrero de 2017, que declararon improcedente el recurso de reconsideración contra la Resolución Directoral N° 006-2017-OEFA/DS; asimismo, el artículo 3° de la Resolución Directoral N° 016-2017-OEFA/DS que declaró infundado el citado recurso de reconsideración.

En ese sentido, se revoca la Resolución Directoral N° 006-2017-OEFA/DS a través de la cual se ordenó a Compañía Minera Coimolache S.A., en calidad de medida preventiva, la paralización inmediata de las actividades de construcción que se están desarrollando en la parte externa al Depósito de Material Estéril 3 – Tantahuatay; así como la presentación de un cronograma para la remediación del área disturbada, exterior al Depósito de Material Estéril 3 – Tantahuatay".

Lima, 23 de mayo de 2017

I. ANTECEDENTES

1. Compañía Minera Coimolache S.A.¹ (en adelante, **Coimolache**) es titular del Proyecto Minero Tantahuatay, (en adelante, **Proyecto Minero Tantahuatay**), ubicado en los distritos de Hualgayoc y Chugur, provincia de Hualgayoc, departamento Cajamarca.
2. Mediante Resolución Directoral N° 311-2016-MEM/DGAM del 26 de octubre de 2016, la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (en adelante, **Dgaam**) del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, **Minem**) aprobó a favor de Coimolache, la Segunda Modificación del Estudio de Impacto Ambiental detallado del Proyecto "Tanatahuatay – ciénaga Norte, hasta una ampliación de 60 000 TMD (en adelante, **2da MEIA**)

¹ Registro Único de Contribuyente N° 20140688640.

3. El 14 de diciembre de 2016, la Dirección de Supervisión (en adelante, **DS**) del OEFA realizó una supervisión especial² al Proyecto Minero Tantahuatay (en adelante, **Supervisión Especial 2016**). En dicha supervisión se detectaron presuntos incumplimientos de sus obligaciones ambientales, tal como consta en el Informe Técnico N° 212-2017-OEFA/DS-MIN³ (en adelante, **Informe Técnico**) que además contiene el análisis técnico de la propuesta de medida administrativa a dictarse en razón de los hallazgos detectados⁴.
4. En atención al informe técnico, a través de la Resolución Directoral N° 006-2017-OEFA/DS⁵ del 30 de enero de 2017⁶, la DS ordenó a Coimolache, la siguiente medida administrativa⁷:

“Artículo 1°.- Ordenar como *MEDIDA PREVENTIVA* a Compañía Minera Coimolache S.A. la paralización inmediata de las actividades de construcción que se están desarrollando en la parte externa al Depósito de Material Estéril 3 – Tantahuatay. En caso Compañía Minera Coimolache S.A. no ejecute la medida ordenada, los representantes de la Dirección de Supervisión del OEFA podrán efectuar las acciones necesarias para el cumplimiento de lo ordenado

Artículo 2°.- Ordenar a Compañía Minera Coimolache S.A. que presente un cronograma para la remediación del área disturbada, exterior al Depósito de Material Estéril 3 – Tantahuatay, en el plazo de cinco (5) días hábiles contado desde notificada la presente Resolución”.

² En atención a la carta S/N remitida por la Municipalidad Provincial de Hualgayoc, a fin que se realice una inspección a las instalaciones del Proyecto Minero Tantahuatay, con la finalidad de recabar información relacionada con la presunta afectación ambiental del componente hídrico que estaría siendo generada por las actividades de ampliación en el referido proyecto minero.

³ Fojas 1 a 17.

⁴ 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.

⁵ Fojas 18 a 21.

⁶ Resolución notificada el 30 de enero de 2016.

⁷ En virtud de lo dispuesto en el literal a) del artículo 3° 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), la DS —como Autoridad de Supervisión Directa— puede dictar, entre otras medidas administrativas, medidas preventivas y medidas de requerimientos de actualización de Instrumentos de Gestión Ambiental:

“Artículo 3°.- De los órganos competentes

Los órganos del OEFA competentes para dictar medidas administrativas son los siguientes:

- a) *Autoridad de Supervisión Directa: puede dictar mandatos de carácter particular, medidas preventivas y requerimientos de actualización de Instrumentos de Gestión Ambiental (...)*



5. La Resolución Directoral N° 006-2017-OEFA/DS se sustentó en los siguientes fundamentos:

- (i) La DS señaló que tiene la facultad de dictar medidas preventivas, mandatos de carácter particular y requerimientos de actualización de instrumentos de gestión ambiental, de acuerdo con lo indicado en el artículo 3° de la Resolución de Consejo Directivo N° 007-2015-OEFA/CD que aprobó el Reglamento de Medidas Administrativas del OEFA (en adelante, **Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2015-OEFA/CD**).
- (ii) Asimismo, la DS indicó que de acuerdo con el Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2015-OEFA/CD se puede dictar una medida preventiva en cualquiera de los siguientes supuestos: i) la existencia de un inminente peligro de daño al ambiente⁸; ii) la existencia de alto riesgo⁹; y/o, iii) la necesidad de implementar acciones tendientes a prevenir daños acumulativos de mayor gravedad sobre el ambiente¹⁰.
- (iii) De igual modo, señala la DS, que la 2da MEIA, establece la implementación de pozas de sedimentación para el Depósito de Material Estéril 3 (en adelante, **DME3**); sin embargo, de la revisión de los planos RE-4 de Arreglo General (en adelante, **Plano RE-4**) y el Plano 2.16 del DME3, no se advierte la ubicación y el diseño de las pozas mencionadas.
- (iv) Dicho ello, la DS señaló que durante la Supervisión Especial 2016 se detectó que en la parte exterior del DME3, hasta una distancia de 50 y 60 metros aproximadamente, -desde el límite inferior de dicho depósito en la parte alta de la quebrada Tantahuatay- se verificó que:
- se habían disturbado dos áreas de terreno, de 60 x 60 metros cada una, en total de 7200 m²;
 - se removió y retiró material (cobertura superficial de pasto, *top soil* y suelo);
 - se encontró en proceso de habilitación de diques (uno en cada área) en la parte inferior de dichas áreas colindantes con la quebrada Tantahuatay;
 - en la parte baja a las áreas disturbadas se habían habilitado barreras conformadas por ichu;
 - las actividades observadas se desarrollaban a una distancia aproximadas de 10 metros de la quebrada Tantahuatay.

⁸ Es decir, cuando existe una situación de riesgo de daño al ambiente cuya potencial ocurrencia es altamente probable en el corto plazo.

⁹ Esto es, la probabilidad de ocurrencia de impactos ambientales que pueden trascender los límites de una instalación y afectar de manera adversa al ambiente y la población.

¹⁰ Que en el Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2015-OEFA/CD lo ha considerado como mitigación.

- (v) Por lo tanto, la DS concluyó que al no haberse señalado la ubicación y diseño de las pozas de sedimentación del DME3 y al haberse identificado en la Supervisión Especial 2016 un área perturbada de 7200 m², tal situación representaría un daño real a la flora y fauna, habiéndose verificado que los hechos descritos constituyen elementos suficientes para sustentar la existencia de un alto riesgo, supuesto considerando indispensable para el dictado de una medida preventiva.
6. Con fecha 3 de febrero de 2017, Coimolache informó que hacia finales del mes de diciembre de 2016, se finalizó la construcción de las pozas en la parte externa del DME3, no realizando actividades de construcción en dicha zona a la fecha de notificación de la Resolución Directoral N° 006-2017-OEFA/DS. Por lo tanto, solicitó se tenga por cumplida la medida preventiva¹¹.
7. Sin perjuicio de ello, el 13 de febrero de 2017, Coimolache interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución Directoral N° 006-2017-OEFA/DS, señalando lo siguiente:

Respecto de la medida preventiva

- Las pozas de manejo de agua del DME3 se encuentran aprobadas por Resolución Directoral N° 311-2016-MEM/DGAAM y su Informe Sustentatorio N° 836-2016-MEM-DGAAM/DNAM/DGAM/D (en adelante, **Informe Sustentatorio**). Contrariamente a lo señalado por la DS, el Plano RE 4 "Arreglo General", sí se evidencia la ubicación de las pozas, en cumplimiento del instrumento ambiental.
- De acuerdo al Informe Sustentatorio, antes de iniciar la ampliación y/o construcción de los nuevos componentes principales en el área de proyecto, se planificaron los mismos y se implementaron obras de estabilización específicas para controlar la erosión que involucra a las mencionadas pozas.
- Según el Informe Sustentatorio, se establecen las características de las pozas, por lo que la 2da MEIA no solo menciona las cuestionadas pozas sino también describe su capacidad y funcionalidad.

Respecto al requerimiento para la presentación del cronograma de remediación

- El requerimiento deviene en nulo por exceder las facultades de la DS, tomando en consideración que, de acuerdo al artículo 3° del Reglamento de Medidas Administrativas del OEFA, la DS solamente puede dictar como medidas administrativas: medidas preventivas, mandatos de carácter particular o mandatos de actualización de los IGA, cuando identifique que los impactos ambientales negativos generados difieren de manera significativa con los declarados en el estudio ambiental que propicio la certificación ambiental.

¹¹ Posteriormente, mediante escrito de registro N° 20025 del 3 de marzo de 2017, Coimolache presentó un "Informe de Cumplimiento de la Medida Preventiva de la R.D. N° 06-2017-OEFA/DS" (fojas 183 a 251).



- En esa medida sostuvo que el requerimiento efectuado durante la Supervisión Especial 2016 es competencia de Dirección de Fiscalización, Supervisión y Aplicación de Incentivos y, solamente, en el marco de un procedimiento administrativo sancionador.
8. Mediante Resolución Directoral N° 016-2017-OEFA/DS del 24 de febrero de 2017¹², la DS resolvió, entre otros puntos, lo siguiente:
- Declarar improcedente el recurso de reconsideración presentado contra la Resolución Directoral N° 006-2017-OEFA/DS, en relación con los medios probatorios indicados en los literales a), c) y e) del considerando 20¹³ de la Resolución Directoral N° 016-2017-OEFA/DS, toda vez que los mismos ya habían sido materia de evaluación al momento de dictarse la medida preventiva; y respecto del medio probatorio indicado en el literal d) del mismo considerando, por no ser pertinente.
 - Declarar improcedente el recurso de reconsideración presentado contra la Resolución Directoral N° 006-2017-OEFA/DS en el extremo referido a la presentación de un cronograma para la remediación del área disturbada, exterior al DM3, debido a que el administrado no presentó nueva prueba.
 - Declarar infundado el recurso de reconsideración presentado contra la Resolución Directoral N° 006-2017-OEFA/DS, respecto de la presentación del ANEXO 2U: Actualización de Balance Integral de Aguas CMC; ello, debido a que en dicho anexo, no se precisa la ubicación ni el diseño de infraestructura de las pozas de sedimentación, sino solamente su capacidad.
9. El 17 de marzo de 2017, Coimolache interpuso recurso de apelación¹⁴ contra la Resolución Directoral N° 016-2017-OEFA/DS, solicitando lo siguiente: i) Que se declare la nulidad de su artículo 3° por contravenir la Resolución Directoral N° 311-2016-MEM/DGAAM, que aprobó la 2da MEIA; y, ii) Que se revoque la declaratoria de improcedencia respecto de los medios probatorios detallados en los literales a), c), d), y e) del considerando 20 de la resolución apelada. Para ello, manifestó lo siguiente:
- No se tomó en consideración la totalidad de la certificación ambiental (2da MEIA, aprobada por Resolución Directoral N° 311-2016-MEM/DGAAM y el Informe Sustentatorio), pues en ella, no solo se mencionan las pozas sino

¹² Notificada el 24 de febrero de 2017.

¹³ Los referidos medios probatorios, presentados con el recurso de reconsideración contra la Resolución Directoral N° 006-2017-OEFA/DS, son:

- Literal a: Capítulos 2.11 Descripción de la Etapa de Construcción; y, 2.12 Descripción de la Etapa de Operación y Mantenimiento de la 2da. MEIA (Anexo 5 del escrito de reconsideración).
- Literal c: Plano 2.10: Arreglo General de Tantahuatay (Anexo 8 del escrito de reconsideración).
- Literal d: Capítulo 5: Caracterización de Impactos Ambientales de la 2da MEIA (Anexo 9 del escrito de reconsideración).
- Literal e: Plano 2.2: Terreno Superficial de la 2da. MEIA (Anexo 12 del escrito de reconsideración).

¹⁴ Mediante escrito con registro N° 23179 (fojas 253 a 387).

que denotan su obligatoriedad e importancia como parte de las instalaciones para el manejo de aguas en el DME 3.

- Contrariamente a lo señalado por la DS, el Plano RE-4 sí contempla la ubicación de las pozas del sistema de manejo de aguas del DME 3.
- Los medios probatorios que fueron declarados improcedentes por la DS, no fueron valorados al emitirse la Resolución Directoral N° 006-2017-OEFA/DS.
- Los impactos ambientales en los que la DS sustenta la aplicación de la medida correctiva, fueron identificados, evaluados y aprobados en la 2da MEIA.

10. El 28 de abril de 2017, se llevó a cabo la Audiencia de Informe Oral ante la Sala Especializada en Minería, Energía, Pesquería e Industria Manufacturera del Tribunal de Fiscalización Ambiental, conforme consta en el acta correspondiente; en dicha oportunidad el administrado tuvo la oportunidad de exponer sus alegatos, reiterando los argumentos señalados en su recurso de apelación y demás escritos presentados ante la DS.

II. COMPETENCIA

11. Mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Creación, Organización y Funciones del Ministerio del Ambiente (en adelante, **Decreto Legislativo N° 1013**)¹⁵, se crea el OEFA.
12. 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 Ley N° 30011¹⁶ (en adelante, **Ley N° 29325**), el OEFA es un organismo público

¹⁵ **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 el 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".

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

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

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

Artículo 11°.- Funciones generales

Son funciones generales del OEFA:

(...)



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.

13. 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 OEFA¹⁷.
14. Mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM¹⁸, se aprobó el inicio del proceso de transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental del Osinergmin¹⁹ al OEFA, y mediante Resolución N° 003-2010-OEFA/CD del 20 de julio de 2010²⁰, se estableció que el OEFA asumiría las funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería desde el 22 de julio de 2010.
15. Por otro lado, el artículo 10° de la Ley N° 29325²¹, y los artículos 18° y 19° del Decreto Supremo N° 022-2009-MINAM, Reglamento de Organización y

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

17

LEY N° 29325.

Disposiciones Complementarias Finales

Primera. Mediante Decreto Supremo refrendado por los Sectores involucrados, se establecerán las entidades cuyas funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y sanción en materia ambiental serán asumidas por el OEFA, así como el cronograma para la transferencia del respectivo acervo documentario, personal, bienes y recursos, de cada una de las entidades.

18

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

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

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

19

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

Artículo 18°.- Referencia al OSINERG

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

20

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 003-2010-OEFA/CD, que aprueba los aspectos objeto de la transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería entre el OSINERGMIN y el OEFA, publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de julio de 2010.

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

21

LEY N° 29325.**Artículo 10°.- Tribunal de Fiscalización Ambiental**

10.1 El Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) cuenta con un Tribunal de Fiscalización Ambiental (TFA) que ejerce funciones como última instancia administrativa. Lo resuelto por el TFA es de

Funciones del OEFA²², disponen que el Tribunal de Fiscalización Ambiental es el órgano encargado de ejercer funciones como segunda y última instancia administrativa al interior del OEFA, en materias de su competencia.

16. 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 aprobado por 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

17. Previamente al planteamiento de las cuestiones controvertidas, esta Sala considera importante resaltar que el ambiente es el ámbito donde se desarrolla la vida y comprende elementos naturales, vivientes e inanimados, sociales y culturales existentes en un lugar y tiempo determinados, que influyen o condicionan la vida humana y la de los demás seres vivientes (plantas, animales y microorganismos)²³.
18. 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**)²⁴, 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

obligatorio cumplimiento y constituye precedente vinculante en materia ambiental, siempre que esta circunstancia se señale en la misma resolución, en cuyo caso debe ser publicada de acuerdo a ley.

²² **DECRETO SUPREMO N° 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:

- 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.
- Proponer al Presidente del Consejo Directivo del OEFA mejoras a la normatividad ambiental, dentro del ámbito de su competencia.
- Ejercer las demás atribuciones que correspondan de acuerdo a Ley.

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

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



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.

19. 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 cuánta protección otorga al ambiente y a los recursos naturales, pues el resultado de proteger tales bienes incide en el nivel de calidad de vida de las personas.
20. 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 los bienes ambientales, lo cual ha dado origen al reconocimiento de una "Constitución Ecológica", dentro de la Constitución Política del Perú, que fija las relaciones entre el individuo, la sociedad y el ambiente²⁵.
21. 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 fundamental²⁶ cuyo contenido esencial lo integra el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida; y el derecho a que dicho ambiente se preserve²⁷; y, (iii) como conjunto de obligaciones impuestas a autoridades y particulares en su calidad de contribuyentes sociales²⁸.
22. Es importante destacar que en su dimensión como derecho fundamental, el Tribunal Constitucional ha señalado que contiene los siguientes elementos²⁹: (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 armónica³⁰; y,

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

²⁶ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993.**

Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)

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

²⁷ Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 03343-2007-PA/TC, fundamento jurídico 4, ha señalado lo siguiente, con relación al derecho a un ambiente equilibrado y adecuado:

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

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

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0048-2004-AI/TC. Fundamento jurídico 17.

³⁰ 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:

(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 referida³¹.

23. 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.

24. Sobre la base de este sustento constitucional, el Estado hace efectiva la protección al ambiente, frente al incumplimiento de la normativa ambiental, a través del ejercicio de la potestad sancionadora en el marco de un debido procedimiento administrativo, así como mediante la aplicación de tres grandes grupos de medidas: (i) medidas de reparación frente a daños ya producidos, (ii) medidas de prevención frente a riesgos conocidos antes que se produzcan; y (iii) medidas de precaución frente a amenazas de daños desconocidos e inciertos³².

25. Bajo dicho marco normativo que tutela el ambiente adecuado y su preservación, este Tribunal interpretará las disposiciones generales y específicas en materia ambiental, así como las obligaciones de los particulares vinculadas a la tramitación del procedimiento administrativo sancionador.

IV. CUESTIONES CONTROVERTIDAS

26. Para el presente caso, las cuestiones controvertidas consisten en determinar:

- i. Si corresponde revocar la Resolución Directoral N° 016-2017-OEFA/DS en los extremos que declaró improcedente e infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución Directoral N° 06-2017-OEFA/DS.

"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".

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 05471-2013-PA/TC. Fundamento jurídico 7.

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



- ii. Si correspondía que la DS dicte una medida preventiva a Coimolache.
- iii. Si corresponde declarar la nulidad del artículo 3° de la Resolución Directoral N° 016-2017-OEFA/DS.

V. ANALISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS

IV.1 Si corresponde revocar la Resolución Directoral N° 016-2017-OEFA/DS en los extremos que declaró improcedente e infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución Directoral N° 06-2017-OEFA/DS

27. Coimolache señaló que los medios probatorios detallados en los literales a, c, d, y e del considerando 20 de la resolución apelada, declarados improcedentes por la DS, no fueron evaluados previamente por dicho órgano, precisando³³:

“Los otros documentos que hemos detallado en el acápite precedente y que ofrecimos como prueba nueva (Anexos 5, 8, 9 y 12 adjuntos) para demostrar que las pozas son parte de la Estrategia de manejo ambiental de la 2Da MEIA, fueron declarados improcedentes por la Resolución impugnada. Dado que sí resultan relevantes para estos efectos, planteamos como segunda pretensión principal que la acotada improcedencia sea revocada y sean admitidos como medios probatorios para resolver la apelación interpuesta. Ello, en virtud a que las partes pertinentes del Capítulo 2 y del Capítulo 5 de la 2da MEIA (Anexos 5 y 9) así como lo planos 2.10: arreglo general de Tantahuatay y 2.2: terreno superficial de la 2da MEIA (Anexos 8 y 12) no fueron valorados para emitirse la RD 006-2017, como equivocadamente alegan en los numerales 21 y 23 de la Resolución impugnada.

Como hemos anotado solo una parte del Capítulo 2 es transcrito en el segundo pie de página del Informe técnico de la RD 006-2017, mas no las demás partes de este Capítulo que describen a las pozas paralizadas, razón por la cual fueron ofrecidas como prueba nueva (Anexo 5). Esta prueba nueva no solo brinda información general sobre las pozas sino que también determina las dimensiones aprobadas de su diseño y detalla su función en el proceso de manejo de aguas del DME3.

El capítulo 5 (Anexo 9) por su parte, ni siquiera es mencionado en el análisis para el dictado de la medida preventiva por lo que también debió ser admitido como prueba nueva. Además, en contraposición a lo señalado en el numeral 22 de la Resolución impugnada, sí resulta pertinente, puesto que detalla las actividades consideradas en la 2Da MEIA y en lo concerniente al DME3 identifica a la construcción de las pozas como una subactividad de la etapa de construcción, evaluando

³³

Fojas 258 y 259.

los mismos impactos generados por su implementación que cuestionan en la medida preventiva y que aluden como argumentos para haberla dictado, incluyendo la ubicación cercana a la quebrada Tantahuatay que es referenciada en el análisis de impactos a la calidad del agua superficial"

28. Al respecto, el artículo 217° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, señala que el recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación, debiéndose sustentar en nueva prueba.
29. En esa misma línea, el numeral 36. 2 del artículo 36° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2015-OEFA/CD, establece que la Autoridad de Supervisión Directa es competente para resolver el recurso de reconsideración interpuesto contra las resoluciones que imponen una medida preventiva.
30. El 13 de febrero de 2017, Coimolache interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución Directoral N° 006-2017-OEFA/DS, el cual fue resuelto a través de la Resolución Directoral N° 016-2017-OEFA/DS, que declaró:
- Improcedente el recurso de reconsideración, en los extremos referidos a los medios probatorios indicados en los literales a), c), d) y e) del numeral 20 de la Resolución Directoral N° 006-2017-OEFA/DS; así como el extremo relacionado a la presentación de un cronograma para la remediación del área disturbada, exterior al DME3.
 - Infundado el recurso de reconsideración respecto de la presentación del ANEXO 2U: Actualización de Balance Integral de Aguas CMC.
31. Sobre el particular, este colegiado debe señalar que mediante las Resoluciones N°s 055-2014-OEFA/TFA³⁴, 030-2014-OEFA/TFA-SE1³⁵ y 07-2017-OEFA/TFA-SMEPIM³⁶, el Tribunal de Fiscalización Ambiental, dejó sentado el criterio por el cual, a efectos de determinar la procedencia de un recurso de reconsideración y su consecuente evaluación por parte de la autoridad competente, no se requiere la presentación de nueva prueba que desvirtúe cada uno de los extremos del acto administrativo impugnado, ya que la ley no exige la presentación de pruebas para la procedencia de cada uno de los extremos de la impugnación, sino del medio impugnatorio en general³⁷.

³⁴ Resolución del 27 de marzo de 2014.

³⁵ Resolución del 5 de agosto de 2014, emitida por la Primera Sala Especializada Transitoria en Energía y Minería del Tribunal de Fiscalización Ambiental.

³⁶ Resolución del 27 de abril de 2017, emitida por esta sala especializada.

³⁷ Considerandos 40 y 41 de la Resolución N° 030-2014-OEFA/TFA-SE1, que establece lo siguiente:
" (...)

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



32. De esta manera, la ausencia o impertinencia de las nuevas pruebas para cada extremo de la impugnación incidirá en el sentido de la decisión final (fundado o infundado), mas no en la procedencia del recurso de reconsideración.
33. En ese sentido, este colegiado ratifica el criterio uniforme establecido en los pronunciamientos del Tribunal de Fiscalización Ambiental, detallados en el considerando 31 de la presente resolución, por lo que – de conformidad a lo dispuesto en el numeral 6.3 del artículo 6° del TUE de la Ley del Procedimiento Administrativo General³⁸ – se concluye que a pesar de que la DS no ha seguido el mismo criterio sentado por el tribunal, en este caso, no corresponde declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 016-2017-OEFA/DS, en los extremos que declaró improcedente el recurso de reconsideración contra la Resolución Directoral N° 006-2017-OEFA/DS.
34. Así, en aplicación del criterio jurisprudencial citado en los considerandos precedentes, esta sala considera que la DS no debió declarar improcedente el recurso de reconsideración interpuesto por Coimolache en los extremos referidos en el considerando anterior, sino, por el contrario, analizar los medios probatorios y los argumentos ofrecidos por el administrado. En consecuencia, corresponde revocar la resolución apelada en cuanto declaró improcedente el recurso de reconsideración, respecto de los extremos referidos a los medios probatorios señalados en los literales a), c), d), y e) del considerando 20 de la referida resolución.
35. Finalmente, atendiendo a que esta sala cuenta con los elementos suficientes para emitir un pronunciamiento respecto de los argumentos expuestos por el administrado, se procederá a la evaluación de los referidos medios probatorios.

IV.2 Si correspondía que la DS dicte una medida preventiva a Coimolache

36. De manera previa al análisis de los argumentos esgrimidos por Coimolache en su recurso de apelación, esta sala considera necesario hacer alusión a la

*41. Conforme a ello, para determinar la procedencia de un recurso de reconsideración y su consecuente evaluación por parte de la Autoridad Decisora, no se requiere la presentación de una nueva prueba que desvirtúe para cada uno de los extremos del acto administrativo impugnado, sino que basta que se presente nueva prueba, pues la ley no exige la presentación de nuevas pruebas para la procedencia de cada uno de los extremos de la impugnación, sino del medio impugnatorio en general. La ausencia o impertinencia de las nuevas pruebas para cada extremo de la impugnación incidirá en el sentido de la decisión final (fundado o infundado), mas no en la procedencia del recurso de reconsideración.
(...)"*

³⁸ TUE de la Ley del Procedimiento Administrativo General

"(...)

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 interpretación distinta debe conducir a estimar parcial o totalmente el recurso presentado contra el acto impugnado."

naturaleza y características propias de las denominadas medidas preventivas, análisis que ya ha sido objeto de desarrollo en un anterior pronunciamiento por parte de la Sala Especializada en Pesquería e Industria Manufacturera y de la Sala Especializada en Minería y Energía del Tribunal de Fiscalización Ambiental³⁹.

37. Al respecto, es necesario precisar que 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 prevención⁴⁰, el cual señala lo siguiente:

Artículo VI.- Del principio de prevención

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

38. Conforme al 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 negativo⁴¹ 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.

³⁹ Por ejemplo, se pueden citar, las Resoluciones N°s 001-2016-OEFA/TFA-SEPIM del 22 de enero de 2016, y 059-2016-OEFA/TFA-SME del 23 de diciembre de 2016.

⁴⁰ 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..."

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

⁴¹ 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.

39. Asimismo, el artículo 3° de la Ley N° 28611⁴² 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.
40. Sobre este punto, cabe destacar que el Estado tiene a su cargo la adopción de medidas tendientes a prevenir procesos de fragmentación de los ecosistemas⁴³ por actividades antrópicas y a dictar medidas destinadas a su recuperación y rehabilitación, siendo su prioridad aquellos ecosistemas especiales o frágiles⁴⁴ – dada sus características y recursos singulares, así como su relación con las condiciones climáticas especiales. En esa misma línea, es responsable de promover y regular el uso sostenible del suelo, buscando prevenir o reducir su pérdida y deterioro por erosión o contaminación⁴⁵.
41. En ese sentido, 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 que

⁴² 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.

⁴³ En este sentido, es importante acudir a lo señalado en el documento denominado: "¿Y el Medio Ambiente? Problemas en México y en el Mundo". Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales de México, 2007, p. 31:

"Los ecosistemas se fragmentan cuando los bosques se deforestan para crear nuevas tierras de cultivo, se construye una nueva carretera o se elimina la vegetación acuática de la orilla de un río o lago para obras urbanas o comunitarias. La fragmentación es la transformación de un área relativamente homogénea de un ecosistema en otra en la que permanecen fragmentos de menor tamaño. En casos extremos, estos fragmentos pueden quedar en forma de "islas" inmersas en zonas alteradas.

La fragmentación de los ecosistemas tiene consecuencias importantes. Las poblaciones de plantas y animales pueden resultar afectadas tanto por los cambios en las condiciones ambientales de su hábitat –dado que cambian las condiciones de luz, humedad, temperatura y el flujo de nutrientes– o porque simplemente son incapaces de sobrevivir en superficies reducidas de sus ecosistemas. Con el tiempo, muchas especies en esos "parches" de ecosistemas pueden extinguirse, lo que empobrece la biodiversidad de una zona. Otras especies, las conocidas como "invasoras", pueden conquistar los parches y adueñarse de ecosistemas que antes les eran ajenos, con efectos negativos sobre las especies nativas. Además de la extinción de especies, pueden desaparecer o reducirse los servicios ambientales de los ecosistemas".

Disponible en: <http://biblioteca.semarnat.gob.mx/janium/Dc.cumentos/Ciqa/libros2009/CG007297.pdf>

⁴⁴ LEY N° 28611.

Artículo 98°.- De la conservación de ecosistemas

La conservación de los ecosistemas se orienta a conservar los ciclos y procesos ecológicos, a prevenir procesos de su fragmentación por actividades antrópicas y a dictar medidas de recuperación y rehabilitación, dando prioridad a ecosistemas especiales o frágiles.

⁴⁵ LEY N° 28611.

Artículo 91°.- Del recurso suelo

El Estado es responsable de promover y regular el uso sostenible del recurso suelo, buscando prevenir o reducir su pérdida y deterioro por erosión o contaminación. Cualquier actividad económica o de servicios debe evitar el uso de suelos con aptitud agrícola, según lo establezcan las normas correspondientes.

- desarrollan actividades susceptibles de generar impactos negativos al ambiente, siendo que para lograr dicho cometido, busca también garantizar que las funciones de evaluación, supervisión, fiscalización, control y la potestad sancionadora en materia ambiental, se realicen de manera eficiente⁴⁶.
42. En lo que respecta a la función de supervisión directa, la Ley N° 29325, señala que ésta comprende las acciones de seguimiento y verificación de las obligaciones ambientales a cargo de los administrados con el fin de asegurar su cumplimiento y adicionalmente el dictado de medidas preventivas⁴⁷.
43. Por su parte, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 005-2017-OEFA/CD se aprobó el Reglamento de Supervisión del OEFA (en adelante, **Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 005-2017-OEFA/CD**)⁴⁸, en el cual se establece que la finalidad de la función de supervisión es entre otros, la obtención de los medios probatorios para la imposición de medidas administrativas⁴⁹.

46

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.

Nótese que, en ese contexto, la fiscalización ambiental ejercida por el OEFA se constituye como una herramienta para lograr el cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables recogidas en la legislación ambiental, en los compromisos contenidos en los instrumentos de gestión ambiental y en los mandatos o medidas emitidos por dicho organismo.

47

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 (resaltado agregado).

48

Vigente al momento de la Supervisión Regular 2016.

49

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 005-2017-OEFA/CD, Reglamento de Supervisión, publicada en el diario oficial El Peruano el 3 de febrero de 2017.

Artículo 3°.- Finalidad de la función de supervisión

La función de supervisión tiene por finalidad prevenir daños ambientales, promover la subsanación voluntaria de los incumplimientos de obligaciones fiscalizables y la obtención de los medios probatorios idóneos para sustentar el inicio del procedimiento administrativo sancionador o la imposición de las medidas administrativas, en caso corresponda, para garantizar una adecuada protección ambiental.

44. En consecuencia, la DS cuenta con la facultad de dictar medidas administrativas ante determinados hallazgos detectados en el ejercicio de dicha función⁵⁰, encontrándose entre ellas las medidas preventivas, tal como lo dispone artículo 22-A de la Ley N° 29325⁵¹ y el numeral 4.2 del artículo 4° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 016-2015-OEFA/CD⁵².
45. Sobre el particular, con el dictado de una medida preventiva se busca **proteger, asegurar o evitar que se produzca un daño grave al ambiente, a los recursos naturales o a la salud de las personas ante un inminente peligro o alto riesgo, así como a mitigar las causas que generan dicho daño**. Para tal efecto, el OEFA ha contemplado requisitos así como un procedimiento específico para su dictado, conforme se advierte del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2015-OEFA/CD.
46. Efectivamente, el artículo 12° de la mencionada Resolución de Consejo Directivo N° 007-2015-OEFA/CD establece que una medida preventiva puede dictarse en cualquiera de los siguientes supuestos:
- Inminente peligro:** es la situación de riesgo o daño al ambiente cuya potencial ocurrencia es altamente probable en el corto plazo.
 - 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.

⁵⁰ De manera referencial, cabe indicar que de acuerdo con la definición recogida en el literal f) del artículo 6° del Reglamento de Supervisión Directa, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 016-2015-OEFA-CD, el hallazgo es el "hecho relacionado con el desempeño ambiental del administrado y con el cumplimiento o presunto incumplimiento de sus obligaciones ambientales fiscalizables".

⁵¹ LEY N° 29325.

Artículo 22-A.- Medidas preventivas

Las medidas preventivas pueden contener mandatos de hacer o no hacer. Se imponen únicamente cuando se evidencia un inminente peligro o alto riesgo de producirse un daño grave al ambiente, los recursos naturales o derivado de ellos, a la salud de las personas; así como para mitigar las causas que generan la degradación o el daño ambiental.

Para disponer una medida preventiva, no se requiere el inicio de un procedimiento administrativo sancionador. Dicha medida se ejecuta sin perjuicio de la sanción administrativa a que hubiera lugar.

La vigencia de la medida preventiva se extiende hasta que se haya verificado su cumplimiento o que hayan desaparecido las condiciones que la motivaron.

⁵² RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 016-2015-OEFA/CD.

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:

- La normativa ambiental;
- Los instrumentos de gestión ambiental;
- Las medidas administrativas emitidas por los órganos competentes del OEFA; y
- 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.

(...)

- c) **Mitigación:** se configura cuando es necesario implementar acciones tendientes a prevenir daños acumulativos de mayor gravedad sobre el ambiente.
47. Señalado lo anterior, esta sala analizará si en el presente caso se ha configurado los supuestos establecidos por la DS que ameriten el dictado de la medida preventiva ordenada a Coimolache, de acuerdo con lo establecido por la normatividad vigente.
48. Coimolache señaló que la DS dictó la medida preventiva porque entendía –en forma errónea- que la 2da MEIA no establece la ubicación ni diseño de las pozas de sedimentación que estaban siendo construidas en la parte externa del DME3. Sobre el particular, manifestó lo siguiente⁵³:

“Al respecto, debemos resaltar en primer termino que, para el dictado de la medida preventiva, ni siquiera fue revisada en su totalidad la Resolución Directoral N° 311-2016-MEM/DGAAM y su Informe sustentatorio N° 836-2016-MEM-DGAAM/DNAM/D, pues estos no solo mencionan las pozas sino que denotan su obligatoriedad e importancia como parte de las instalaciones para el manejo de aguas en el DME3 .

*En efecto, las pozas cuestionadas cumplen funciones de prevención, mitigación y control ante la ocurrencia de lluvias así como de la erosión, y dado este rol, la obligatoriedad de su implementación esta contemplada en varios acápite del Informe sustentatorio N° 836-2016-MEM-DGAAM/DNAM/D, que aprobó la 2da. MEIA. Ello podemos verlo por ejemplo en su página 45, donde se establece que **antes de iniciar la ampliación y/o construcción de los nuevos componentes principales en el área de proyectos, se planificará los mismos y se implementaran obras de estabilización específicas para controlar la erosión, lo cual involucra a las mencionadas pozas.***

(...)

En lo concerniente al DME 3, ello se traduce como señala el Informe sustentatorio en su acápite E-3: instalación y estructuras del Sector Mirador (p.37), que específicamente el sistema de manejo de aguas de DME 3 debe consistir en la implementación de pozas de colección de agua de contacto PZ-28 con una capacidad de 900 m3, la poza de sedimentos de aguas de contacto PZ-29 con una capacidad de 800 m3 y la poza de sedimentos de agua de no contacto PZ-30 con una capacidad de 5300 m3.

Como vemos, la Resolución Directoral 311-2016-MEM/DGAAM y su informe sustentatorio N° 836-2016-MEM-DGAAM/DNAM/D no solo mencionan a las pozas cuestionadas sino que describen su capacidad y funcionalidad, en mas acápite que los referidos por la RD 06-2017, lo cual demuestra que resulta erróneo lo manifestado por la Resolución impugnada en su numeral 34 pues para el dictado de la medida

correctiva, la certificación ambiental no fue revisada y analizada en su totalidad. Caso contrario, lo señalado en los párrafos precedentes habría sido advertido y mencionado por la Dirección de Supervisión, pues se encuentran referidos directamente a los componentes cuestionados...”

49. Por otro lado, Coimolache señaló que no existe ni peligro inminente ni riesgo de daño, que la DS consideró como determinantes para la imposición de la medida preventiva, por lo que no se justifica esta. Así, en su recurso de apelación, manifestó⁵⁴:

“Si nos remitimos a la tabla 5-1 de la 2da MEIA (Anexo 5) podremos comprobar que en la evaluación de esta certificación ambiental, la implementación del sistema de pozas fue identificada como una subactividad para la construcción del DME3. Por lo que, se caracterizaron sus posibles impactos, a saber, remoción de suelos y modificación del relieve local, así como el retiro de cobertura vegetal y top soil, los impactos al recurso hídrico identificándose expresamente la cercanía a la quebrada Tantahuatay, así como a la flora y fauna, entre otros. Siendo así, es evidente que los impactos al área donde se emplazan las pozas fueron evaluados y caracterizados y debido a su identificación se establecieron medidas de prevención y mitigación en la 2da MEIA, siendo las pozas una de ellas en lo concerniente al DME3.

*En cuanto al top soil removido, adicionalmente es pertinente señalar que por estar identificado y caracterizado, fue incluido en el Plan de Manejo Ambiental de la 2da. MEIA y para ello nuestra empresa propuso un procedimiento para su remoción, transporte y almacenamiento en los depósitos de material orgánico para su utilización posterior, como podrá verse en el **Anexo 10** del presente recurso.*

*Sobre los supuestos pastos naturales que servían de alimentos para animales de pastoreo, cabe reiterar un aspecto que no sido siquiera mencionado en la Resolución impugnada: que la zona donde implementamos estas pozas es parte del área evaluada en la 2da. MEIA y cuenta con la opinión técnica favorable de la Autoridad Nacional del Agua (**Anexo 11** del presente recurso) así como del Ministerio de Agricultura para la ubicación de nuestros componentes mineros. Además, está dentro de los terrenos de propiedad de COIMOLACHE, tal como puede comprobarse en el Plano 2.2 de la 2da. MEIA que adjuntamos como **Anexo 12** que fue declarado improcedente como prueba nueva, aunque no fue evaluado para el dictado de la medida preventiva y resultar pertinente. Por lo que, considerar dicha área como zona de pastoreo no es correcto, menos aun si esta dentro del área aprobada para uso minero en la 2da. MEIA, según puede verse en el Plano 2.6 de la 2da MEIA que adjuntamos como **Anexo 13**.*

Ahora bien, resulta necesario señalar que no existe el peligro ni riesgo inminente de arrastre de sedimentos ni afectación a la quebrada imputados, **pues justamente las pozas cuestionadas han sido aprobadas en la 2da MEIA como medidas de prevención y control para el manejo de aguas de contacto y no contacto del DME3 que incluye la ocurrencia de lluvias.** Por lo que están previstas como parte de los mecanismos de la Estrategia de manejo ambiental aprobada, como puede comprobarse en el capítulo 6 de la 2da. MEIA cuyas partes pertinentes adjuntamos como **Anexo 14.**

En ese sentido, la implementación de las pozas no constituye una afectación ni un riesgo inminente sino por el contrario es parte de la infraestructura hidráulica que debemos implementar para el debido cumplimiento de las medidas preventivas de manejo de agua previstas en la 2da MEIA, conforme con lo ha establecido en el artículo 16 del Reglamento de Protección Ambiental DS N° 040-2014-EM y las normas supuestamente infringidas.”

50. De la revisión de la 2da MEIA, se advierte que las pozas de sedimentación, cuya construcción se detectó en la Supervisión Especial 2016, sí estaban mencionadas en el referido instrumento ambiental, tal como lo señaló la DS en la resolución recurrida. No obstante, esta sala considera que la ubicación de las referidas pozas⁵⁵ no tiene incidencia en la imposición de la medida preventiva, sino que será relevante en la medida que ello implique el cumplimiento o no de los compromisos ambientales establecidos en el instrumento ambiental (en este caso, la 2da MEIA); ello en el marco de un procedimiento administrativo sancionador que se pueda iniciar contra el administrado. Por tal motivo, habiéndose discutido dicho extremo en el marco del recurso de reconsideración y luego impugnado mediante el recurso de apelación, corresponde revocar la resolución apelada en el extremo que declaró infundado el recurso de reconsideración, procediéndose a analizar la cuestión de fondo, vale decir pertinencia del dictado de la medida preventiva.

51. En ese sentido, corresponde analizar si es que la medida preventiva dictada por la DS cumplía con la finalidad establecida en el Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2015-OEFA/CD. Al respecto, es preciso señalar que el artículo 11° del referido reglamento⁵⁶ establece que las medidas preventivas están destinadas a:

⁵⁵ Cabe señalar que en el informe oral realizado ante esta sala especializada con fecha 28 de abril de 2017, el representante de Coimolache reconoció que las pozas de sedimentación fueron construidas en un lugar distinto al aprobado en la 2da MEIA

⁵⁶ Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2015-OEFA/CD
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.



“...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 generan la degradación o daño ambiental.”

52. En la Resolución Directoral N° 006-2017-OEFA/DS del 30 de enero de 2017, se determinó que las obras de construcción de las pozas de sedimentación, representarían un daño real a la flora y fauna, sustentándose en ello la existencia de la causal referida al alto riesgo, por lo que se cumplía uno de los supuestos establecidos en el artículo 12° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2015-OEFA/CD.
53. Sin embargo, mediante escrito presentado el 3 de febrero de 2017⁵⁷, el administrado informó que “*hacia finales de diciembre del 2016, se finalizó la construcción de las pozas en la parte externa del DME3*”, lo cual fue reiterado en su recurso de reconsideración⁵⁸.
54. Asimismo, con fecha 3 de marzo de 2017⁵⁹, Coimolache remitió el “*Informe de Cumplimiento de la Medida Preventiva de la R.D N° 006-2017-OEFA/DS*”, en el cual se precisa que la construcción de las pozas cercanas a la DME3 había concluido el 20 de diciembre de 2016, habiéndose incluso efectuado las acciones de remediación de la zona afectada por la construcción. Como parte de dicho informe, obra la “*Tabla N° 01: Cronograma de Actividades de Remediación*”, en la cual se detalla lo siguiente:

Cuadro 1: Cronograma de actividades de remediación de la zona aledaña al DME3

Descripción de Actividades	Fechas
Culminación de construcción de pozas	20/12/2016
Construcción de cunetas	20/12/2016 – 30/12/2016
Conformación de área	20/12/2016 – 30/12/2016
Reclamación con Suelo Orgánico	31/01/2016 – 12/01/2017
Instalación de Pacas	03/01/2017 – 22/01/2017
Revegetación y trasplante de ichu	13/01/2017 – 13/02/2017
Mantenimiento y monitoreo	17/01/2017 - 28/02/2017

Fuente: Informe de Cumplimiento de la Medida Preventiva de la R.D N° 006-2017-OEFA/DS
Elaboración: TFA

55. Finalmente, en el Acta de Supervisión Especial, realizada el 16 y 17 de febrero de 2017⁶⁰, la DS verificó –entre otros- los siguientes hechos:

⁵⁷ Foja 23.

⁵⁸ Foja 30

⁵⁹ Fojas 183 a 251

⁶⁰ En la audiencia de informe oral realizada el 28 de abril de 2017, Coimolache puso en conocimiento de esta sala, la realización de la supervisión por parte de la DS.

- No se realizaban actividades de construcción en el área de ubicación del Depósito de Material Estéril 3 – Tantahuatay, y tampoco existía actividades de construcción en los exteriores de dicha área.
- El área donde se ubica el depósito de material estéril 3 – Tantahuatay, en el cual se había realizado el movimiento de tierras, se encontró cubierta con una capa de suelo orgánico (*top soil*), existiendo un extremo en el que se estaba realizando el plantado de ichu.

56. Como se puede advertir de lo señalado en los considerandos 54 y 55 de la presente resolución y teniendo en cuenta el principio de presunción de veracidad previsto en el numeral 1.1. del artículo IV del TULO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, este colegiado considera que si a la fecha de la Supervisión Especial 2017, se había cumplido con las actividades previstas en el cronograma para la revegetación y trasplante de ichu, resulta razonable concluir que la afirmación del administrado, respecto a que se terminó la construcción en el mes de diciembre de 2016, es cierta, toda vez que dicha etapa es posterior a la culminación de las pozas de sedimentación.

57. Por tal motivo, la medida preventiva dictada consistente en la paralización inmediata de las actividades de construcción desarrolladas en la parte externa del DME3, no fue oportuna, en la medida que a la fecha de emisión de la Resolución Directoral N° 006-2017-OEFA/DS, ya no existía el alto riesgo que la DS verificó en la Supervisión Especial 2016.

58. En consecuencia, esta sala especializada considera que la medida preventiva dictada por la DS mediante Resolución Directoral N° 006-2017-OEFA/DS no cumple con la finalidad prevista para este tipo de medidas administrativas en el Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 007-2015-OEFA/CD.

IV.3 Si corresponde declarar la nulidad del artículo 3° de la Resolución Directoral N° 016-2017-OEFA/DS

59. Sin perjuicio de lo expuesto en el acápite anterior, debe señalarse que en su recurso de apelación, Coimolache solicitó que se declare la nulidad del artículo 3° de la Resolución Directoral N° 016-2017-OEFA/DS⁶¹, por contravenir la Resolución Directoral N° 311-2016-MEM/DGAAM, mediante la cual se aprobó la 2da MEIA⁶².

60. Al respecto, luego de realizar la evaluación de lo alegado por el administrado sobre la parte resolutive de la resolución directoral precitada, esta sala advierte que no se verifica alguna de las causales de nulidad de los actos administrativos, establecidas en el artículo 10° del Texto Único Ordenado de la Ley del

⁶¹ Mediante el cual se declaró infundado el recurso de reconsideración contra la Resolución Directoral N° 006-2017-OEFA/DS, respecto de la presentación del Anexo 2U: Actualización de Balance Integral de Aguas CMC

⁶² En virtud de dicho instrumento ambiental, el administrado sostiene que se encontraba obligado a la construcción de las pozas de sedimentación, siendo que la falta de implementación de tales medidas, generaría un grave daño al ambiente, recursos naturales y salud de las personas



Procedimiento Administrativo General⁶³, por lo que corresponde desestimar este extremo de la apelación.

De conformidad con lo dispuesto en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 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.- REVOCAR los artículos 1° y 2° de la Resolución Directoral N° 016-2017-OEFA/DS del 24 de febrero de 2017, que declararon improcedente el recurso de reconsideración contra la Resolución Directoral N° 006-2017-OEFA/DS; asimismo, el artículo 3° de la Resolución Directoral N° 016-2017-OEFA/DS que declaró infundado el citado recurso de reconsideración; por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, quedando agotada la vía administrativa.

SEGUNDO.- REVOCAR la Resolución Directoral N° 006-2017-OEFA/DS, del 30 de enero de 2017, a través de la cual se ordenó a Compañía Minera Coimolache S.A. como medida preventiva, la paralización inmediata de las actividades de construcción que se están desarrollando en la parte externa al Depósito de Material Estéril 3 – Tantahuatay; así como la presentación de un cronograma para la remediación del área disturbada, exterior al Depósito de Material Estéril 3 – Tantahuatay, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución; quedando agotada la vía administrativa.

⁶³

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.

TERCERO.- Notificar la presente resolución a Compañía Minera Coimolache S.A. y remitir el expediente a la Dirección de Supervisión del OEFA para los fines correspondientes.

Regístrese y comuníquese.

.....
CÉSAR ABRAHAM NEYRA CRUZADO
Presidente
Sala Especializada en Minería, Energía,
Pesquería e Industria Manufacturera
Tribunal de Fiscalización Ambiental

.....
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 SUITO LÓPEZ
Vocal
Sala Especializada en Minería, Energía,
Pesquería e Industria Manufacturera
Tribunal de Fiscalización Ambiental