CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
29º JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CIVIL

EXPEDIENTE : 23031-2007-0-1801-JR-CI-29
DEMANDANTE : MINERA YANACOCHA S.R.L.
DEMANDADO : MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SAN PABLO
MATERIA : PROCESO DE AMPARO
ESPECIALISTA : ELSA FARROÑAY RAMÍREZ

S E N T E N C I A

RESOLUCIÓN NÚMERO 55
Dada en Lima, a siete de abril
de dos mil catorce.-

VISTOS :

Resulta de autos, que mediante escrito de fojas cuatrocientos sesenta y cuatro a quinientos tres subsanado de fojas quinientos veintitrés a quinientos veintiocho MINERA YANACOCHA S.R.L. interpone PROCESO DE AMPARO contra la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SAN PABLO, a fin que: 1.- Se declare inaplicable a su empresa la Ordenanza Municipal N° 001-2007-MPSP de fecha 16 de febrero de 2007 expedida por la Municipalidad Provincial de San Pablo, publicada en el Diario Panorama Cajamarquino el día 28 de febrero de 2007, por constituir una amenaza cierta e eminente de sus derechos constitucionalmente consagrados a la Libertad de Empresa, Libertad de Industria, a la Propiedad, y a la Libertad de Trabajo. 2.- Se ordene el cese inmediato de todos los actos consecuentes con los que se pretenda aplicar y hacer efectiva la referida ordenanza municipal. 3.- Se condene a la demandada el pago de los costos y costas correspondientes.

Señala como fundamentos de hecho, que MINERA YANACOCHA S.R.L. es una empresa que se dedica a la exploración y explotación de recursos

minerales, en especial oro, encontrándose sus yacimientos en el departamento de Cajamarca. Refiere que, el Concejo Provincial de San Pablo, en abierta transgresión del marco de su competencia con fecha 16 de febrero de 2007 ha expedido la Ordenanza Municipal N°001-2007-MPSP, publicada en el Diario Panorama Cajamarquino el 28 de febrero de 2007, la que inconstitucionalmente: a) Aprueba el documento "Propuesta de Políticas y Desarrollo de Capacidades para la Gestión del Agua y el Medio Ambiente de la Provincia de San Pablo, para el periodo 2006-2015, que consta de 09 capítulos y 112 páginas (artículo 1°); b) Crea una área de Conservación Ambiental Municipal en la zona de Las Lagunas, ubicada en el caserío Alto Perú, distrito de Tumbadén, provincia de San Pablo con un área aproximada es de 2,960 hectáreas, encerradas dentro de las coordenadas UTM que se indican en el artículo 3° de la Ordenanza 001; c) Crea un área de Conservación Ambiental Municipal en la zona de Pozo Seco, ubicada en el Caserío Pozo Seco y otros aledaños del distrito de Tumbadén, provincia de San Pablo, con un área aproximada de 4,918.9 hectáreas, encerradas dentro de la coordenadas UTM que se indican en el artículo 4° de la Ordenanza 001; d) Otorga a las Áreas de Conservación Municipal Ambiental la categoría de Áreas Naturales Protegidas Complementarias para el uso de protección y conservación de especies nativas, así como de investigación y protección de las mismas; en las que como alternativa se podrá practicar el pastoreo no intensivo y el turismo; y la construcción de la infraestructura para el incremento de la oferta hídrica y cosecha de agua; bajo las restricciones que garanticen las practicas de protección, conservación y aprovechamiento de los recursos naturales (artículo 5°); e) Dispone que la Ordenanza entrará en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano (artículo 7°). Indica que dentro de las zonas declaradas como Áreas de Conservación Ambiental Municipal por la Ordenanza 001, han quedado comprendidas las siguientes concesiones mineras de las que son titulares o cesionarios: Antena N° 3, Antena N° 4, Antena N° 5, Antena N° 24 Ayahuanca 305, Ayahuanca 306, Ayahuanca 307, Ayahuanca 308, Ayahuanca 309, Huayquizongo 1, Huayquizongo 3, Paulita Quince, Paulita Dieciséis, Paulita 18, Paulita 20, Rocío 99, San Pablo 4, San

Pablo 12, San Pablo 13, Anna Gabrielle Tres, Anna Gabrielle Seis, Anna Gabrielle Veinticuatro, Anna Gabrielle Veinticinco, Anna Gabrielle Treinta y Ocho, Anna Gabrielle Treintinueve, Claudina veintidós, Mirtha I, Paulita Ocho, Paulita Nueve, Paulita Diez; San Pablo 15, San Pablo 26, San Pablo 27. Agrega que, Minera Yanacocha S.R.L. es quien ejerce los derechos y obligaciones que la ley otorga a los titulares de dichas concesiones mineras, sea como titular o como cesionaria, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 127° y 166° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería aprobada por Decreto Supremo 014-92-EM, y que su empresa se encuentra facultada a realizar labores mineras en ejercicio de los derechos que les otorgan las referidas concesiones mineras, haciendo presente que tales concesiones fueron otorgadas por el Gobierno Nacional con anterioridad a la Ordenanza 001 e igualmente en el caso de aquellas que les han sido cedidas, tal cesión se realizó con anterioridad a ese hecho. Adicionalmente a las concesiones mineras, señala que Minera Yanacocha SRL es también propietaria de los terrenos superficiales a dichas concesiones, que también han quedado comprendidas en las Áreas de Conservación Municipal Ambiental creadas por la Ordenanza N° 001, tal como aparece en el plano y títulos de propiedad que se adjuntan. **A) INCOMPETENCIA DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SAN PABLO PARA CREAR "ÁREAS DE CONSERVACIÓN AMBIENTAL MUNICIPAL"**, al respecto el demandante ha indicado que los órganos del Estado, solamente se encuentran facultados a hacer lo que expresamente le autoriza el ordenamiento legal, como el caso de las Municipalidades, y que a pesar que la Ordenanza 001 hace mención en la parte considerativa a diversas normas jurídicas, el sustento competencial de la Municipalidad Provincial de San Pablo para crear un área de Conservación Municipal es absolutamente nulo como lo demuestran: a) Competencia de las Municipalidades según la Constitución Política, se remite a lo dispuesto en los artículos 194° (modificado por la Ley N° 27680 publicada el 7 de marzo de 2002 y la Ley N°28607 publicada el 4 de octubre de 2005) y 195° inciso 8) de la Constitución Política del Perú, así como al cuarto fundamento de la sentencia de fecha 3 de noviembre de 1999, dictada por el Tribunal Constitucional en el

expediente N° 555-98 AA/TC. Es decir, indica que la Constitución del Estado supedita a la Ley la competencia de las Municipalidades, lo que implica analizar las diversas leyes que definen la actuación municipal. b) Competencia de las Municipalidades Distritales en la Ley de Bases de la Descentralización, Ley N°27783 (publicada el 20 de Julio de 2002) desarrolla en sus artículos 42° y siguientes las diversas competencias de las Municipalidades, las que pueden ser exclusivas, compartidas con otros órganos del Estado o delegadas, sin distinguir si estas competencias corresponden a las municipalidades provinciales o distritales, por lo que artículo 44 remite a la Ley Orgánica de Municipalidades. En lo que al medio ambiente y los recursos naturales atañe, el inciso d) Artículo 43° de esta ley señala que las Municipalidades tienen competencia compartida para "la preservación y administración de las reservas y áreas naturales protegidas locales, la defensa y protección del ambiente". Hasta aquí las municipalidades tienen competencia compartida con otros niveles de gobierno en lo relativo al medio ambiente, pero solamente para preservar y administrar las áreas naturales protegidas locales, no así para crear áreas de conservación municipal. c) Competencia de las Municipalidades Distritales en la Ley Orgánica de Municipalidades Ley N° 27972 (publicada el 27 de mayo de 2003) clasifica las Municipalidades, en función a su jurisdicción, en municipalidad provincial, municipalidad distrital y municipalidad de centro poblado (artículo 3°); precisando en el numeral 3 del artículo 73°, de la citada Ley Orgánica las competencias de las municipalidades provinciales y distritales en materia de protección y conservación del ambiente. Agrega, que en materia de protección y conservación de medio ambiente, la ley ha otorgado a los Gobiernos Locales una competencia compartida (con los Gobiernos Regionales y el Gobierno Nacional), careciendo de toda competencia para crear áreas de conservación municipal, como indebidamente lo ha hecho la Municipalidad demandada, la Ley solo les autoriza a "proponer" su creación a la autoridad competente. d) El Reglamento de la Ley Áreas Naturales Protegidas ha quedado derogado con la dación de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972, en cuanto reguló las Áreas de Conservación Municipal. El artículo 1° de la Ley de Áreas Naturales Protegidas N°26834

(publicada el 4 de julio de 1997), define las Áreas Naturales Protegidas ("ANP"), y de acuerdo con los artículos 3° y 7° de dicha Ley, únicamente existen tres tipos de ANP **(i)** las de Administración Nacional, que conforman el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SINAMPE), que se crean por Decreto Supremo, aprobado por el Consejo de Ministros y refrendado por el Ministro de Agricultura **(ii)** las de Administración Regional, denominadas "áreas de conservación regional", conformadas por áreas que teniendo una importancia ecológica, no califican para ser declaradas como áreas del SINAMPE, que se crean por Decreto Supremo, aprobado por el Consejo de Ministros y refrendado por el Ministro de Agricultura, **(iii)** las áreas de Conservación Privada, que se reconocen por Resolución Ministerial de Agricultura. En cuanto a la participación de las Municipalidades en la gestión e implementación de las ANP, la Disposición Complementaria Única de la Ley de Áreas Naturales Protegidas N° 26834 dispuso que ello sería regulado en la Ley Orgánica de Municipalidades. En resumen, la Ley de Áreas Naturales Protegidas N°26834 no otorgó facultades a las Municipalidades para crear áreas de conservación municipal; y tanto en el artículo 41.2° como en los artículos 78 y siguientes de su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 038-2001- AG (publicado el 26 de junio de 2001), entró a normar lo relativo a las "Áreas de Conservación Municipal" señalando que ellas podían ser establecidas por las Municipalidades, lo cual implicaba una clara transgresión de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, desconociendo el numeral 8 del artículo 118 de la Constitución. Sin embargo, sin perjuicio de su inconstitucionalidad, toda la parte del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas que atañe a las Áreas de Conservación Municipal debe reputarse derogada con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Municipalidades N°27972 conforme lo dispone el segundo párrafo del artículo I del Título Preliminar del Código Civil, la derogación de una norma se produce entre otros por incompatibilidad entre la nueva Ley y la anterior, y dado que la Disposición Complementaria Única de la Ley de Áreas Naturales Protegidas N° 26834 dispuso que la participación de las municipalidades en las ANP sería regulado en la Ley Orgánica de Municipalidades, la misma que no ha conferido

competencia a las Municipalidades, sean Distritales o Provinciales, para crear Áreas de Conservación Municipal, sino solamente para proponer a la autoridad competente la creación de áreas de conservación ambiental, en consecuencia, al ser incompatibles las normas del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas N° 26834, en cuanto regulo las Áreas de Conservación Municipal con la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972, aquellas han quedado derogadas por esta última en aplicación de la Vigésimo Quinta Disposición Complementaria de la Ley Orgánica de Municipalidades N°27972 que dispone la derogación de toda norma que se le oponga. Por ello, la Municipalidad demandada no podía ampararse en dicho reglamento para crear un Área de Conservación Municipal". Además, por Decreto Supremo N°015-2007-AG de fecha 14 de marzo de 2007 publicado en el Diario Oficial El Peruano el 15 de marzo de 2007 se derogó expresamente toda la parte del reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas relativa a las Áreas de Conservación Municipal.

e) La Ley General de Aguas tampoco Otorga Competencia a las Municipalidades para Establecer Reservas. Teniendo en consideración que en la Ordenanza 001 se hace referencia a la conservación del agua, debemos señalar que los artículos 7° y 128° de la Ley General de Aguas, aprobado por el Decreto Ley N° 17752, establecen que corresponde al Poder Ejecutivo entre otros: (i) reservar aguas para cualquier finalidad de interés público, (ii) reorganizar una cuenca hidrográfica para una mejor utilización de las aguas, y (iii) declarar "zonas de protección" en las cuales cualquier actividad que afecte a los recursos de agua podrá ser limitada, condicionada o prohibida; siendo que la competencia es exclusivamente de cargo de los Ministerios de Agricultura y Pesquería (actualmente comprendido en el Ministerio de la Producción). En resumen, la Municipalidad Provincial de San Pablo ha rebasado sus competencias al crear un área de conservación municipal, afectando de esta manera el sistema competencial previsto en la Constitución Política. **B) DERECHOS CONSTITUCIONALES AMENAZADOS POR LA ORDENANZA 001,** la creación de un Área Natural Protegida conlleva legalmente importantes limitaciones para quienes ejerzan actividades o sean titulares de derechos dentro de dicha área; basta remitirse a la Ley de Áreas

Naturales Protegidas N° 26834 y específicamente, a sus artículos 4°. 5°, 21°, 22°, 23°, 26°, 27°, para caer en la cuenta de las serias limitaciones que impone el hecho de desarrollar una actividad en un Área Natural Protegida, como por ejemplo: a) Las Áreas Naturales Protegidas son de dominio público y no pueden ser adjudicadas en propiedad a los particulares estableciéndose restricciones al uso de la propiedad del predio cuando en dichas áreas se incluyen predios de propiedad privada (artículo 4°). b) El ejercicio de la propiedad y otros derechos reales adquiridos con anterioridad a la declaración de Área Natural Protegida, sólo podrán continuar efectuándose si se adecuan a los objetivos y fines para los que ha sido creada el área natural protegida (Artículo 5°). c) El aprovechamiento de los recursos naturales en las Áreas Naturales Protegidas solo podrá ser utilizado si resulta compatible con la categoría, la zonificación asignada y el Plan Maestro de área, sin que pueda perjudicar tal aprovechamiento el cumplimiento de los fines para los que se ha establecido el área (artículo 27°). d) De acuerdo a la naturaleza y objetivos del Área Natural Protegida se asignará una categoría que contempla una gradualidad de opciones que en algunos casos solo permite la investigación científica no manipulativa, la recreación y el turismo, y en otras, los usos y actividades que sean compatibles con los objetivos del área (artículo 21°). f)Independientemente de la categoría asignada, cada área es zonificada de acuerdo a sus requerimientos y objetivos, pudiendo establecerse zonas de protección estricta y acceso limitado (artículo 23°). LA ORDENANZA N° 001 CONSTITUYE UNA AMENAZA DE VIOLACION AL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBERTAD DE EMPRESA Y A LA LIBERTAD DE INDUSTRIA al amparo del artículo 59° de la Constitución Política del Estado; indica que la libertad de empresa está constituida por el conjunto de facultades del empresario para iniciar una actividad económica o de constituir una empresa, así como para decidir libremente sobre la organización y las opciones preferentes a la prestación económica acometida; y que el derecho a la libertad de industria es la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos.

Sosteniendo que sus derechos a la libertad de empresa y a la libertad de industria, referidos al ejercicio de la actividad minera, es decir, para explorar y explotar los recursos minerales que se encuentran dentro del área de las respectivas concesiones a su cargo, se encuentra seriamente amenazado por la Ordenanza 001, al crear irregular e ilegítimamente dos áreas de conservación ambiental municipal y así encontrarse a merced de las arbitrarias limitaciones que la Municipalidad Provincial de San Pablo les imponga. Agrega que las concesiones mineras se encuentran protegidas por el artículo 66° de la Constitución Política y se regula por los artículos 9 y 10 del Texto único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por el Decreto Supremo N° 014-92-EM, siendo Minera Yanacocha S.R.L. quien ejerce los derechos y obligaciones que la ley otorga a los titulares de dichas concesiones mineras, en su calidad de titular o de cesionaria de estas concesiones, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 127° y 166° del citado Texto Único; siendo de aplicación el artículo 23° de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales N°26821; dejando claro que la posición de la empresa no implica sustraerse de la normatividad legal sobre protección al medio ambiente previstas en los Artículos 25° y siguientes de la Ley General del Ambiente N°28611. AMENAZA DE VULNERACION DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROPIEDAD, el demandante ha señalado que su empresa es propietaria de diversos terrenos superficiales que se encuentran ubicados dentro de las áreas de conservación ambiental municipal creadas por la Ordenanza 001, y también tiene derecho a la propiedad de los productos minerales extraídos como consecuencia del ejercicio de la actividad minera, estando su derecho de Propiedad protegido por la Constitución en los artículos 2° inciso 16) y 70°; constituyendo la Ordenanza 001 una inminente amenaza a su derecho a la propiedad de los predios, puesto que se les puede limitar su derecho de uso y además, es evidente que afecta su valor. Asimismo, afecta su derecho de propiedad de los productos minerales a los que tienen derecho como consecuencia del ejercicio de la actividad minera, quedando al libre arbitrio de la Municipalidad demandada el impedirlo o restringirlo, siendo esta amenaza cierta e inminente, tanto así que en la Ordenanza 001 se establece

en su artículo quinto, que en las áreas de conservación ambiental municipal son solamente para uso de protección y conservación de especies nativas, así como de investigación de protección las mismas; como alternativa se podrá practicar el pastoreo no intensivo y el turismo y la construcción de infraestructura para el incremento de la oferta hídrica y cosecha de agua; bajo las restricciones que garanticen las practicas de protección, conservación y aprovechamiento de los recursos naturales. AMENAZA DE VULNERACION DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBERTAD DE TRABAJO, el accionante refiere que el inciso 15) del Artículo 2° de la Constitución Política atribuye a toda persona el derecho de trabajar libremente, con sujeción a la ley; asimismo, el artículo 59 de la Constitución Política establece que el Estado estimula la riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria, y que el objeto social de su empresa es dedicarse a la exploración y explotación de recursos minerales y a cualquier otra actividad directa o indirectamente comprendida en la Ley General de Minería. 3.- Habiendo indicado todas las limitaciones y restricciones que un Área Natural Protegida impone al ejercicio de actividades dentro de su circunscripción, por ello, la Ordenanza 001 conlleva una grave amenaza cierta e inminente al libre ejercicio de las actividades mineras que legítimamente les corresponde al amparo de la Constitución Política y las leyes, especialmente de la Ley General de Minería, en las zonas declaradas inconstitucionalmente como áreas de conservación ambiental municipal. 4.- Ello significa una clara amenaza de vulneración a su derecho a la libertad de trabajo garantizado por la Constitución Política, lo que igualmente justifica el ejercicio de la presente Acción de Amparo.

Admitida a trámite la demanda por resolución número ocho de fecha diez de marzo de dos mil once, y corrido el traslado de ley a la emplazada, la Municipalidad Provincial de San Pablo mediante escrito de fojas mil ochenta y seis a mil ciento ocho, contradice la demanda en todos sus extremos, argumentando SOBRE LA SUPUESTA INAPLICACIÓN DE LA ORDENANZA MUNICIPAL N° 01-2007-MPSP solicitada por la demandante, indica que ello no es posible porque las disposiciones contenidas en la referida ordenanza

municipal están sustentados en PLAN DE ACONDICIONAMIENTO TERRITORIAL DE LA PROVINCIA DE SAN PABLO, que fuera aprobada mediante ORDENANZA MUNICIPAL N° 015-2005 MPSP de 01 de setiembre de 2005, la misma que establece en su artículo 1° aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial de la Provincia de San Pablo PAT San Pablo la misma que está conformada por una memoria descriptiva del PAT SAN PABLO que consta de Portada, índice numerado hasta Romanos VII, con un total de 205 páginas de contenido un anexo conteniendo 29 mapas del ámbito provincial a escala 1:100,00. Dichos mapas regirán hasta el año 2015 siendo de obligatorio cumplimiento por el sector público y privado con atención especial el Mapa 22 sobre POLITICA GENERAL DE USO DE SUELOS. Esta Ordenanza Municipal tiene plena vigencia y lo tendrá por un espacio de 10 años a partir del día siguiente de su aplicación conforme lo tiene establecido en su artículo cuarto y su fecha no ha sido cuestionada por ningún particular; en ese sentido, para dejar sin efecto o para que le sea inaplicable la Ordenanza Municipal N° 01-2007 MPSP también tendría que declararse la inaplicabilidad de la Ordenanza Municipal N° 015-2005-MPSP. El Plan de Acondicionamiento Territorial, se realizo en base al artículo 79° numerales 1,1) y 1,2) de la Ley Orgánica de Municipalidades Ley 27972, concordante con el DS N° 027-2003-VIVIENDA, en la que se establece que son funciones exclusivas de las Municipalidades Provinciales en materia de organización del espacio físico y uso del suelo, aprobar el Plan de Acondicionamiento Territorial de Nivel Provincial que identifique las áreas urbanas y de expansión urbana así como las áreas de protección o de seguridad de riesgos naturales, las áreas agrícolas y las áreas de conservación ambiental, así como aprobar el Plan de Desarrollo Urbano, el Plan de Desarrollo Rural, el Esquema de Zonificación de áreas urbanas, el Plan de Desarrollo de Asentamientos Humanos y demás planes específicos concordantes con el Plan de Acondicionamiento Territorial entre otras materias, identificar las áreas de protección ambiental. También se tuvo en consideración el Reglamento de Zonificación Ecológica y Económica aprobada por DS N° 087-2004-PCM de 23 de diciembre de 2004, la misma que ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO DE ZONIFICACIÓN y el art. 11° ésa

norma señala que la Presidencia del Consejo de Ministros a través del CONAM dirige el proceso de la gestión de la zonificación ecológica y económica ZEE en el país, y los sectores los gobiernos regionales y locales son las entidades encargadas de la ejecución de la zonificación ecológica y económica ZEE dentro de sus respectivas jurisdicciones. Es así que se identifico a la Zona de las Lagunas del Alto Perú y el Pozo Seco como áreas de protección ecológica debido a éstas son áreas de humedales y cabeceras de cuenca, son colchones de agua que dan origen a los principales ríos y quebradas de la Provincia de San Pablo todos ellos afluentes del río Jequetepeque. ES DECIR SU ZONIFICACION CORRESPONDE A LA CATEGORIA ”AREAS DE PROTECCION Y CONSERVACION ECOLOGICA”. Al respecto, al artículo 9° del Reglamento de Zonificación Ecológica y Económica (ZEE) establece que: Artículo 9° Categorías de Uso: Como producto de evaluación de las unidades Ecológicas Económicas-UEE se identificará las diversas opciones de uso sostenible de dicho territorio. El tipo de categoría corresponderá a la aptitud de uso predominante de dicha UEE. Las categorías de uso a utilizar en el proceso de ZEE serán las siguientes:… b) Zonas de protección y conservación ecológica que incluye las áreas naturales protegidas en concordancia con la legislación vigente, las tierras de protección en laderas, las áreas humedales (pantanos, aguajales y cochas). También se incluyen las cabeceras de cuenca y zonas de colina que por su disección son considerados como de protección de acuerdo al reglamento de clasificación de tierras y las áreas adyacentes a los cauces de los ríos según la delimitación establecida por la autoridad de aguas. Respecto de la **Zona de Las Lagunas**, se encuentra comprendido entre las altitudes de 3,800 y 4100 msnm. Ubicada en la zona de Caserío Alto Perú parte alta del distrito de Tumbadén- San Pablo. Estas lagunas - de origen fluvio – glaciar - constituyen unos de los principales acuíferos naturales de la Provincia de San Pablo y de la Región Cajamarca y está conformado por más de 280 lagunas entre pequeñas y grandes destacando las Lagunas de Quellaymishpo, Laguna Negra, Elvion, Islaycocha y las compuertas I, II, III. Son terrenos saturados de agua (bofedales) y son esponjas hídricas que durante todo el año proporcionan agua a la provincia. Se encuentra ubicado en la

cabecera de cuenca del Jequetepeque cuyas aguas alimentan y dan origen entre otros, a la quebrada Honda, ríos El Tinte, El Rejo y Lirio, Ingatambo, El Garro, Ascona, Los Patos y Yanahuanga, todos afluentes del Río Puclush o Río San Miguel. También dan origen a puquios y manantiales que se distribuyen en toda la provincia debido a la infiltración del agua que posteriormente afloja en las zonas bajas e intermedias. **La Zona de Pozo Seco:** es una zona de acuíferos naturales o nacientes de agua que ocupan una ligera depresión cuyas aguas drenan y filtran dando origen a un gran número de quebradas a la redonda, siendo las principales Qda Tocorumi, formador de Chorro Blanco - Callancas que al unirse con el río Tingo dan origen al río Yaminchad, principal afluente hídrico de los distritos de San Pablo, San Luis y San Bernardino. Estos afluentes dan origen a un ecosistema altamente complejo, variado y dinámico, de gran belleza paisajística y sobre todo dan vida al río Jequetepeque, Esa es la razón de su categorización de uso, de zona de PROTECCION Y CONSERVACION ECOLOGICA. Dentro de esa lógica, al amparo del inciso c) del artículo 6° del DS 0062-75-AG Reglamento del Sistema Nacional de Clasificación de Tierras, se emite la Ordenanza Municipal N° 001-2007-MPSP de 16 de febrero 2007 que en su parte considerativa tiene como antecedente el Plan de Acondicionamiento Territorial aprobado mediante Ordenanza 015-2005 MPSP, el mismo que mantenía las recomendaciones de la implementación de la protección ecológica en uso de sus atribuciones conferidas mediante la Ley Orgánica de Municipalidades que establece como una de sus competencias y funciones específicas la organización del espacio físico y uso del suelo: ARTICULO 79°.- ORGANIZACIÓN DEL ESPACIO FISICO Y USO DEL SUELO. La referida ordenanza municipal en su artículo 1° aprueba las “Políticas de gestión de agua y medio ambiente para el periodo 2006-2015” para lo cual se prioriza la formulación de los estudios definitivos para la ejecución de los proyectos hídricos denominados. a) Gestión Integral de la Microcuenca del Río Yaminchad b) Incremento de la Oferta de Agua del Río Yaminchad c) Proyectos de irrigación, embalse Pozo Seco d) Canal de derivación del Río Rejo e) Canal Tumbadén Grande- Chacapampa. <u>Como se podrá apreciar, la Ordenanza Municipal en cuestión regula en todos sus</u>

extremos la GESTION DE AGUA O RECURSOS HIDRICOS CON EL UNICO OBJETIVO DE INCREMENTAR LA OFERTA HIDRICA Y COSECHA DE AGUA, gestión a la que opone la MINERA YANACOCHA SRL. En virtud de ello, se DEFINIO COMO AREA DE CONSERVACION AMBIENTAL MUNICIPAL LA ZONA DE LAS LAGUNAS Y ZONA DE POZO SECO (artículo 3° y 4° de la Ordenanza). Asimismo, cuando se emitió la cuestionada Ordenanza Municipal se encontraba en vigencia el Artículo 41.2 y el Capitulo X del Título Segundo del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas aprobado por DS N° 038-2001 AG y la Resolución N° 029-2006-INRENA. En virtud de ello, en su quinto considerando se considero a las mencionadas zonas en la categoría de AREAS NATURALES PROTEGIDAS COMPLEMENTARIAS para uso de protección y conservación de especies nativas así como de protección e investigación de las mismas. Estas normas fueron derogadas por DS N° 15-2007-AG publicada el 15 de marzo de 2007; sin embargo, esta derogación no puede ser retroactiva por lo que mantiene su vigencia y todos sus efectos la Ordenanza Municipal N° 01-2007-MPSP. Por lo tanto, con la Ordenanza Municipal cuestionada por el contrario se promovía el uso sostenible de sus recursos naturales conforme lo ordenado por la Constitución Artículo 67°. NO ES CIERTO QUE YANACOCHA SRL SEA PROPIETARIA DE TERRENOS SUPERFICIALES A DICHAS CONCESIONES UBICADAS EN LA JURISDICCIÓN DE LA PROVINCIA DE SAN PABLO. La demandante afirma que es dueña de los derechos subterráneos como superficiales, cuya jurisdicción corresponde a la Municipalidad de San Pablo, por lo que se atentaría su derecho de propiedad, lo que no es cierto porque de los medios probatorios ofrecidos por la demandante ninguno corresponde a los terrenos superficiales que se encuentren ubicados en la Jurisdicción de la Municipalidad Provincial de San Pablo, en vista de ello, solicita al Despacho se declare la improcedencia de los medios probatorios que no tienen relación con la jurisdicción de la Provincia de San Pablo, porque la demanda podría tener efectos más allá de lo solicitado por la empresa minera excediéndose en cuanto a su petitorio, abarcando otras comarcas que se encuentran fuera del alcance de su jurisdicción y por lo tanto, fuera del alcance de la Ordenanza

cuestionada. NI LOS DERECHOS MINEROS CONCEDIDOS A YANACOCHA NI LAS TRANFERENCIAS DE PROPIEDAD DE LAS SUPERFICIES INCLUIAN LOS RECURSOS HIDRICOS CONFORMADOS POR LAS LAGUNAS NI OTROS RECURSOS NATURALES. En efecto, los derechos reales de concesión de extracción de mineral que se le otorgo a YANACOCHA, así como las supuestas transferencias de propiedad de la superficie no pueden incluir los recursos hídricos constituidos por 280 lagunas, humedales y otros recursos naturales que se encuentran en su jurisdicción por ser estos de dominio público e inalienables. Por lo tanto, no puede pretender la demandante que por sus títulos también incluyan el uso y disfrute de los recursos hídricos de los San Pablinos ubicados en la Jurisdicción de las concesiones mineras, pues esa pretensión es INCONSTITUCIONAL. Al respecto conforme a la Ley General de Aguas, menciona los artículos 1° y 2°; y los artículos 23° y 26° de la Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los Recursos Naturales Ley 26821. En ese sentido, en un entorno encontramos una serie de recursos naturales, siendo el caso que a YANACOCHA sólo se le ha concedido el derecho de extracción de minerales determinados pero no puede apoderarse de los otros recursos naturales que existen en la zona como son las lagunas del Alto Perú. Por ello las autoridades locales tienen expedito su derecho a regular sus suelos y sus recursos, distintos a los concedidos por la autoridad nacional. LA ORDENANZA MUNICIPAL NO AFECTA LOS DERECHOS DE PROPIEDAD NI DE EMPRESA NI INDUSTRIA NI LIBERTAD DE TRABAJO DE LA MINERA YANACOCHA SRL. La ordenanza municipal cuestionada, como ya hemos mencionado regula la gestión de los recursos hídricos; no está declarando que se deja sin efecto las concesiones otorgadas a favor de la Minera Yanacocha. Por lo tanto, la declaración de Zonas de Conservación Ambiental también son legales y merecen la protección del Estado. Afirmar que una protección ambiental limita el derecho de empresa o industria es RECONOCER QUE LA ACTIVIDAD MINERA - Y EN PARTICULAR LA ACTIVIDAD MINERA DE YANACOCHA - DETERIORA EL MEDIO AMBIENTE Y QUE ES CONTRARIA A TODA PROTECCION AMBIENTAL y en todo caso lo que se está solicitando de manera indirecta YANACOCHA es que le

permitan dañar el medio ambiente sin ningún tipo de restricciones. Tampoco afecta su derecho de propiedad, porque de los medios probatorios ofrecidos por la demandante ninguno se refería a propiedades en la jurisdicción de San Pablo. Y si no vulnera el derecho a la empresa, tampoco vulnera el derecho a la libertad de trabajo porque en dicha zona no existe operación de ninguna clase, es decir no hay actividades laborales. Finalmente, olvida la demandante que ninguno de esos derechos es ABSOLUTO pues pueden ser declarados sin efecto cuando la administración pública así lo declare en los casos cuando la explotación de los recursos naturales sea contrario a la ley y a la constitución. DEBER DE PROTECCION DEL ESTADO (GOBIERNOS REGIONALES Y LOCALES) DE LOS RECURSOS NATURALES Y MEDIO AMBIENTE. El Estado en todos sus niveles organizacionales, tiene el deber de proteger los recursos naturales, del medio ambiente o de los medios de subsistencia porque el medio ambiente adecuado crea las condiciones de la continuidad de la vida; así se establece en los artículos 66° y siguientes de la Constitución. Incluso, como nación hemos contraído obligaciones Internacionales de protección del medio ambiente y de explotación racional de los recursos naturales. DERECHO PREFERENTE AL DERECHO AL AGUA QUE AL DERECHO PATRIMONIAL. El a-quo deberá ponderar, en caso de contraposición del derecho al agua con el derecho a la libertad de empresa y propiedad, cuál de los derechos es más importante y relevante para la subsistencia de la vida y el ecosistema. Del expediente técnico se podrá apreciar que si se destruyen estas cabeceras de cuenca, se secaran los ríos adyacentes como el Río Jequetepeque entre otros porque estas lagunas alimentan esta agua de manera subterránea. Al respecto, hace mención a los artículos 9°, 15° y 22° de la LEY GENERAL DE AGUAS Decreto Ley N° 17752 (1969), por lo que considera que se debe declarar Infundada la demanda de amparo; mediante resolución veinticuatro obrante fojas un mil ciento nueve se tuvo por contestada la demanda; mediante resolución veintiséis obrante a fojas un mil ciento cuarenta y siete a un mil ciento cuarenta y nueve se declaro infundada la excepción de prescripción deducida por la parte demandada y se declaro saneado el proceso, la misma que apelada fue elevada al Superior Jerárquico, el cual mediante resolución de

vista obrante de fojas un mil doscientos cuarenta y nueve a un mil doscientos cincuenta y dos confirmó la resolución veintiséis; mediante resoluciones treinta y tres, treinta y siete y cuarenta y ocho se admitieron medios probatorios de oficio; mediante resolución cuarenta y tres obrante de fojas un mil trescientos treinta y tres a un mil trescientos treinta y cinco se tuvo por apersonado al Gobierno Regional de Cajamarca como coadyuvante de la parte demandada en el estado en que se encuentran los presentes autos; habiendo informado oralmente la parte demandante y demandada, por lo que ha llegado el momento de expedir sentencia.

CONSIDERANDO :

PRIMERO : El Código Procesal Constitucional Ley N° 28237 en su artículo 1° establece que los procesos de amparo tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.

SEGUNDO : La parte demandante a través de su demanda de amparo pretende: 1) Se declare inaplicable a su empresa la Ordenanza Municipal N°001-2007-MPSP de fecha 16 de febrero de 2007 expedida por la Municipalidad Provincial de San Pablo, publicada en el Diario Panorama Cajamarquino el día 28 de febrero de 2007, por constituir una amenaza cierta e eminente de sus derechos constitucionalmente consagrados a la Libertad de Empresa, de Industria, de Trabajo y su derecho de Propiedad, y 2) Se ordene el cese inmediato de todos los actos consecuentes con los que se pretenda aplicar y hacer efectiva la referida ordenanza municipal; con el pago de costas y costos correspondientes.

TERCERO : De la Resolución del Tribunal Constitucional de fecha 10 de diciembre de 2010 recaída en este proceso con el N° 01893-2009-PA/TC, obrante de fojas setecientos cincuenta y dos a setecientos sesenta y tres, se advierte que en su fundamento cuarto se señala: *"4. (…) la Ordenanza Municipal N°001-2007-MPSP, es evidente que éste tiene carácter autoaplicativo, debido a que la declaración de las zonas de Las Lagunas y de Pozo Seco como Áreas de Conservación Ambiental, por imperio de las consecuencias que le impone la Ley N° 26843 (…) el artículo quinto de la ordenanza impugnada resalta que "las mencionadas zonas ecológicas en la*

categoría de Áreas Naturales Protegidas Complementarias para su uso de protección y conservación de especies nativas" conllevan que en ellas "como alternativa [sólo] se podrá practicar el pastoreo no intensivo y el Turismo". Asimismo, el Voto Dirimente del Magistrado Calle Hayen señala en sus fundamentos quinto y sexto lo siguiente: *"5. Que del análisis de la citada norma podemos concluir que los artículos primero y segundo constituyen sólo una propuesta e intenciones de estudios, proyectos o políticas de la demandada sobre las áreas que ahí se indican y que, por consiguiente no son aplicables directamente, pues aún considerándolas lesivas para los intereses de la empresa demandante, éstas necesariamente exigen la generación de actos posteriores. Por ello, los artículos primero y segundo de la Ordenanza tienen la calidad de normas heteroaplicativas y, por lo tanto, en este extremo la demanda debe ser declarada improcedente, de acuerdo con el artículo 3º del Código Procesal Constitucional. 6. Respecto al artículo tercero, cuarto y quinto de la Ordenanza, se constata que tienen carácter autoaplicativo. (…) El hecho que la demandante no haya cuestionada un acto concreto sustentado en los mencionados artículos de la Ordenanza, no es óbice para que no se ingrese a evaluar su constitucionalidad, puesto que su naturaleza autoaplicativa puede dar lugar a la amenaza y/o violación de los derechos fundamentales de los que es titular la demandante.".*

CUARTO : En tal sentido, resulta claro que en cuanto a los artículos 1 y 2 de la Ordenanza N° 001-2007-MPSP publicada en el Diario "Panorama Cajamarquino" el 28 de febrero de 2007, obrante a fojas cuarenta y siete, la presente demanda en este extremo se va a declarar improcedente por ser normas de carácter heteroaplicativo, como ya lo ha señalado el Tribunal Constitucional. En cuanto a los artículos tercero, cuarto y quinto de la citada Ordenanza se va a analizar si los mismos por su sola vigencia amenazan con vulnerar los derechos constitucionales invocados por la parte demandante: Libertad de Empresa, de Industria, de Trabajo y su derecho de Propiedad..

QUINTO : Al respecto, se tiene que la Ordenanza N° 001-2007-MPSP en los artículos 3, 4 y 5 dispone lo siguiente:

*"**ARTÍCULO TERCERO: DEFINIR como Área de Conservación Ambiental Municipal** a la zona de **Las Lagunas**, ubicada en el Caserío Alto Perú, Distrito de Tumbadém, Provincia de San Pablo; comprendida a partir de la cota 3,800 m.s.n.m; delimitada por la divisoria de aguas que separa las nacientes de la Quebrada Honda, con las nacientes orientales de la Micro Cuenca del Río Yanahuanga; con un área aproximada de 2,960 Has; cuyas coordenadas U.T.M. son las siguientes:*

ESTE	NORTE	PUNTO
763837.0	9242280.8	NORTE
764397.6	9233861.2	SUR
761494.3	9239334.18	ESTE
766043.6	9237502.4	OESTE

ARTÍCULO CUARTO: DEFINIR como Área de Conservación Ambiental Municipal *a la Zona de* ***Pozo Seco*** *ubicada en el caserio Pozo Seco y otros aledaños del distrito de Tumbadén, Provincia de San Pablo; a partir de la cota 3,400 m.s.n.m., con un área aproximada de 4,918.9 Hás.; cuyas coordenadas U.T.M. son los siguientes:*

ESTE	NORTE	PUNTO
752139.1	9221128.7	NORTE
756433.4	9215520.7	SUR
761283.4	9219703.2	ESTE
742699.9	9220252.5	OESTE

ARTÍCULO QUINTO: CONSIDERAR *las mencionadas zonas ecológicas en la categoría de Áreas Naturales Protegidas Complementarias para uso de protección y conservación de especies nativas, así como de investigación de protección las mismas; como alternativa se podrá practicar el pastoreo no intensivo y el Turismo, y la construcción de infraestructura para el incremento de la oferta hídrica y cosecha de agua; bajo las restricciones que garanticen las prácticas de protección, conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales."*

SEXTO : El accionante en el presente proceso de amparo ha solicitado se declare inaplicable la citada ordenanza a su empresa, argumentando para ello cuestionamientos de forma y de fondo. En cuanto a la forma aduce la INCOMPETENCIA DE LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SAN PABLO PARA CREAR "ÁREAS DE CONSERVACIÓN AMBIENTAL MUNICIPAL", indicando que: La Competencia de las Municipalidades según la Constitución Política, se remite a lo dispuesto en los artículos 194° (modificado por la Ley N° 27680 publicada el 7 de marzo de 2002 y la Ley N°28607 publicada el 4 de octubre de 2005) y 195° inciso 8) de la Constitución Política del Perú, así como al cuarto fundamento de la sentencia de fecha 3 de noviembre de 1999, dictada por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 555-98 AA/TC. Es decir, indica que la Constitución del Estado supedita a la Ley la competencia de las Municipalidades. Competencia de las Municipalidades Distritales en la Ley de Bases de la Descentralización, Ley N°27783 (publicada el 20 de Julio de 2002) desarrolla en sus artículos 42° y siguientes las diversas competencias

de las Municipalidades, las que pueden ser exclusivas, compartidas con otros órganos del Estado o delegadas, sin distinguir si estas competencias corresponden a las municipalidades provinciales o distritales, por lo que artículo 44 remite a la Ley Orgánica de Municipalidades. En lo que al medio ambiente y los recursos naturales atañe, el inciso d) Artículo 43° de esta ley señala que las Municipalidades tienen competencia compartida para "la preservación y administración de las reservas y áreas naturales protegidas locales, la defensa y protección del ambiente". Pero solamente para preservar y administrar las áreas naturales protegidas locales, no así para crear áreas de conservación municipal. Competencia de las Municipalidades Distritales en la Ley Orgánica de Municipalidades Ley N° 27972 (publicada el 27 de mayo de 2003) clasifica las Municipalidades, en función a su jurisdicción, precisando en el numeral 3 del artículo 73°, de la citada Ley Orgánica las competencias de las municipalidades provinciales y distritales en materia de protección y conservación del ambiente. Agrega, que en materia de protección y conservación de medio ambiente, la ley ha otorgado a los Gobiernos Locales una competencia compartida (con los Gobiernos Regionales y el Gobierno Nacional), careciendo de toda competencia para crear áreas de conservación municipal, la Ley solo les autoriza a "proponer" su creación a la autoridad competente. El Reglamento de la Ley Áreas Naturales Protegidas ha quedado derogado con la dación de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972, en cuanto reguló las Áreas de Conservación Municipal. El artículo 1° de la Ley de Áreas Naturales Protegidas N°26834 (publicada el 4 de julio de 1997), define las Áreas Naturales Protegidas ("ANP"), y de acuerdo con los artículos 3° y 7° de dicha Ley, únicamente existen tres tipos de ANP **(i)** las de Administración Nacional, que conforman el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas (SINAMPE), que se crean por Decreto Supremo, aprobado por el Consejo de Ministros y refrendado por el Ministro de Agricultura **(ii)** las de Administración Regional, denominadas "áreas de conservación regional", conformadas por áreas que teniendo una importancia ecológica, no califican para ser declaradas como áreas del SINAMPE, que se crean por Decreto Supremo, aprobado por el Consejo de Ministros y refrendado por el Ministro de Agricultura, **(iii)** las áreas

de Conservación Privada, que se reconocen por Resolución Ministerial de Agricultura. En cuanto a la participación de las Municipalidades en la gestión e implementación de las ANP, la Disposición Complementaria Única de la Ley de Áreas Naturales Protegidas N° 26834 dispuso que ello sería regulado en la Ley Orgánica de Municipalidades, no otorgando facultades a las Municipalidades para crear áreas de conservación municipal; y tanto en el artículo 41.2° como en los artículos 78 y siguientes de su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 038-2001- AG (publicado el 26 de junio de 2001), entró a normar lo relativo a las "Áreas de Conservación Municipal" señalando que ellas podían ser establecidas por las Municipalidades, lo cual implicaba una clara transgresión de la Ley de Áreas Naturales Protegidas, desconociendo el numeral 8 del artículo 118 de la Constitución. Sin embargo, sin perjuicio de su inconstitucionalidad, toda la parte del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas que atañe a las Áreas de Conservación Municipal debe reputarse derogada con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Municipalidades N°27972 conforme lo dispone el segundo párrafo del artículo I del Título Preliminar del Código Civil, y dado que la Disposición Complementaria Única de la Ley de Áreas Naturales Protegidas N° 26834 dispuso que la participación de las municipalidades en las ANP sería regulado en la Ley Orgánica de Municipalidades, la misma que no ha conferido competencia a las Municipalidades, sean Distritales o Provinciales, para crear Áreas de Conservación Municipal, sino solamente para proponer a la autoridad competente la creación de áreas de conservación ambiental, en consecuencia, al ser incompatibles las normas del Reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas N° 26834, en cuanto regulo las Áreas de Conservación Municipal con la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972, aquellas han quedado derogadas por esta última en aplicación de la Vigésimo Quinta Disposición Complementaria de la Ley Orgánica de Municipalidades N°27972 que dispone la derogación de toda norma que se le oponga. Por ello, la Municipalidad demandada no podía ampararse en dicho reglamento para crear un Área de Conservación Municipal". Además, por Decreto Supremo N°015-2007-AG de fecha 14 de marzo de 2007 publicado en el Diario Oficial El Peruano el 15 de

marzo de 2007 se derogó expresamente toda la parte del reglamento de la Ley de Áreas Naturales Protegidas relativa a las Áreas de Conservación Municipal. La Ley General de Aguas tampoco Otorga Competencia a las Municipalidades para Establecer Reservas. Teniendo en consideración que en la Ordenanza 001 se hace referencia a la conservación del agua, señala que los artículos 7° y 128° de la Ley General de Aguas, aprobado por el Decreto Ley N° 17752, establecen que corresponde al Poder Ejecutivo entre otros: (i) reservar aguas para cualquier finalidad de interés público, (ii) reorganizar una cuenca hidrográfica para una mejor utilización de las aguas, y (iii) declarar "zonas de protección" en las cuales cualquier actividad que afecte a los recursos de agua podrá ser limitada, condicionada o prohibida; siendo que la competencia es exclusivamente de cargo de los Ministerios de Agricultura y Pesquería (actualmente comprendido en el Ministerio de la Producción). En resumen, la Municipalidad Provincial de San Pablo ha rebasado sus competencias al crear un área de conservación municipal, afectando de esta manera el sistema competencial previsto en la Constitución Política.

SEXTO : Al respecto, es necesario resaltar, que no procede en un proceso de amparo analizar si la entidad pública demandada tenia la competencia asignada por ley para declarar áreas naturales protegidas, siendo que el presente proceso de amparo no es uno de control abstracto, sino uno donde se determina la afectación concreta de derechos constitucionales, no siendo el Poder Judicial el encargado en ninguna de sus instancias de realizar el control abstracto de normas que tienen rango de ley, como es el caso de las ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo, control que ejerce únicamente el Tribunal Constitucional a través del proceso de inconstitucionalidad o en su caso en el proceso competencial, conforme lo señala la Constitución Política del Estado en sus artículos 200° inciso 4) y 202°, y conforme lo ha advertido el Magistrado Eto Cruz en su voto en discordia en la resolución N° 01893-2009-PA/TC, recaída en el presente proceso cuando señala en su fundamento 8 lo siguiente: *"(…) Cuestión distinta es que el ente que se encargue de efectuar la declaración de área natural protegida tenga la competencia asignada por ley para hacerlo; pero ello es algo que debe ser discutido en el seno de un proceso de control abstracto de normas como el proceso competencial o el proceso de*

inconstitucionalidad, según sea el caso, y no en uno donde se determina la afectación concreta de derechos como el amparo.". Por ello, el argumento esbozado en este sentido no puede ser amparado, máxime cuando el accionante no ha señalado que derecho constitucional se ha amenazado o vulnerado.

SÉTIMO : La parte demandante, como argumento de fondo ha señalado respecto a la AMENAZA DE VIOLACION AL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBERTAD DE EMPRESA Y A LA LIBERTAD DE INDUSTRIA que el artículo 59° de la Constitución Política del Estado; indica que la libertad de empresa está constituida por el conjunto de facultades del empresario para iniciar una actividad económica o de constituir una empresa, así como para decidir libremente sobre la organización y las opciones preferentes a la prestación económica acometida; y que el derecho a la libertad de industria es la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos. Sosteniendo que sus derechos a la libertad de empresa y a la libertad de industria, referidos al ejercicio de la actividad minera, es decir, para explorar y explotar los recursos minerales que se encuentran dentro del área de las respectivas concesiones a su cargo, se encuentra seriamente amenazado por la Ordenanza 001, al crear irregular e ilegítimamente dos áreas de conservación ambiental municipal y así encontrarse a merced de las arbitrarias limitaciones que la Municipalidad Provincial de San Pablo les imponga. Agrega que las concesiones mineras se encuentran protegidas por el artículo 66° de la Constitución Política y se regula por los artículos 9 y 10 del Texto único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por el Decreto Supremo N° 014-92-EM, siendo Minera Yanacocha S.R.L. quien ejerce los derechos y obligaciones que la ley otorga a los titulares de dichas concesiones mineras, en su calidad de titular o de cesionaria de estas concesiones, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 127° y 166° del citado Texto Único; siendo de aplicación el artículo 23° de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales N°26821; dejando claro que la posición de la empresa no implica sustraerse de la normatividad legal sobre protección

al medio ambiente previstas en los Artículos 25° y siguientes de la Ley General del Ambiente N°28611. Así también, en cuanto a la AMENAZA DE VULNERACION DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA LIBERTAD DE TRABAJO, el accionante refiere que el inciso 15) del Artículo 2° de la Constitución Política atribuye a toda persona el derecho de trabajar libremente, con sujeción a la ley; y el artículo 59 de la Constitución Política establece que el Estado estimula la riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria, y que el objeto social de su empresa es dedicarse a la exploración y explotación de recursos minerales y a cualquier otra actividad directa o indirectamente comprendida en la Ley General de Minería. Habiendo indicado todas las limitaciones y restricciones que un Área Natural Protegida impone al ejercicio de actividades dentro de su circunscripción, por ello, la Ordenanza 001 conlleva una grave amenaza cierta e inminente al libre ejercicio de las actividades mineras que legítimamente les corresponde al amparo de la Constitución Política y las leyes, especialmente de la Ley General de Minería, en las zonas declaradas inconstitucionalmente como áreas de conservación ambiental municipal.

OCTAVO : Al respecto, se tiene que el artículo 66° de la Constitución Política del Estado dispone lo siguiente: *"Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal".* Siendo en este caso la Ley de la materia el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobada por el Decreto Supremo N° 014-92-EM. No obstante si bien es cierto, la empresa demandante conforme lo ha acreditado de fojas cincuenta y tres a trescientos treinta y ocho ha obtenido la titularidad o cesión de los derechos mineros respecto a las concesiones mineras : Antena 3, Antena 4, Antena 5, Antena 24, Ayahuanca 306, Ayahuanca 307, Ayahuanca 308, Ayahuanca 309, Huayquizongo 1, Ayahuanca 305, Huayquizongo 3, Paulita Quince, Paulita Dieciséis, Paulita 20, Rocio 99, San Pablo 4, San Pablo 12, San Pablo 13, Anna Gabrielle Tres, Anna Gabrielle Seis, Anna Gabrielle Veinticuatro, Anna Gabrielle Veinticinco, Anna

Gabrielle Treintaiocho, Anna Gabrielle Treintainueve, Claudina Veintidós, Paulita Ocho, Paulita Nueve, Paulita Diez, San Pablo 15, San Pablo 26 y San Pablo 27, también es cierto, que los derechos a la libertad de empresa, libertad de industria y libertad de trabajo, no son derechos absolutos, los mismos que conllevan ciertas restricciones en tanto el Estado cumpla con las políticas sociales no solo de algunos sino de todos los ciudadanos, conforme ya lo ha establecido el Tribunal Constitucional en su Sentencia N° 0048-2004-PI/TC, en sus fundamentos 16, 29, 34, 35 y 38 que señalan lo siguiente:

"§3. Responsabilidad social de la empresa
(...)

16. Lo "social", se define aquí desde tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi "natural", permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida.

Prima facie, la actividad de la empresa está sujeta a regulaciones constitucionales y legales a fin de que la organización política pueda lograr los objetivos establecidos en la propia Constitución. Por ello es que, cuando entran en conflicto determinados derechos o libertades individuales con las prerrogativas del Estado, resulta determinante establecer el marco jurídico y político en que se sustentan dichos derechos. Ni la propiedad ni la autonomía privada son irrestrictas *per se* en el constitucionalismo contemporáneo. Lo importante es que dichos derechos se interpreten a la luz de las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho; de lo contrario, otros bienes constitucionales igualmente valiosos tendrían el riesgo de diferirse. Sólo de este modo puede considerarse superado el viejo y equívoco postulado del mercado *per se* virtuoso y el Estado *per se* mínimo, para ser reemplazado por un nuevo paradigma cuyo enunciado es: "tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario".
(...)
§4. La Constitución, el medio ambiente y la política nacional del ambiente
El derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida
(...)
29. El artículo 66º de la Constitución señala que los recursos naturales, *in totum*, son patrimonio de la Nación. Ello implica que su explotación no puede ser separada del interés nacional, por ser una universalidad patrimonial reconocida para los peruanos de todas las generaciones. Los beneficios derivados de su utilización deben alcanzar a la Nación en su conjunto; por ende, se proscribe su exclusivo y particular goce.

En ese sentido, los recursos naturales —como expresión de la heredad nacional— reposan jurídicamente en el dominio del Estado. El Estado, como la expresión jurídico-política de la nación, es soberano en su aprovechamiento. Es bajo su imperio que se establece su uso y goce.

El dominio estatal sobre dichos recursos es eminente, es decir, el cuerpo político tiene la capacidad jurisdiccional para legislar, administrar y resolver las controversias que se susciten en torno a su mejor aprovechamiento.
(...)
Los conceptos de sostenibilidad, solidaridad y la responsabilidad social de la empresa minera.
34. Las cláusulas de protección del medio ambiente y los recursos naturales, prescritas básicamente en los artículos 66º, 67º, 68º y 69º de la Constitución, establecen el marco de actuación del Tribunal y la responsabilidad de los actores económicos en la preservación de los recursos y medios indispensables para nuestra propia subsistencia como especie. En efecto, la actividad de las empresas mineras, por el

mismo hecho de estar vinculada a la explotación de recursos naturales, comparte una responsabilidad de primer orden en la implementación de políticas públicas orientadas a la preservación del medio ambiente, debido a los riesgos que supone su actuación en el ámbito de la exploración y la explotación minera misma.

(…)

Medio ambiente y empresa

38. En la medida que la protección del medio ambiente constituye una preocupación principal de las actuales sociedades, se impone la necesidad de implementar fórmulas que permitan la conciliación del paradigma del desarrollo con la necesaria conservación de los recursos y elementos ambientales que se interrelacionan con el entorno natural y urbano. Se busca con ello preterir formas de desarrollo irrazonable, que en sí mismo es destructivo y no sostenible para el beneficio de las generaciones presentes y futuras.

Ello exige que el Estado -a través de la Administración como gestora pública- asuma el deber que le impone la Constitución en su artículo 44°, consistente en "promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación"; para la consecución de dicho fin debe emplear todos los medios legítimos y razonables que se encuentren a su alcance, limitando, condicionando, regulando, fiscalizando y sancionando las actividades de los particulares hasta donde tenga competencias para ello, sea que éstas se realicen de forma independiente o asociada.

Estos principios se concretizan en una política de Estado orientada a conseguir una mejor calidad de vida para la población, cuyo contenido excluya criterios residuales o de conveniencia coyuntural que sólo acarrean desarrollos legislativos inorgánicos, en consonancia con lo establecido por el artículo 67 de la Constitución. Además exige que los poderes públicos controlen el uso racional de los recursos naturales dentro de un desarrollo económico armónico, como doctrinariamente se enuncia, criterio que el Tribunal Constitucional busca enfatizar en esta sentencia.

No obstante, un límite constitucional a esta política nacional del ambiente es el reconocimiento de la libertad de empresa consagrada en el artículo 59° de la Constitución, derecho fundamental que no se encuentra en conflicto con la regulación estatal de la materia, sino que se realiza a través de ella."

Siendo así, no se puede afirmar que la protección ambiental dispuesta por la parte demandada sea injustificada, máxime cuando mediante escrito de fojas un mil trescientos tres a un mil trescientos dieciséis el Gobierno Regional de Cajamarca a través de su Procurador Público en su calidad de coadyuvante de la parte demandada ha indicado lo siguiente: *"El objetivo por el cual se emitió la referida ordenanza provincial, tiene el mismo sentido que la política ambiental regional, que ha asumido el Gobierno Regional de Cajamarca, para lo cual elaboro el expediente técnico denominado "AREA DE CONSERVACIÖN REGIONAL LAGUNAS ALTO PERÚ" abarcando ya no sólo las 284 lagunas ubicadas en San Pablo sino también las ubicadas en la Provincia de San Miguel, Hualgayoc y Cajamarca las que en total constituyen 780 cuerpo de aguas (lagunas estacionales, permanentes y demás espejos de agua) y humedales, además de diversidad florística constituida por especies endémicas y amenazadas y una gran variedad de especies de fauna silvestre residente y migratoria, así como otros valores asociados de interés social, cultural, paisajístico y científico. (…) Con fecha 25 de marzo de 2010 entre los representantes de la Municipalidad Provincial de San Pablo y la Gerencia Regional de Recursos Naturales y Gestión del Medio Ambiente del Gobierno Regional de Cajamarca, se*

*suscribió una **CARTA DE INTENCIÓN** cuyo objetivo era el establecimiento de compromisos para la elaboración de*

los estudios para proponer la Creación del Área de Conservación "Las Lagunas de Alto Perú y Pozo Seco" ante el Ministerio del Ambiente. Instrumento que incluye como antecedente la Ordenanza Municipal 001-2007-MPSP (…)", lo cual se encuentra corroborado con la Carta de Intención que acompaña a fojas 1279 y 1280, y las Actas de los pobladores del Caserío de Alto Perú del distrito de Tumbadén, provincia de San Pablo, del Caserío de Yanacanchilla Alta, distrito de La Encalada, provincia y departamento de Cajamarca que acompaña de fojas 1281 a 1302, por lo que se concluye que las áreas de protección en mención también constituyen un problema social de la zona, en la que el Gobierno Regional de Cajamarca también se encuentra avocado, por lo que no se puede concluir que la intervención en las concesiones resulte arbitraria o desproporcionada, sino que va acorde con las necesidades de la región y el sustento de sus pobladores como requerimiento básico de agua y suelo.

NOVENO : En cuanto a la AMENAZA DE VULNERACION DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROPIEDAD, el demandante ha señalado que su empresa es propietaria de diversos terrenos superficiales que se encuentran ubicados dentro de las áreas de conservación ambiental municipal creadas por la Ordenanza 001, para ello ha presentado documentos que obran de fojas trescientos treinta y nueve a cuatrocientos uno; indicando que también tiene derecho a la propiedad de los productos minerales extraídos como consecuencia del ejercicio de la actividad minera, estando su derecho de Propiedad protegido por la Constitución en los artículos 2° inciso 16) y 70°; constituyendo la Ordenanza 001 una inminente amenaza a su derecho a la propiedad de los predios, puesto que se les puede limitar su derecho de uso y además, es evidente que afecta su valor. Asimismo, afecta su derecho de propiedad de los productos minerales a los que tienen derecho como consecuencia del ejercicio de la actividad minera, quedando al libre arbitrio de la Municipalidad demandada el impedirlo o restringirlo, siendo esta amenaza cierta e inminente, tanto así que en la Ordenanza 001 se establece en su artículo quinto, que en las áreas de conservación ambiental municipal son

solamente para uso de protección y conservación de especies nativas, así como de investigación de protección las mismas; como alternativa se podrá

practicar el pastoreo no intensivo y el turismo y la construcción de infraestructura para el incremento de la oferta hídrica y cosecha de agua; bajo las restricciones que garanticen las practicas de protección, conservación y aprovechamiento de los recursos naturales.

DÉCIMO : En cuanto a la amenaza del derecho de propiedad, se tiene que el derecho de propiedad se encuentra reconocido por el artículo 2° inciso 16 de la Constitución Política del Estado, según el cual: *"Toda persona tiene derecho: (…) 16) A la Propiedad (…)", así como en el artículo 70° que señala: El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los limites de la ley.".* Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el derecho de propiedad como cualquier derecho fundamental no es absoluto, pues se encuentra limitado por disposiciones constitucionales expresas o tácitas. Más aún, dicha delimitación también proviene de la ley, como es el caso de lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley de Áreas Naturales Protegidas que establece: *"Cuando se declaren Áreas Naturales Protegidas que incluyan predios de propiedad privada, se podrá determinar las restricciones al uso de la propiedad del predio, y en su caso, se establecerán las medidas compensatorias correspondientes"*, igualmente el artículo 5° de la misma ley establece: *"El ejercicio de la propiedad y de los demás derechos reales adquiridos con anterioridad al establecimiento de un Área Natural Protegida, debe hacerse en armonía con los objetivos y fines para los cuales éstas fueron creadas. El Estado evaluará en cada caso la necesidad de imponer otras limitaciones al ejercicio de dichos derechos.".* Así como los artículos antes citados debe considerarse también el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado previsto en el artículo 2° inciso 22) de la Constitución Política del Estado.

UNDÉCIMO : A fin de determinar si las restricciones establecidas por la ordenanza municipal 001 son razonables, debe aplicarse el test de proporcionalidad, el cual como ya es conocido esta conformado por tres sub-criterios. El primero es el de *idoneidad,* que establece que toda injerencia en

los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin

entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél. En cuanto al subcriterio de *necesidad*, impone adoptar, entre las diversas alternativas existentes para alcanzar el fin perseguido, aquella que resulte menos gravosa para el derecho que se limita; como tal, presupone la existencia de una diversidad de alternativas, todas aptas para conseguir el mismo fin, debiendo ser la escogida aquella que genera menos aflicción sobre el derecho fundamental. Una medida será innecesaria o no satisfará este segundo subcriterio cuando la adopción de un determinado medio significa, o importa, un sacrificio desmesurado o manifiestamente innecesario, del derecho limitado. Por último, en lo que se refiere al subcriterio de *proporcionalidad en sentido estricto*, aquí rige la ley de la ponderación, según la cual "*cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro"* [STC 2235-2004-AA, fundamento 6]. Analizado lo dispuesto en los numerales 3, 4 y 5 de la Ordenanza 001, puede inferirse que lo resuelto en los citados numerales si resulta *idóneo*, ello se debe a que definir como áreas de conservación ambiental municipal la zona de Las Lagunas ubicada en el Caserío de Alto Perú, distrito de Tumbadém, provincia de San Pablo, y la zona de Pozo Seco ubicada en el Caserío de Pozo Seco y otros aledaños del distrito de Tumbadén, y considerar las zonas ecológicas en la categoría de Áreas Naturales Protegidas Complementarias para uso de protección y conservación de especies nativas, así como de investigación de protección las mismas; y que como alternativa se podrá practicar el pastoreo no intensivo y el Turismo, y la construcción de infraestructura para el incremento de la oferta hídrica y cosecha de agua; bajo las restricciones que garanticen las prácticas de protección, conservación y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales; cumple con el objetivo de preservar estas áreas ecológicas, en el caso de Las Lagunas por ser un acuífero natural ubicado en la cabecera de la cuenca del río Jequetepeque, cuyas aguas alimentan y dan origen entre otros a las quebradas Honda, y diversos ríos de la zona, los que son afluentes

del Río Puclush o Río San Miguel. También dan origen a puquíos y manantiales que se distribuyen en toda la provincia debido a la infiltración del

agua que posteriormente aparece o aflora en las zonas bajas y medias. En el caso de la zona Pozo Seco que es una zona de acuíferos naturales que da origen a un ecosistema complejo y dinámico y que garantiza el régimen hídrico de esta parte de la provincia que se ubica en los límites de los distritos de Tumbadén y San Pablo pero cuyas aguas llegan hasta el distrito de San Bernardino y San Luis, favoreciendo las actividades agrícolas, pecuarias y forestales, lo cual se desprende del Plan de Acondicionamiento Territorial de la Provincia de San Pablo (fs. 895 a 994) aprobado por la Ordenanza Municipal N° 015-2005-MPSP (que no es materia de inaplicabilidad en el presente proceso) y que obra de fojas ochocientos noventa y dos y ochocientos noventa y tres. Por lo tanto su definición como áreas de conservación ambiental municipal, considerándolas como áreas protegidas complementarias para uso y conservación de especies nativas entre otros, persigue un fin legítimo, que tiene un nexo entre su protección y el fin legítimo que persigue que es la preservación de las citadas zonas ecológicas. Así también la medida resulta *necesaria*, porque las actividades de exploración y explotación minera dañarían el suelo y el agua de estas zonas que constituyen acuíferos naturales, no habiendo planteado la parte demandante una alternativa que haga posible tanto las actividades mineras y la preservación de estas zonas ecológicas; además el uso especificado en la norma también guarda relación con el objetivo de protección que se pretende. Finalmente, el subcriterio de *proporcionalidad en sentido estricto*, debe tenerse en consideración la protección del derecho a un ambiente equilibrado y adecuado de los pobladores de la provincia de San Pablo, pues de lo que trata la norma es de evitar se dañen estas zonas ecológicas, lo cual se corrobora con el documento denominado: Expediente Técnico – Propuesta de Declaratoria Área de Conservación Regional “Lagunas Alto Perú” cuyos promotores son: el Gobierno Regional de Cajamarca, la Municipalidad Provincial de San Pablo y el Comité de Gestión Área Conservación Regional “Lagunas Alto Perú” que obra de fojas 1008 a 1082. En este caso, la Municipalidad Provincial ha restringido su uso,

que si bien resulta ser una restricción intensa grave al derecho de propiedad, la protección por otra parte al derecho a un ambiente adecuado y equilibrado de

los pobladores de la provincia de San Pablo que realizan las actividades agrícolas, pecuarias y forestales es también elevada, por lo que la demandada ha optado por restringir su uso a efecto de preservar dichas zonas ecológicas del daño que le pudiera causar como en este caso la exploración y extracción de minerales, lo cual afectaría a las generaciones actuales y futuras, por lo que se justifica las restricciones al uso de la propiedad. Estando a lo expuesto y habiendo superado el test de proporcionalidad se concluye que las medidas dictadas por la parte demandada resultan razonables y por ende no vulneran el derecho de propiedad ni los demás los derechos constitucionales invocados por la parte accionante.

Por estos fundamentos y de conformidad con lo dispuesto por las normas antes glosadas, la señora Juez del Vigésimo Noveno Juzgado Civil de Lima, administrando Justicia a nombre de la Nación;

FALLA :

Declarando **INFUNDADA** la demanda de fojas cuatrocientos sesenta y cuatro a quinientos tres subsanada de fojas quinientos veintitrés a quinientos veintiocho interpuesta por la MINERA YANACOCHA S.R.L. contra la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE SAN PABLO, sobre PROCESO DE AMPARO e **IMPROCEDENTE** en cuanto solicita la inaplicación de la Ordenanza N° 001-2007-MPSP 001 en sus artículos 1 y 2, con costas y costos; Notificándose.-