

ROSA MARIA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR
Fedataria

SECRETARÍA GENERAL DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE MINERÍA

1348

**TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES
EN TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN**

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2

Lima, 09 de mayo de 2014.

VISTO:

El Expediente N° 118-09-MAVE, que contiene el recurso de apelación interpuesto con fecha 20 de diciembre de 2013 por la empresa COMPAÑÍA MINERA MILPO S.A.A., representada por el señor Dionisio Olavide Alfaro, contra la Resolución de Gerencia General N° 20444-2013, de fecha 29 de noviembre de 2013, mediante la cual se le sancionó con dos multas por incumplir el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, en adelante RPM; y una multa por incumplir el Reglamento de Seguridad e Higiene Minera, aprobado por Decreto Supremo N° 046-2001-EM, en adelante RSHM; así como el Informe Oral llevado a cabo el 28 de marzo de 2014.

CONSIDERANDO:

- Mediante la Resolución N° 20444-2013, notificada el 02 de diciembre del 2013, la Gerencia General sancionó a la empresa COMPAÑÍA MINERA MILPO S.A.A., en adelante MILPO, con tres multas ascendentes a un total de 501.40 (Quinientos uno con 40 centésimas) UIT por incumplir el RPM y el RSHM, conforme al siguiente detalle:

INCUMPLIMIENTO	TIPIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN	SANCIÓN
Infracción al artículo 37° del RPM ¹ detectada durante la supervisión especial del año 2009 Por realizar actividades de construcción para la ampliación de la Planta de Beneficio Cerro Lindo sin autorización de construcción respectiva.	Numeral 2.1 del Anexo 2 de la Resolución N° 211-2009-OS/CD ²	437.69 UIT

¹ RPM: (Texto vigente al momento de la supervisión realizada por el Osinergmin)

Artículo 37.- Entregados los avisos conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y, de no mediar oposición, la Dirección General de Minería deberá evaluar si la solicitud se adecúa a las normas de seguridad, vivienda, salud, bienestar minero e impacto ambiental y expedir Resolución, en un plazo que no excederá de treinta (30) días hábiles.

La Resolución expedida por la Dirección General de Minería que autoriza la construcción de la planta, permitirá al interesado solicitar las servidumbres y expropiaciones que pudieran ser necesarias.

En el caso que se formule oposición, ésta se tramitará con arreglo a las normas sobre oposición contenidas en la Ley y el presente Reglamento.

² Rubro 2 sobre incumplimiento de normas sobre autorizaciones para concesiones de beneficio, del Anexo 2 que contiene el cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones para las Actividades de Explotación Minera por no contar con Estudios de Impacto Ambiental y Autorizaciones.

"(...)

2.1 No contar con autorización de construcción.

Base Legal: Artículo 37° del RPM

Sanción Pecuniaria: Hasta 10000 UIT"

Rosa María Virginia Carrillo Salazar
Fidataria

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2

Infracción al artículo 38° del RPM ³ detectada durante la supervisión especial del año 2009 Por operar la Planta de Beneficio Cerro Lindo a mayor capacidad de la autorizada por el Ministerio de Energía y Minas.	Numeral 2.2 del Anexo 2 de la Resolución N° 211-2009-OS/CD ⁴	53.71 UIT
TOTAL		491.4 UIT

INCUMPLIMIENTO	TIPIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN	RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 353-2000-EM/VMM
Infracción al artículo 294° del RSHM ⁵ detectada durante la supervisión especial del 2009 Implementar el proyecto de la relavera Pahuaypite 2, modificando el diseño elaborado por Golder Associates Perú S.A.	Numeral 2.12.4 del Anexo 1 de la Resolución N° 260-2009-OS/CD ⁶	10 UIT ⁷
TOTAL		10 UIT

Como antecedentes, cabe señalar lo siguiente:

³ RPM:

Artículo 38.- Concluidas la construcción e instalación de la planta, el interesado dará aviso a la Dirección General de Minería para que proceda a ordenar una inspección a fin de comprobar que las mismas se han efectuado de conformidad con el proyecto original, en lo que se refiere a seguridad e higiene minera e impacto ambiental. Asimismo, acompañará la autorización de vertimientos de residuos industriales correspondiente.

La diligencia de inspección deberá realizarse dentro de los sesenta (60) días naturales siguientes a la fecha en que fue solicitada.

Si la inspección fuere favorable, la Dirección General de Minería otorgará el título de la concesión. Dicha resolución autorizará el funcionamiento de la planta, así como el uso de las aguas solicitadas y el sistema de vertimientos de los líquidos industriales y domésticos.

La resolución deberá transcribirse al Registro Público de Minería para su inscripción en la partida correspondiente a la concesión.

La concesión de beneficio otorga a su titular un derecho real."

⁴ Rubro 2 sobre incumplimiento de normas sobre autorizaciones para concesiones de beneficio, del Anexo 2 que contiene el cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones para las Actividades de Explotación Minera por no contar con Estudios de Impacto Ambiental y Autorizaciones.

"(...)

2.2 No contar con autorización de funcionamiento

Base Legal: Artículo 38° del RPM

Sanción Pecuniaria: Hasta 3900 UIT"

⁵ RSHM:

"Artículo 294°.- Los desechos industriales producidos como ganga, desmonte, relaves, aguas ácidas, escorias entre otros deberán ser almacenados o encapsulados en botaderos o lugares diseñados para garantizar su estabilidad física y química."

⁶ Rubro 2 sobre Incumplimiento de Normas Técnicas de Seguridad e Higiene Minera, del Anexo 1 de la Resolución N° 260-2009-OS/CD, Cuadro de Tipificación de Infracciones de Seguridad e Higiene Minera.

"2.12 Incumplimiento de Normas de Almacenes y Talleres de Mantenimiento

2.12.4 Disposición de Desechos

Base Legal: Arts. 294°, 295° y 296° del RSHM"

⁷ La Escala de Multas y Penalidades a aplicarse por incumplimiento de las disposiciones del TUO de la Ley General de Minería y sus Normas Reglamentarias, aprobada por la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, establece:

"2.1. Infracciones de las disposiciones establecidas en el TUO, Reglamento de Seguridad e Higiene Minera, (...) que sean detectadas como consecuencia de la fiscalización, exámenes especiales, inspecciones o peritajes; el monto de la multa será de 10 por cada infracción, hasta un máximo de 100 UIT. En los casos de PPM la multa será de 2 UIT por infracción. (...)"

ROSA MARIA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR
Fедataria

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2

- a) Mediante la Resolución Directoral N° 119-2007-MEM/DGM, de fecha 13 de julio del 2007, emitida por la Dirección General de Minería, en adelante DGM, se otorgó el título de la concesión de beneficio "Cerro Lindo" a MILPO.⁸ Asimismo, se autorizó el funcionamiento de la planta de beneficio "Cerro Lindo" a la capacidad instalada de 5,000 TM/día.
- b) Mediante escrito de fecha 22 de diciembre del 2008, MILPO solicitó que se autorice el incremento de la capacidad de la planta de beneficio "Cerro Lindo" a 10,000 TM/día.
- c) A través de los escritos con registro N° 1947270 de fecha 11 de diciembre de 2009 y N° 1948101 de fecha 15 de diciembre de 2009, MILPO modificó su solicitud para que la aprobación de la ampliación se realice en dos tramos, la primera sería hasta los 7,490 TM/día.
- d) Con fecha 01 de diciembre de 2009, los representantes de Osinergmin realizaron la supervisión especial a las instalaciones de la concesión de beneficio "Cerro Lindo" perteneciente a la empresa MILPO.
- e) Mediante la Resolución N° 018-2009-OS/GFM, de fecha 10 de diciembre del 2009, la Gerencia de Fiscalización Minera, en adelante GFM, impuso a MILPO la siguiente medida cautelar:
- Suspensión de las actividades de construcción para la ampliación de la capacidad instalada de la planta de beneficio "Cerro Lindo".
 - Abstenerse de operar la mencionada planta de beneficio por encima de la capacidad instalada, aprobada por el Ministerio de Energía y Minas, de 5,000 TM/día.
- f) Con fecha 17 de diciembre del 2009, se notificó a MILPO el Oficio N° 2063-2009-OS-GFM que dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador y se le otorgó un plazo de diez (10) días hábiles para que formule sus descargos. Posteriormente, dicho documento fue modificado mediante Oficio N° 1768-2010-OS-GFM, notificado el 19 de noviembre del 2010, otorgándose a la administrada un plazo adicional de cinco (5) días hábiles para que realice descargos adicionales, de considerarlo conveniente⁹.
- g) Mediante la Resolución N° 992-2009-MEM-DGM/V, de fecha 21 de diciembre del 2009, emitida por la DGM, que obra a fojas 316 del expediente, se autorizó

⁸ La unidad minera "Cerro Lindo" se ubica en el distrito de Chavín, provincia de Chincha, departamento de Ica.

⁹ El Oficio N° 1768-2010-OS-GFM rectifica dos errores materiales contenidos en el Oficio N° 2063-2009-OS-GFM, según se detalla a continuación:

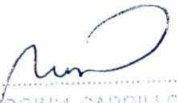
1. Dice: "Infracción al artículo 294° del Reglamento de Seguridad e Higiene Minera, aprobado por Decreto Supremo N° 049-2001-EM (...)".

Debe decir: "Infracción al artículo 294° del Reglamento de Seguridad e Higiene Minera, aprobado por Decreto Supremo N° 046-2001-EM (...)".

2. Dice: "Resulta sancionable de acuerdo al numeral 3.1 punto 3, Medio Ambiente, de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM."

Debe decir: "Resulta sancionable de acuerdo al numeral 2.1 del punto 2, Seguridad Minera de la Escala de Multas y Penalidades aprobada mediante Resolución Ministerial N° 353-EM/VMM."

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2


ROSA MARÍA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR
Fедataria
SECRETARÍA DE INVERSIÓN EN ENERGÍA

la construcción e instalación de la ampliación de capacidad instalada en la planta de la concesión de beneficio "Cerro Lindo", de 5,000 a 7,490 TM/día.

- h) Con fecha 06 de enero de 2010, MILPO presentó sus descargos al inicio del procedimiento sancionador mediante escrito con registro N° 1289097, obrante de fojas 288 a 297 del expediente.
- i) Mediante la Resolución N° 010-2010-MEM-DGM/V de fecha 14 de enero de 2010, emitida por la DGM, que obra a fojas 613 del expediente, se autorizó el funcionamiento de la concesión de beneficio "Cerro Lindo" a la capacidad ampliada de 7,490 TM/día.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

- 2. Mediante escrito de registro N° 201200175113, presentado el 20 de diciembre de 2013, complementado con escrito de registro N° 201200175113, presentado el 01 de abril de 2014, MILPO interpone recurso de apelación contra la Resolución N° 20444-2013, solicitando se declare su nulidad, en atención a los siguientes fundamentos:

Sobre la prescripción de la potestad sancionadora de Osinergmin

- a) MILPO alega que, en el párrafo 1.1 de la resolución impugnada, se señala que las supuestas infracciones materia del presente procedimiento administrativo sancionador fueron detectadas el 01 de diciembre del 2009, como resultado de la supervisión especial realizada en dicho año.

Sobre el particular, la apelante hace referencia al numeral 233.1 del artículo 233° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante Ley N° 27444, modificado por el artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1029, el cual establece que *"la facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas, prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales (...). En caso ello no hubiera sido determinado, dicha facultad de la autoridad prescribirá a los cuatro (4) años"*.

Atendiendo a dicha norma, MILPO considera que, al haber transcurrido más de 4 años desde el 01 de diciembre de 2009, fecha en que se detectaron las infracciones, la facultad de Osinergmin para determinar la existencia de las mismas habría prescrito, por lo que según el numeral 233.3 del artículo 233° de la Ley N° 27444, la autoridad deberá resolver la prescripción solicitada sin más trámite que la constatación de los plazos.

Sobre la infracción al artículo 37° del RPM

- b) Respecto a este punto, MILPO sustenta su defensa argumentando que las labores que se encontraba realizando el 01 de diciembre del 2009, y que generaron la imposición de las infracciones, correspondían a excavaciones y labores de corte de material las que, de ningún modo implican de por sí mismas actividades de construcción propiamente dichas.

ROSA MARIA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR
Fедataria

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2

Al respecto, cita el Diccionario de la Real Academia Española, en referencia al concepto del verbo construir: *"Fabricar, edificar, hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería, un monumento o en general cualquier obra pública"*.

De manera complementaria, recoge la definición del verbo fabricar que contiene el mencionado diccionario: *"Producir objetos en serie, generalmente por medios mecánicos"*, así como: *"Construir un edificio, un dique, un muro o cosa análoga"*. Asimismo, define al verbo edificar como: *"Fabricar, hacer un edificio o mandarlo construir"*.

Atendiendo a dichas definiciones, MILPO considera que, para que se califiquen las actividades que venía ejecutando al momento de la supervisión como actividades de construcción, habría sido necesario que se constate que estaba fabricando un producto o edificando un edificio o similar, lo cual no habría ocurrido. Ello, en tanto que las actividades de excavación, movimiento de tierras y los cortes, constituyen sólo labores preparatorias que pueden servir para innumerables actividades posteriores.

Adicionalmente, la apelante señala que, al momento de resolver, se deben tener en consideración las fotos contenidas en el Informe N° GFM-624-2009, que sustenta el inicio del presente procedimiento sancionador, en las que consta que no había edificación ni estructura alguna.

- c) De otro lado, la apelante señala que, en la legislación minera peruana, no se regula la obligación de contar con autorización para realizar labores de excavación ni de corte dentro de una Unidad Minera en operación, por lo que no se habría incumplido norma alguna.

Sobre el particular, MILPO solicita que se aplique el Principio de Tipicidad, el cual establece que, sólo se sancionarán administrativamente las conductas previstas expresamente en normas con rango de ley, por lo que, si la conducta realizada por el administrado no encaja con precisión en la norma descrita con rango de ley, éste no podrá ser sancionado por ella¹⁰.

- d) En el presente caso, la apelante considera que la conducta presuntamente realizada por MILPO no se ajusta al tipo normativo del artículo 37° del RPM, por lo que se estaría vulnerando el Principio de Tipicidad, por sustentar la imputación en un supuesto de hecho que no contempla la conducta presuntamente realizada, en tanto que la base legal imputada no genera certeza ni es exhaustiva en cuanto a que las actividades de movimiento de tierras y corte constituyan una actividad que requiera autorización, por lo que se habría realizado una interpretación extensiva de dicho artículo.

Siendo así, deviene nulo este extremo de la resolución, en aplicación del inciso 1 del artículo 10° de la Ley N° 27444.

¹⁰ Además, la apelante cita al autor Juan Carlos Morón Urbina, el cual señala que el principio de tipicidad *"exige el cumplimiento de tres aspectos concurrentes: i) la reserva de ley (...); ii) la exigencia de certeza o exhaustividad suficiente en la descripción de las conductas sancionables constitutivas de las infracciones administrativas; iii) la interdicción de la analogía y la interpretación extensiva en la aplicación de los supuestos descritos como ilícitos (desde el punto de vista concreto, la tipificación es de interpretación restrictiva y correcta)"*

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2

ROSA MARIA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR
Fadataria
SECRETARÍA DE LA DIRECCIÓN DE ENERGÍA Y MINERÍA

- e) De la misma forma, MILPO cuestiona que en la resolución impugnada no hay coincidencia entre la conducta imputada y la norma presuntamente infringida.

En efecto, señala que en el numeral 4.1 de dicha resolución, se hace referencia tanto a la exigencia de autorización para realizar actividades de construcción de la planta de beneficio, como a la autorización para realizar la ampliación de la referida planta.

En ese sentido, MILPO sostiene que el artículo 37° del RPM, que sustenta la imposición de la infracción, forma parte del Capítulo V de dicho cuerpo legal, el cual establece los pasos a seguir y requisitos a cumplir para solicitar y aprobar una concesión de beneficio, mas no la modificación o ampliación de una concesión ya existente. A estos efectos, cita el texto del referido artículo que estuvo vigente al momento que se identificó la presunta infracción¹¹.

Al respecto, la apelante indica que lo regulado en dicho artículo, así como en todo el referido Capítulo V, es aplicable cuando se trata de la construcción de una nueva planta que formará parte de una futura nueva concesión de beneficio.

- f) Adicionalmente, la apelante alega que, para sustentar lo señalado en el numeral 4.1 de la resolución impugnada, la Gerencia General recurrió al Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del Ministerio de Energía y Minas aprobado por Decreto Supremo N° 061-2006-EM, el cual es citado como nota al pie en la resolución.

Al respecto, la apelante afirma que el TUPA no es una norma jurídica sustantiva que crea obligaciones, sino un instrumento adjetivo que sirve como plataforma para recoger las obligaciones y requisitos contemplados en las normas sustantivas para iniciar un procedimiento administrativo, con la finalidad de orientar a los administrados. En ese sentido, no es legalmente posible exigir el cumplimiento de una obligación ni sancionar la comisión de una presunta infracción basándose en un TUPA.

Concluye que, siendo así, se está vulnerando el Principio de Tipicidad contenido en la Ley N° 27444, deviniendo nulo este extremo de la apelación.

- g) Sin perjuicio de los argumentos expuestos en los párrafos anteriores, MILPO afirma estar amparada bajo los alcances de la Segunda Disposición Transitoria del Decreto Supremo N° 078-2009-EM, por lo que, aún en el supuesto negado de que se determinase que las labores de MILPO contravinieron la normatividad señalada, dicha disposición transitoria otorgaba el plazo de noventa (90) días calendarios para regularizar la obtención de permisos otorgados por la DGM¹².

¹¹ Antes de la modificación efectuada por el Decreto Supremo N° 020-2012-EM, publicado el 06 de junio de 2012.

¹² Al respecto, cita textualmente a la disposición señalada:

"SEGUNDA.- Plazo para regularizar la obtención de permisos por parte de la Dirección General de Minería
En el plazo máximo de noventa (90) días calendario, contados desde la entrada en vigencia del presente decreto supremo, los titulares de la actividad minera cuyas plantas de beneficio vienen operando irregularmente, deberán regularizar la obtención de las autorizaciones de construcción y autorizaciones de funcionamiento (...)"

ROSA MARIA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR
Fiscalista

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2

Al respecto, la apelante sostiene que si bien la mencionada disposición no suspendía expresamente la función supervisora de Osinergmin, sí suspendía su función sancionadora.

Ello, en tanto que dicha disposición establece un periodo de gracia para que los titulares mineros puedan solicitar la aprobación de las autorizaciones correspondientes para regularizar su situación sin exigir la suspensión de actividades, ni que comuniquen su situación a la entidad fiscalizadora, ni que se sometan a las acciones sancionadoras que hubiesen correspondido.

En efecto, señala que en la disposición referida no se contemplaron medidas de carácter punitivo o de sometimiento de los titulares mineros a éstas, en contraposición con otros dos supuestos¹³ contenidos en el mismo Decreto Supremo que sí disponen que los titulares paralicen las actividades irregulares, la comunicación de las mismas al Osinergmin o a la entidad fiscalizadora competente, la imposibilidad de continuar desarrollando actividades, el pago de multas impuestas, el cumplimiento de medidas cautelares, o dejando expresamente establecido que la regularización se realizará sin perjuicio de las medidas correctivas cautelares, mandatos y sanciones que pudiesen imponerse al titular.

- h) En tal sentido, MILPO considera que este trato diferenciado fue contemplado intencionalmente en la norma, de manera que el plazo concedido para regularizar las actividades y componentes irregulares se considera como una amnistía excepcional y temporal, la que ordena a los titulares a regularizar su situación, pero permitiendo que continúen llevando a cabo sus actividades sin riesgo de ser sancionados. Adicionalmente, sin perjuicio de lo expresado líneas

¹³ Medidas punitivas contenidas en el Decreto Supremo N° 078-2009-EM:

- a) Remediación de actividades efectuadas sin contar con certificación ambiental:

"Artículo 3.- Del Plan de Remediación Ambiental

El titular minero que haya realizado actividades y/o ejecutado proyectos de actividades mineras [...] sin contar con la Certificación Ambiental correspondiente [...], deberá elaborar y ejecutar un Plan de Remediación Ambiental [...].

La presentación y ejecución de las obligaciones y compromisos contenidos en el plan de Remediación Ambiental se realizan previa paralización de las actividades debidamente constatada por el Osinergmin y sin perjuicio de las medidas correctivas, cautelares, mandatos y sanciones impuestas o que correspondan imponerle al titular minero [...].

La sola presentación del plan de Remediación Ambiental o la aprobación por la Autoridad Competente no faculta al titular para continuar con el desarrollo de las actividades mineras no amparadas en la correspondiente Certificación Ambiental." (El subrayado es suyo)

- b) Presentación extemporánea de instrumento de gestión ambiental para actividades ejecutadas sin contar con certificación ambiental:

"Artículo 8.- Presentación excepcional del Estudio Ambiental por parte del titular minero

Los titulares mineros podrán presentar, de manera excepcional y en las condiciones establecidas en el presente decreto supremo, el Instrumento de Gestión Ambiental o Estudio Ambiental o la modificación de alguno preexistente respecto de actividades (...) que hubieran realizado sin contar con la correspondiente Certificación Ambiental, si califica en alguno de los siguientes supuestos:

8.1 Actividades por las cuales se hubiera iniciado un procedimiento administrativo sancionador a la fecha de la publicación del presente decreto supremo y se haya cumplido con el pago de las multas impuestas y con las medidas correctivas y cautelares dispuestas por la Autoridad a Cargo de la Fiscalización Minera. En este supuesto, el titular de la actividad minera deberá comunicar por escrito a la DGAAM y a la Autoridad a Cargo de la Fiscalización Minera, su voluntad de acogerse a lo dispuesto en el presente decreto supremo.

8.2 Actividades que se hubieran realizado a la fecha de publicación del presente decreto supremo y que sean informadas por el propio titular minero a la Autoridad a Cargo de la Fiscalización Minera, en el plazo establecido en el presente decreto supremo." (El subrayado es suyo)

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2

ROSA MARIA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR

Fiscalía

arriba, la administración debería, en caso de duda, optar por la interpretación que favorezca al administrado.

Siendo así, la afirmación que se realiza en el numeral 4.1 de la resolución impugnada, en el sentido que la referida segunda disposición transitoria sólo habilitó a la DGM la evaluación de las autorizaciones de construcción y funcionamiento, no es correcta.

- i) Por su parte, en cuanto a la recomendación formulada en el Informe N° 019-2010-MEM-DGM-DTM/PB, en el que se plantea que Osinergmin tome las acciones de su competencia, MILPO alega que ello no modifica el texto expreso de la Segunda Disposición Transitoria del Decreto Supremo N° 078-2009-EM ni su finalidad, por lo que tampoco constituye un sustento válido para imponer la sanción cuestionada, a pesar que en dicho informe se haya hecho referencia a que Osinergmin debía ejercer su función supervisora.

En consecuencia, la apelante señala que la sanción impuesta en este extremo debe ser declarada nula.

- j) En cuanto al cálculo de la multa, MILPO considera incoherente la imposición de la multa sobre la base de la inversión comprometida para el proyecto de construcción, ascendente a US\$ 10,487,414.00, toda vez que, como se argumentó en los literales precedentes, las labores realizadas imputadas a MILPO como infracción, no son de construcción sino simplemente labores de movimiento de tierras y corte.

Independientemente de ello, la apelante considera que, para el cálculo de la multa, no debería tomarse en cuenta el valor total de la obra, sino el valor de aquello que fue detectado al momento de la supervisión.

Adicionalmente, MILPO considera que se ha vulnerado su derecho de contradicción, toda vez que el valor total de la obra puesto a conocimiento de la Gerencia General de Osinergmin, mediante oficio del Ministerio de Energía y Minas de 2013, no les fue notificado.

Por último, cuestiona el cálculo del monto, pues no se ha podido verificar la verosimilitud de las cifras empleadas en el mismo, en tanto que no se han indicado las fuentes de los datos obtenidos¹⁴.

Por lo expuesto, en el supuesto negado de que se haya cometido la infracción, MILPO sostiene que debe recalcularse la multa sobre la base de las labores efectivamente realizadas al momento de la supervisión.

Sobre la infracción al artículo 38° del RPM

- k) Respecto a este extremo de la resolución, MILPO reitera sus argumentos en el sentido que el artículo 38° del RPM también se encuentra dentro del Capítulo V

¹⁴ A modo de ejemplo, MILPO señala que en la resolución impugnada, para el cálculo de la multa, se tomó en cuenta: "el 1% del valor de las ventas de la unidad minera obtenidas en el ejercicio fiscal inmediato anterior al año del cálculo de la multa (VV), S/. 8,878,619.20."


ROSA MARÍA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR
Fiscalía

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2

de este reglamento, el cual trata sobre los trámites y pasos a seguir para la obtención de una concesión de beneficio y no para la modificación o ampliación de una ya existente, orientada a lograr una mayor producción de la planta.

En tal sentido, al no estar sancionado el funcionamiento sin autorización de la ampliación de una planta de beneficio se estaría incurriendo en una vulneración al Principio de Tipicidad.

- l) Asimismo, la apelante, respecto de este extremo, también menciona que se encuentra dentro de los alcances de la Segunda Disposición Transitoria del Decreto Supremo N° 078-2009-EM, por lo que la presunta operación de la planta de beneficio "Cerro Lindo" por encima de la capacidad autorizada no constituye una infracción.



- m) De otro lado, respecto al cálculo de la multa, MILPO afirma que en la resolución impugnada se toma en cuenta como valor base el beneficio ilegalmente obtenido por el funcionamiento de la planta de beneficio, haciéndose referencia a un "periodo de funcionamiento ilícito" de la planta de beneficio, comprendido entre el 11 de diciembre de 2009 y el 14 de enero de 2010, dentro del cual se habría generado el beneficio señalado.

No obstante, la apelante contradice lo expuesto en el párrafo precedente, toda vez que resultaría inviable e ilegal sancionar por hechos ocurridos con posterioridad al oficio de inicio del presente procedimiento administrativo sancionador. Esto debido a que los hechos posteriores no se encontraron en la imputación de cargos; además, refiere que no tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción respecto de los mismos.

De la misma forma, también cuestiona el hecho de que para el cálculo de la multa no se hayan señalado las fuentes de los datos obtenidos¹⁵.

En tal sentido, en el supuesto negado de que se determine que MILPO incurrió en una infracción al artículo 38° del RPM, deberá realizarse un nuevo cálculo de multa basado en los montos correspondientes hasta la fecha del inicio del procedimiento administrativo sancionador.

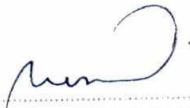
Sobre la infracción al artículo 294° del RSHM

- n) Respecto a esta última imputación, MILPO señala, que se vulneró su derecho de contradicción, toda vez que, en el oficio de inicio del procedimiento administrativo sancionador se atribuyó a la apelante la comisión de la siguiente infracción:

"Infracción al artículo 294 del Reglamento de Seguridad e Higiene Minera (...), por implementar el proyecto de la relavera Pahuaypite 2 modificando el diseño elaborado por Golder. (El subrayado es suyo)

¹⁵ A modo de ejemplo cita los S/. 8,878,619.20 de supuestas ventas del ejercicio fiscal inmediato anterior y la afirmación referida a que la participación de la Unidad Minera Cerro Lindo en las utilidades netas de MILPO es del 56%.

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2


ROSA MARIA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR
Fedataria

SECRETARÍA DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA

No obstante, en el numeral 4.3 de la resolución impugnada se indica que "(...) *la presente imputación no está referida al diseño de la relavera (...), sino a la forma en que se viene operando la misma*".

Luego, respecto a la referida disposición, en dicha resolución se indica que "(...) *alcanzar la altura del relave dispuesto temporalmente en la cota 2,125 msnm sin ningún tipo de compactación ni detalle técnico, es una práctica totalmente insegura (...)*".

En tal sentido, MILPO alega que no existe concordancia entre la conducta imputada en el oficio de inicio del procedimiento sancionador y la conducta valorada para imponer la sanción.



Asimismo, la apelante sostiene que dicha situación, transgrede el artículo 18° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Osinergmin, aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD, en tanto que nunca se le notificó del inicio del presente procedimiento por la presunta infracción consistente en "*la forma en que se viene operando*" la relavera, por lo que se ha visto impedida de ejercer su derecho a formular descargos sobre dicha conducta.

En tal sentido, corresponde que se declare nulo este extremo de la resolución, debiendo notificarse con el inicio de un nuevo procedimiento sancionador basado en la comisión de la infracción que se refiere sobre la forma en que se viene operando la relavera.



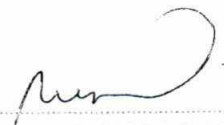
- o) La apelante alega que la obligación regulada en el artículo 294° del RSHM, consiste en depositar los residuos industriales, entre ellos los relaves, en lugares que hayan sido diseñados para garantizar su estabilidad, por lo que existe una evidente discordancia entre las conductas que se imputaron a MILPO y el supuesto de hecho del artículo presuntamente infringido.

De lo expuesto, dicha situación también vulnera el Principio de Tipicidad, deviniendo nulo este extremo de la resolución impugnada.

- p) Además, señala que se vulneró su derecho de contradicción, toda vez que no se le notificó la carta de fecha 29 de diciembre de 2009 remitida por Golder, ni lo señalado por la empresa Vector Perú en su Memorándum de fecha 17 de diciembre de 2009, los cuales fueron mencionados en el numeral 4.3 de la resolución impugnada.

En virtud de ello, concluye que este extremo de la resolución debe ser declarado nulo.

- q) Finalmente, afirma que hubo una vulneración al Principio de Verdad Material toda vez que, de la lectura del numeral 4.3 de la resolución impugnada, se desprende que la sanción ha sido emitida basándose en afirmaciones de terceros no identificados y no sobre evaluaciones técnicas adecuadas. Esto, debido a que en dicho numeral se consignó el testimonio de funcionarios de MILPO encargados de la relavera, se habrían pronunciado sobre la condición en la que se encontraba la misma.


ROSA MARIA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR
Fедataria

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2

ORGANISMO SUPERIOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA

En tal sentido, la apelante considera que basarse en dichos de terceros para la imposición de una sanción vulnera de forma expresa el referido Principio, lo cual también genera la nulidad de este extremo de la resolución.

Argumentos adicionales

r) MILPO manifestó que se reserva el derecho de ampliar los fundamentos de su recurso de apelación.

s) La apelante solicita, en aplicación de lo dispuesto en el numeral 161.1 del artículo 161° y en el inciso 3 del artículo 166° de la Ley N° 27444, que se le otorgue el uso de la palabra para exponer los fundamentos de su recurso de apelación.



t) Mediante escrito de registro N° 201200175113, presentado el 01 de abril de 2014, MILPO señala que, a efectos de emitir pronunciamiento sobre la aplicación del Decreto Supremo N° 078-2009-EM al presente caso, se debe tomar en cuenta la respuesta que emita la DGM respecto a su consulta formulada en la misma fecha.

3. Los representantes de MILPO acudieron a la presentación del Informe Oral programado para el día 28 de marzo de 2014, procediendo a informar sobre los hechos y fundamentos jurídicos antes expuestos. Posteriormente, mediante escrito de registro N° 201200175113 presentado el 11 de abril de 2014, obrante de fojas 1192 a 1270 del expediente, MILPO reiteró los argumentos formulados en sus escritos anteriores, alegando lo siguiente:¹⁶



- Las acciones de excavación y movimiento de tierras realizadas por su empresa no constituyen en si actividades de construcción.
- El Decreto Supremo N° 078-2009-EM establece un régimen especial de regularización para las empresas mineras, el cual excluye la imposición de sanciones, además, es de aplicación el Principio de Irretroactividad, pues MILPO regularizó la construcción y operación de su Planta de Beneficio, lo cual es una condición favorable para el administrado que la exime de responsabilidad.
- Los documentos que contienen la información empleada para realizar el cálculo de la multa impuesta no le fueron notificados, además las inversiones tomadas en cuenta para calcular la multa no corresponden a las actividades por las cuales se inició el procedimiento sancionador y dicho cálculo se realizó en un periodo posterior al inicio de este procedimiento.
- Se vulneró su Derecho de Contradicción al ser sancionada por el incumplimiento al artículo 294° del RSHM imputándosele una conducta distinta de aquélla por la cual se inició el presente procedimiento.

4. Mediante escrito de registro N° 201400050678 presentado el 16 de abril de 2014 (remitido al TASTEM el 21 de abril de 2014), obrante de fojas 1272 a 1274 del

¹⁶ Mediante Oficio N° 687-2014-OS-STOR, notificado el 18 de marzo de 2014, se puso a conocimiento de MILPO que el informe oral solicitado se programó para el 28 de marzo de 2014.

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2

ROSA MARIA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR
Fodataria

expediente) MILPO informó a Osinergmin que mediante Informe N° 297-2014-MEM-DGM-DNM de fecha 14 de abril de 2014, obrante a fojas 1275 a 1277 del expediente, la DGM dio respuesta a una solicitud de opinión planteada el 01 de abril de 2014, en la cual MILPO consultó a dicha Dirección si los trabajos de excavación para cimentaciones y trabajos de movimiento de tierras constituyen propiamente la construcción de una planta o componente minero; y que se indique si la opinión vertida en el Informe N° 189-2014-MEM-DGM/DNM¹⁷ tiene carácter vinculante.

Al respecto, el Informe N° 297-2014-MEM-DGM-DNM determina lo siguiente:

- Los trabajos de excavación y/o movimiento de tierras que involucren la ejecución de pozos, calicatas, trincheras, entre otros, no deben ser considerados necesariamente como trabajos de construcción de una planta, salvo que éstos se ejecuten netamente con fines de Estudios de Mecánica de Suelos.
- La opinión contenida en el Informe N° 189-2014-MEM-DGM/DNM es de carácter facultativo, potestativo o voluntario y de carácter no vinculante.

Asimismo, se adjuntaron dos opiniones formuladas por los estudios Martin Consultores, obrante de fojas 1278 a 1331 del expediente, y Estudio Echecopar, obrante de fojas 1332 a 1346 del expediente, en los que se concluye que el régimen de regularización de las autorizaciones de construcción y funcionamiento de plantas de beneficio de titulares mineras, establecido en la Segunda Disposición Transitoria del Decreto Supremo N° 078-2009-EM, no prevé la aplicación de sanción alguna, incluso si los administrados subsanaron sus irregularidades conforme a lo dispuesto en dicho decreto supremo, por lo que no corresponde el inicio de procedimientos sancionadores contra los administrados.

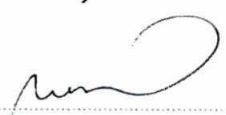
Adicionalmente, el estudio Martin Consultores, en el informe adjuntado por MILPO, cuestiona que la DGM haya determinado en el Informe N° 189-2014-MEM-DGM/DNM que el régimen de regularización de las autorizaciones de construcción y funcionamiento de plantas de beneficio, establecido en el Decreto Supremo N° 078-2009-EM, no exime a las titulares mineras de ser pasibles de sanción por haber mantenido una situación irregular respecto a estas autorizaciones; debido a que, según lo expuesto en el párrafo precedente, Osinergmin no se encuentra facultada para imponer sanciones en este caso, por lo que, según esta consultora, en el mencionado informe no se realizó una correcta interpretación del citado Decreto Supremo.

5. Con fecha 29 de abril de 2014, los funcionarios de MILPO asistieron a la sede del TASTEM a exponer su posición respecto del Informe N° 297-2014-MEM-DGM-

¹⁷ Mediante Oficio N° 0302-2014-MEM-DGM presentado ante Osinergmin el 07 de marzo de 2014, obrante a fojas 1174 a 1176 del expediente, la DGM remitió el Informe N° 189-2014-MEM-DGM/DNM, el cual da respuesta a una consulta formulada por este ente regulador, planteada mediante Oficio N° 89-2014-OS-GFM presentado el 13 de febrero de 2014, obrante a fojas 1170 del expediente. En este documento Osinergmin consulta si quienes solicitaron autorizaciones de construcción y funcionamiento en vía de regularización ante la DGM, conforme a lo previsto en la Segunda Disposición Transitoria del Decreto Supremo N° 078-2009-EM, estaban exonerados de la aplicación de sanciones por no haber contado con las mismas.

Cabe señalar que en el Informe N° 297-2014-MEM-DGM-DNM se hace mención del Informe 198-2014-MEM-DGM/DNM, siendo lo correcto decir, Informe N° 189-2014-MEM-DGM/DNM.

1354


ROSA MARIA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR
Fедataria
OSINERGMIN (TRIBUNAL DE ENERGÍA Y MINERÍA)

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2

DNM, que les fue remitido por la DGM en atención a su consulta, y sobre los informes legales ofrecidos de parte.

6. A través del Memorándum N° GFM-587-2013, recibido con fecha 27 de diciembre de 2013, la GFM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

Sobre la prescripción de la potestad sancionadora de Osinergmin

7. En cuanto a lo argumentado por la apelante en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que el inciso 233.3 del artículo 233° de la Ley N° 27444, dispone que los administrados plantean la prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos, debiendo, en caso de estimarla fundada, disponer el inicio de las acciones de responsabilidad para dilucidar las causas de la inacción administrativa¹⁸.



En el presente caso, MILPO solicita que se declare la prescripción del presente procedimiento administrativo sancionador, por lo que corresponde a este Órgano Colegiado pronunciarse sobre este particular.

Al respecto, la conducta infractora fue detectada por el Osinergmin durante la supervisión especial llevada a cabo el 01 de diciembre de 2009, en la Planta de Beneficio y Depósito de Relaves de la Unidad Minera "Cerro Lindo", de titularidad de MILPO, tal como se consigna en el Acta de Supervisión levantada en esa fecha, la que obra a fojas 1 y 2 del expediente, en la que constan los siguientes hechos constatados:

"(...)

- Se realizó una visita a las instalaciones de la planta de beneficio, desde el circuito de chancado hasta el despacho de concentrados; en la cual se observó que vienen realizando excavaciones para la ampliación de la planta de 5,000 a 10,000 TM/día.
- Actualmente, vienen procesando un promedio de 7,000 TM/día de mineral.
- La Planta de Filtrado, produce el relave filtrado con una humedad promedio de 12% (...)
- Las capas de relave se colocan con 40 cm- de espesor y se compactan al 95% de proctor estándar y para áreas superiores a los 6,000 m² se toma un solo ensayo de la densidad de campo (por cada capa)."

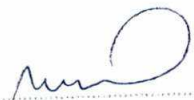


Atendiendo a dichos hechos constatados se recomendaron las siguientes acciones y medidas a realizar por parte de la titular minera:

¹⁸ MORON URBINA, Juan Carlos: "COMENTARIOS A LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL". Gaceta Jurídica S.A. Octava edición, Primera reimpresión. Lima. 2009. Página 735:

"... la prescripción ganada se alega por el interesado y corresponde a la Administración resolverla sin abrir prueba, sin formar incidente o pedir otro acto de instrucción que la mera constatación de los plazos vencidos. Producido esta circunstancia, la autoridad igualmente sin más trámite debe pronunciarse de modo estimatorio o desestimatorio..."

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2


ROSA MARÍA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR
Fедatario
DIRECTORA GENERAL DE LA SUPERINTENDENCIA

- "El titular minero, deberá presentar ante el Osinergmin la autorización de construcción de los trabajos de ampliación a la capacidad de 5,000 a 10,000 TM/día. Plazo 9/12/2009.
- El titular minero deberá sustentar en Osinergmin, el proceso constructivo de la relavera y sobre la toma de ensayo de la densidad de campo. Plazo: 21/12/2009."

Siendo así, el plazo de prescripción se contabiliza desde el día 01 de diciembre de 2009, fecha en que Osinergmin constató la comisión de las conductas infractoras antes mencionadas.

Adicionalmente, debe tenerse presente que, el inicio del procedimiento administrativo sancionador se realizó el día 17 de diciembre de 2009, con la notificación del Oficio N° 2063-2009-OS/GFM, mediante el cual se otorgó a MILPO el plazo de 10 días hábiles para remitir sus descargos, los cuales fueron presentados dentro del plazo otorgado, el día 06 de enero de 2010. En tal sentido, se tienen **16 días calendario** que transcurrieron desde la detección de la comisión de la infracción hasta el inicio del procedimiento administrativo sancionador.

Asimismo, conforme lo señalado en el inciso 233.2 del artículo 233° de la Ley N° 27444, el plazo de prescripción sólo se suspende con el inicio del procedimiento administrativo sancionador, reanudándose inmediatamente si el trámite del procedimiento se mantiene paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles por causa no imputable al administrado.

En tal sentido, corresponde reanudar el cómputo del plazo de prescripción desde el día siguiente del vencimiento de los 25 días hábiles posteriores a la fecha de la presentación de los descargos; es decir, desde el día **10 de febrero de 2010**.

Siendo así, **los 4 años se cumplen recién el día 24 de enero de 2014, considerando los 16 días calendario** a los que se hizo referencia precedentemente, transcurridos entre la detección de la comisión de la infracción y el inicio del procedimiento, por lo que, en tanto que la resolución de primera instancia se emitió el 29 de noviembre de 2013 y fue notificada el 02 de diciembre del mismo año, cuando aún no habían transcurrido los 4 años dispuestos en la Ley N° 27444¹⁹, tal como se observa en el siguiente cuadro:

¹⁹ Ley N° 27444:

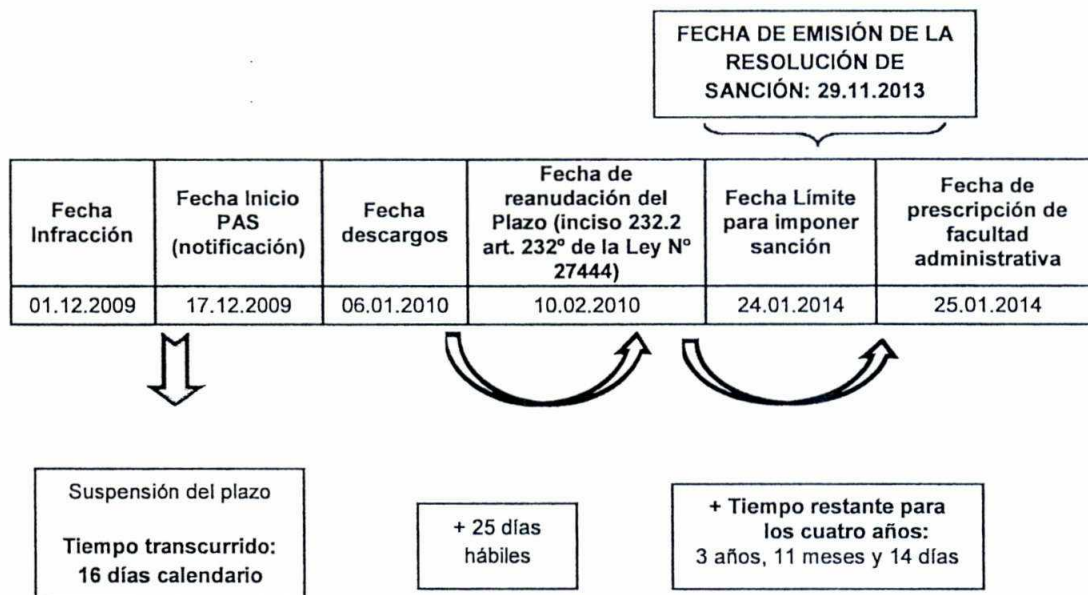
"Artículo 134°.- Transcurso del plazo

(...)

134.3 Cuando el plazo es fijado en meses o años, es contado de fecha a fecha, concluyendo el día igual al del mes o año que inició, completando el número de meses o años fijados para el lapso. Si en el mes de vencimiento no hubiere día igual a aquel en que comenzó el cómputo, es entendido que el plazo expira el primer día hábil del siguiente mes calendario."

ROSA MARIA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR
Fiscalía

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2



En tal sentido, la facultad de la autoridad administrativa para determinar la existencia de la infracción analizada en el presente caso no se encontraba prescrita al momento de emitirse la Resolución de Gerencia General N° 20444-2013 de fecha 29 de noviembre de 2013, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 233° de la Ley N° 27444.

En consecuencia, corresponde declarar infundado el pedido de prescripción presentado por MILPO mediante su recurso de apelación.

Sobre la infracción al artículo 37° del RPM

8. Acerca de lo argumentado en los literales b) al j) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde hacer referencia a lo constatado al momento de la visita de supervisión realizada por los representantes del Osinergmin.

Sobre el particular, tal como se mencionó en el numeral precedente, obra a fojas 1 y 2 del expediente, el Acta de Supervisión, en la que se registró la constatación del siguiente hecho:

"1° Se realizó una visita a las instalaciones de la planta de beneficio, desde el circuito de chancado hasta el despacho de concentrados; en la cual se observó que vienen realizando excavaciones para la ampliación de la planta de 5,000 a 10,000 TM/día."

Adicionalmente, del Informe N° GFM-624-2009, que obra a fojas 128 a 131 del expediente, se reiteró lo señalado en el acta, en el sentido que la titular minera viene realizando trabajos de ampliación de planta para llevar su producción de 5,000 TM/día a 10,000 TM/día.

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2

ROSA MARIA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR

Fedataria

SECRETARÍA DE LA INTERSECCIÓN DE ENERGÍA Y MINERÍA

Además, en el referido Informe se precisa que dichos trabajos vienen siendo ejecutados por la contratista CEMPRO TECH S.A.C., observándose trabajos de corte de material con equipo pesado (excavadora), así como excavaciones para cimentar las bases de nuevas celdas dentro de la planta actual, de la misma forma, excavaciones para la cimentación de un nuevo molino y cortes de talud para la instalación de una planta de concreto.

Asimismo, en adición al mencionado Informe se adjuntaron las fotografías que obran a fojas 129 (reverso) y 130 del expediente, en donde se observa sólo una vista panorámica de la planta concentradora y algunos trabajos de excavación y movimiento de tierras.

Sobre el particular, es necesario que este Tribunal determine si lo verificado en la supervisión, sobre excavaciones y movimiento de tierras, son actividades de construcción por las que era necesaria la autorización a la que se refiere el artículo 37° del RPM. Es decir, si la supuesta infracción tiene sustento en medios probatorios directos o indiciarios de los que se verifique la actividad de construcción cuya autorización debe ser entregada por la DGM.

Al respecto, del Informe de Supervisión antes señalado y de las fotografías adjuntas, se advierte de manera genérica que se estaban realizando actividades de excavación y movimiento de tierras. Sin embargo, no se verifica que en el expediente se haya consignado o fotografiado algún tipo de estructura o que obre en el mismo, medio probatorio alguno por el cual se pueda concluir que estas actividades corresponden a la ampliación de la planta fuera de la capacidad autorizada.

Por su parte, en el Informe N° 297-2014-MEM-DGM-DNM de la DGM, el cual fue ofrecido por MILPO, dicha entidad refiere lo siguiente:

"3.1 Los trabajos de excavación y/o movimiento de tierras que involucre la ejecución de pozos, calicatas, trincheras, perforaciones y auscultaciones, no deben considerarse necesariamente como trabajos de construcción de una infraestructura determinada (planta o componente minero), siempre y cuando que éstas se ejecuten netamente con fines de Estudios de Mecánica de Suelos (EMS)".

De lo anterior, se desprende que los trabajos de excavación y movimiento de tierras, como los que se encontraron en la supervisión de este caso, no necesariamente constituyen trabajos de construcción.

Además, si bien la apelante obtuvo la autorización de ampliación de la planta de 5,000 TM/día a 7,490 TM/día, según consta de fojas 617 a 620 del expediente, los trabajos aprobados para la referida ampliación fueron:

"A.- Obras Civiles:

1. Las estructuras de cimentación (estructura metálica, molino de bolas, bombas, equipos, y celdas de flotación) serán construidas de acuerdo a los detalles de los planos de diseño del proyecto evaluado (desplante del elemento de cimentación sobre el basamento rocoso).

Rosa María Virginia Carrillo Salazar
Fadataria

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2

2. Estructura metálica de 9.50m*13.1m*23m, para la instalación de 04 zarandas de alta frecuencia del molino principal, de acuerdo a los detalles de los planos del proyecto evaluado.
3. Nuevo sistema de manipulación de bolas para molinos.
4. 02 cochas de 15.60*5.00m*1.50m y 01 de 15.60m*6.50m*1.50m, para recuperación de lamas de concentrado.
5. Poza de contingencia de relaves de concreto armado de 10 000m³ de capacidad de acuerdo al plano del proyecto aprobado. (...)

B.- Instalación y montaje de Equipos principales

- Zarandas de alta frecuencia.
- Molino de bolas de 8'x8', bombas e hidrociclones.
- Espesador - Clarificador de 8 metros de diámetro, Hi-rate Outotec.
- Espesador de relaves "High Compression" de 22 metros de diámetros.
- Bombas del espesador y tubería de transferencia de relaves (4). (...)"

Tal como se verifica de las obras civiles y montaje de equipos antes citados, no se aprobaron como parte de la construcción para ampliación de la planta, las excavaciones o movimiento de tierras. De ello se desprende que dichas actividades no fueron consideradas por la DGM como propias de la construcción.

De lo anterior, esta Sala considera que, a efectos de que la titular minera pudiese ejercer adecuadamente su Derecho de Defensa, resultaba necesario que la imputación de la conducta infractora por falta de autorización de construcción se hubiese motivado adecuadamente, especificándose qué actividades de construcción para ampliación de la planta fueron detectadas en la supervisión que llevaron a determinar que no había autorización para las mismas y cuál fue el nivel de construcción alcanzado que no estaba autorizado para la empresa apelante.

En tanto que la DGM ha manifestado que el movimiento de tierras y excavaciones no son necesariamente actividades de construcción que requieran autorización y toda vez que, de lo actuado en el expediente, no se observa precisión sobre este particular, se habría vulnerado el Principio del Debido Procedimiento, por lo que, en aplicación del numeral 1 del artículo 10° de la Ley N° 27444, corresponde declarar fundado el recurso de apelación en este extremo, disponiéndose la nulidad del mismo desde el inicio del procedimiento²⁰.

²⁰ Ley N° 27444:

"Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

2. Debido procedimiento.- Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso."

"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

(...)

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo."

"Artículo 10.- Causales de nulidad

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2


ROSA MARIA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR

Fedataria

PROCESO SUPLENTE DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA

Toda vez que este extremo ha sido declarado fundado y se ha dispuesto su nulidad, no corresponde emitir pronunciamiento sobre el cálculo de la multa impuesta relacionada con este particular.

Sobre la infracción al artículo 38° del RPM

9. Acerca de lo argumentado en los literales k) al l) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde hacer referencia a lo constatado al momento de la visita de supervisión realizada por los representantes del Osinergmin.

Sobre el particular, tal como se mencionó en el numeral 7 antes citado, obra a fojas 1 y 2 del expediente, el Acta de Supervisión, en la que se registró la constatación del siguiente hecho:

"- Actualmente, vienen procesando un promedio de 7,000 TM/día de Mineral (...)"

Adicionalmente, obra a fojas 46 del expediente, el balance metalúrgico del mes de noviembre de 2009, del que se verifica que MILPO mostró una producción diaria en promedio de 6,761.18 TMS, lo que hace un total de 2,208,368.21 TMS al año, con lo cual, se acredita que, a la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 078-2009-EM, el funcionamiento de la planta estaba a una capacidad de casi 7, 000.00 TMS por día, es decir fuera de las 5,000 TMS diarias autorizadas.

Al respecto, la apelante ha manifestado que no es posible sancionarla por el incumplimiento referido a que no contaba con la autorización de funcionamiento de la ampliación de la planta, debido a que la segunda disposición transitoria del Decreto Supremo N° 078-2009-EM les otorgó un periodo de gracia en el que se les permitía regularizar dicha situación.

Sobre el particular, dicha disposición, contenida en la norma que fue publicada el 08 de noviembre de 2009, señala expresamente lo siguiente:

"SEGUNDA.- Plazo para regularizar la obtención de permisos por parte de la Dirección General de Minería

En el plazo máximo de noventa (90) días calendario, contados desde la entrada en vigencia del presente decreto supremo, los titulares de la actividad minera cuyas plantas de beneficio vienen operando irregularmente, deberán regularizar la obtención de las autorizaciones de construcción y autorizaciones de funcionamiento. Para el cumplimiento de esta obligación deberán presentar a la Dirección General de Minería, el expediente técnico, los requisitos y las autorizaciones correspondientes, de acuerdo a lo precisado en el "Formato 02", aprobado con Resolución N° 1073-2008-MEM/DGM.

Esta disposición será aplicable también a los titulares de la actividad minera que, a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto

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.

(...)"

ROSA MARIA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR

Fedataria

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2

supremo, tengan iniciados procesos de regularización de obtención de autorizaciones de construcción y/o funcionamiento."

Al respecto, de la lectura de la disposición transcrita, se desprende que las titulares mineras debían regularizar, en el plazo de 90 días calendario, la obtención de las autorizaciones de construcción y de funcionamiento que, a la fecha de entrada en vigencia del mencionado Decreto Supremo, se encuentren construyendo u operando de manera irregular. Además, la norma se hizo extensiva a aquellos casos en los que las titulares mineras ya habían iniciado las mencionadas regularizaciones.

En ese sentido, la citada norma otorgó un plazo para que determinadas empresas, que no tenían autorización para construir u operar, cumpliesen con remitir el respectivo expediente, pasando de esta manera, de una situación irregular a una regular, desde el momento en que se le conceda el respectivo título habilitante. Sin embargo, dicha regularización no implica la exoneración o la amnistía de las sanciones por falta de autorización, pues del texto del Decreto Supremo no se verifica la disposición de inaplicabilidad o suspensión de las sanciones.

Por el contrario, se encontraba vigente la Escala de Multas y Sanciones aprobada mediante Resolución N° 211-2009-OS/CD, la que claramente tipificaba como infracciones el no contar con las autorizaciones de construcción y funcionamiento.

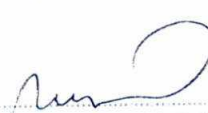
Bajo ese criterio, se puede afirmar que sólo con la obtención de la respectiva autorización los administrados estarían facultados a llevar a cabo una actividad constructiva u operativa, toda vez que mediante esta la administración faculta a los administrados a realizar determinada actividad, removiendo o "eliminando" el obstáculo legal que impedía su realización, **resultando ilegal su realización sin el respectivo título habilitante.**

En ese sentido, en el presente caso, sólo con la debida autorización del Ministerio de Energía y Minas, las empresas titulares de una concesión de beneficio, procederían con la construcción para la ampliación de determinada planta, o con el inicio de operaciones de ésta.

En vista de ello, es importante recalcar que, si bien determinadas empresas se encontrarían dentro del alcance del mencionado Decreto Supremo, entre ellas MILPO, no puede afirmarse que, del tenor de dicho dispositivo legal se derive la "autorización tácita" para construir y/o ampliar una planta o que la misma entre en funcionamiento, y por tanto, la facultad para que titulares mineros en proceso de "regularización" se inhiban de acatar la respectiva normativa del sector (es decir, exonerándoles de infracción alguna).

En efecto, la segunda disposición transitoria del citado Decreto Supremo, se debe interpretar en el sentido que genera un incentivo hacia la formalización de determinadas empresas que no cuentan con el permiso respectivo, incluyendo los trámites pertinentes, lo que no deriva en la autorización implícita de empezar operaciones sin contar con el título habilitante y la inhibición de Osinergmin de actuar de acuerdo a su función supervisora y fiscalizadora, conforme a ley.

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2


ROSA MARÍA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR
Fедataria

En ese mismo sentido ha emitido opinión el Ministerio de Energía y Minas, pues a través del Oficio N° 0302-2014-MEM-DGM, obrante de fojas 1174 a 1176 del expediente, que contiene el Informe N° 189-2014-MEM-DGM/DNM, remitido en respuesta a la consulta formulada por el Osinergmin sobre los alcances del referido Decreto Supremo, plantea lo siguiente:

- El Decreto Supremo N° 078-2009-EM establece nuevas obligaciones para el titular de la actividad minera sólo en relación a la presentación y cumplimiento del Plan de Remediación Ambiental y a la presentación excepcional del estudio ambiental por parte de la titular minera.
- La Segunda Disposición Transitoria del citado decreto, no establece exoneración alguna a la aplicación de sanciones a los titulares mineros por no contar con la autorización de construcción o la autorización de funcionamiento a que hacen referencia los artículos 37° y 38° del Decreto Supremo N° 018-92-EM del RPM.
- En los casos que se advierta que, alegando la segunda disposición transitoria del D.S. N° 078-2009-EM, los titulares de la actividad minera han cumplido con regularizar la obtención de las autorizaciones de construcción o funcionamiento ante la DGM, Osinergmin debe aplicar lo dispuesto en las normas correspondientes de tipificación de sanciones y escala de multas en los que se contemple dichas infracciones.

Por lo antes citado y, dado que la segunda disposición transitoria no establecía que Osinergmin se encontraba exento para imponer sanciones en materia de su competencia, puede concluirse que la regularización a la que se acogió MILPO no la exoneraba de que se le inicie un procedimiento administrativo sancionador, ni mucho menos que se le imponga multas por no contar en su momento con las autorizaciones a que se refiere el RPM.

De otro lado, la apelante señala una supuesta contravención al Principio de Tipicidad toda vez que la conducta referida a la falta de autorización de funcionamiento no se encuentra inmersa dentro del artículo 38° del RPM, imputado en el presente caso, debido a que el mismo está referido a la obtención del título de concesión y no a la ampliación de este.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 37° del RPM establece que, una vez entregados los avisos conforme a lo dispuesto en el artículo 36° del mismo cuerpo normativo, la DGM deberá evaluar si la solicitud se adecúa a las normas de seguridad, vivienda, salud, bienestar minero e impacto ambiental; y deberá expedir Resolución en un plazo que no excederá de treinta (30) días hábiles.

Adicionalmente, se señala que la resolución expedida por la DGM que autoriza la construcción de la planta permitirá al interesado solicitar las servidumbres y expropiaciones que pudieran ser necesarias.

Asimismo, de manera complementaria, el artículo 38° del RPM establece que, concluidas la construcción e instalación de la planta, el interesado dará aviso a la DGM para que proceda a ordenar una inspección a fin de comprobar que las mismas se han efectuado de conformidad con el proyecto original, en lo que se refiere a seguridad e higiene minera e impacto ambiental.

ROSA MARIA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR

Fedataria

PROCESO SUPLENTE DE LA INVESTIGACIÓN EN ENERGÍA

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2

De lo antes expuesto, se desprende que, en el presente caso, al determinarse que existieron modificaciones al proyecto original respecto a la capacidad de la planta, tal como se constató en la supervisión efectuada, correspondía a MILPO solicitar a la DGM la respectiva autorización para realizar dichas modificaciones, lo que no ocurrió.

Asimismo, cabe señalar que el RPM establece la obligación de contar con autorización de funcionamiento frente a modificaciones del proyecto original.

Además debe señalarse que el inciso l) del artículo 101° del Texto Único de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, en adelante TUO de la LGM, establece que dentro de las atribuciones de la DGM, se encuentra la de imponer sanciones y multas a los titulares de derechos mineros *que "incumplan con sus obligaciones o infrinjan las disposiciones señaladas en la referida Ley, su Reglamento y el Código de Medio Ambiente."*



El RPM, norma reglamentaria del TUO de la LGM, aprobado mediante Decreto Supremo N° 018-92-EM, regula los procedimientos contenidos en el Título Décimo Segundo de dicha Ley, los cuales deben ser cumplidos por los interesados ante los órganos jurisdiccionales administrativos mineros para poder ejercer la actividad minera, por lo que el incumplimiento de sus disposiciones configura infracción sancionable.

Del marco normativo señalado, por aplicación del artículo 101° del TUO de la LGM, se atribuye la facultad sancionadora y la aplicación de sanciones y multas que pueden ser aplicadas a los titulares de actividades mineras, en los casos de incumplimientos de sus obligaciones o cuando se infrinjan las disposiciones señaladas en el TUO de la LGM, como sus normas reglamentarias, como en este caso el RPM.



Por tanto, el incumplimiento al TUO de la LGM y sus normas complementarias, como el RPM, constituye una infracción tipificada en dicha Ley, que se sanciona de conformidad con la Escala de Multas y Sanciones aprobada mediante Resolución N° 211-2009-OS/CD; por lo que no se habría vulnerado el Principio de Tipicidad.

Respecto a lo manifestado sobre que el TUPA no puede introducir nuevas obligaciones sino que establece procedimientos para obligaciones ya existentes, debe indicarse que este Tribunal coincide plenamente con dicha aseveración.

Al respecto, conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes de la presente resolución, corresponde señalar que la obligación materia del presente procedimiento sancionador se encuentra dispuesta en el artículo 38° del RPM, (debido a que el incumplimiento al artículo 37° del mismo no ha podido ser comprobado); y el detalle del procedimiento a seguirse para dar cumplimiento al mismo se encuentra previsto en el TUPA, el cual establece específicamente como procedimiento: la modificación a la concesión de beneficio.

En virtud de lo expuesto, considerando la opinión del Ministerio de Energía y Minas antes citada y toda vez que no se ha contravenido el Principio de Tipicidad, corresponde declarar infundado este extremo del recurso de apelación.

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2


ROSA MARÍA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR
Fедataria

Sobre la infracción al artículo 294° del RSHM

10. Con relación a lo señalado por MILPO en los literales n) y o) del numeral 2 de la presente resolución, respecto a que existe una discordancia entre la conducta imputada en el oficio que dio inicio del procedimiento administrativo sancionador y la conducta que fue tomada en cuenta al momento de determinar la sanción en la resolución impugnada, lo cual transgrede el Principio de Tipicidad, debe indicarse que, de la lectura del artículo 294° del RSHM, se desprende que dicho artículo establece la obligación de almacenar o encapsular relaves en botaderos o lugares diseñados para garantizar su estabilidad física y química²¹.

Es decir dicha conducta difiere de la imputada en el presente caso al inicio del presente procedimiento en el Oficio N° 2063-2009-OS/GFM, rectificado por errores materiales mediante el Oficio N° 1768-2010-OS/GFM, que consistió en lo siguiente:

"Por implementar el proyecto de la relavera Pahuaypite 2, modificando el diseño elaborado por Golder Associates Perú S.A."²²

Ello, toda vez que el encapsular o confinar relaves en lugares diseñados para tal fin y el modificar un diseño para la implementación de un proyecto son conductas distintas; por lo que se concluye que el supuesto incumplimiento señalado en el oficio de inicio del procedimiento sancionador difiere del supuesto de hecho establecido en el artículo 294° del RSHM.

Por otro lado, es preciso indicar que el diseño elaborado por Golder para el funcionamiento de la relavera incluía el "Manual de Operación para Vertimientos hacia el Vaso Revestido del Depósito de Relaves de Cerro Lindo", que obra a fojas 141 a 147 del expediente, en el cual se disponían condiciones de seguridad como las siguientes:

- Que dada la condición limo arenosa de los relaves, se requiere de 08 a 10 horas para su desecado, lo cual permite la compactación mediante el paso de un rodillo con lo que se alcanzaría la densidad mínima del 95% del proctor estándar (fojas 143 del expediente).
- La colocación de cada capa de los relaves deberá realizarse con un tractor en la forma de andenes o dientes de anclaje en una profundidad mínima de 0.30 metros, lo cual evitaría formar un plano de falla que se podría generar por el contacto entre el relave y el terreno natural (fojas 145 del expediente).

²¹ RSHM:

"Artículo 294°.- Los desechos industriales producidos como ganga, desmonte, relaves, aguas ácidas, escorias entre otros deberán ser almacenados o encapsulados en botaderos o lugares diseñados para garantizar su estabilidad física y química."

²² Cabe indicar que en la resolución impugnada se precisa que por error material se hizo referencia al proyecto Pahuaypite 2 cuando en este caso se está analizando el proyecto Pahuaypite 1, conforme al Informe N° 489-2007-MEM-DGM/PDM (fojas 37 del expediente) y a los documentos posteriores presentados por la propia MILPO (fojas 648 y 715 del expediente), así como a la Resolución N° 284-2011-MEM-DGM/V del año 2011 que recién aprueba la construcción del depósito de relaves filtrados Pahuaypite 2.

ROSA MARIA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR

Fedataria

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2

En este caso, en la supervisión se detectó lo siguiente:

- a) El titular minero utiliza varias plataformas para secar el relave por un espacio de 5 días (fojas 269 del expediente). Esta condición de tiempo para el secado del relave hace que MILPO no disponga de espacio suficiente en las plataformas de desecación para procesar todo el relave que produce en su planta de filtrado (sobrepasando las horas citadas en su manual que son de 08 a 10 como máximo).

Por ello, MILPO se ha visto en la necesidad de disponer el relave filtrado en la parte alta a 2.125 msnm en **forma temporal**, para que se oreo y pueda llegar a la humedad óptima de compactación. *(El resaltado es nuestro)*.

- b) Asimismo, se encontró que los relaves dispuestos en la cota 2.125 msnm, mencionados en el párrafo precedente, alcanzaron una altura mayor a 10 metros y que dicha forma de disposición **temporal** de los relaves, encontrada durante la supervisión, no garantiza que se esté trabajando el anclaje como andenes. *(El resaltado es nuestro)*.

Estas condiciones detectadas respecto de la disposición de relaves, como se observa de lo expuesto anteriormente, obedecen a una situación temporal, por ello no es aplicable el diseño de Golder, que es para la implementación de una relavera de forma definitiva.

Al respecto, cabe señalar que el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 establece que el procedimiento administrativo se sustenta, entre otros, en el Principio del Debido Procedimiento, conforme al cual los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes a dicho principio, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

En el mismo sentido, el numeral 6.1 del artículo 6° de la citada Ley establece que la motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

Siguiendo este orden de ideas, no son acordes al ordenamiento jurídico los actos administrativos que se encuentren sustentados en el incumplimiento de las normas contenidas en la Ley N° 27444, como aquellos que vulneran los Principios Administrativos, entre los que se encuentra el Debido Procedimiento, razón por la cual, estos actos son sancionados con la nulidad, de conformidad a lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 10° de la Ley N° 27444²³.

²³ Ley N° 27444:

"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. (...)"

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2


ROSA MARÍA VIRCIANA CARRILLO SALAZAR
Fiscalía

SECRETARÍA DE LA SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES

Siendo así, este Órgano Colegiado considera que se debe declarar fundado el recurso de apelación en este extremo, toda vez que se ha incurrido en las causales de nulidad previstas en los numerales 1 (por contravención a la ley) y 2 (por defecto u omisión de alguno de los requisitos de validez del acto administrativo: indebida motivación) del artículo 10° de la Ley N° 27444, por lo que corresponde declarar la nulidad del procedimiento administrativo sancionador respecto de la infracción al artículo 294° del RSHM, al haberse sustentado en una norma que no coincide con la imputación realizada y al no haberse motivado debidamente las razones por las que MILPO tendría que haberse ajustado al diseño de Golder ante una situación de disposición temporal de relaves.

11. En cuanto a lo indicado por MILPO en los literales p) y q) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde precisar que, en vista que este extremo ha sido declarado fundado y se ha dispuesto su nulidad, no se emitirá mayor pronunciamiento sobre el particular.



Cálculo de la multa

12. En cuanto a lo expuesto en el literal m) del numeral 2 de la presente resolución, sobre el cálculo de la multa por la infracción al artículo 38° del RPM, debe precisarse lo siguiente:

- a) En el cálculo del Beneficio Ilícito obtenido por falta de autorización de funcionamiento, se han considerado las utilidades netas de la empresa, correspondientes al periodo de funcionamiento ilícito (11 de diciembre de 2009 al 14 de enero de 2010²⁴, siendo esta última la fecha en que les otorgaron la autorización de funcionamiento), es decir, desde que se impuso la suspensión de las actividades de la ampliación hasta la obtención de la autorización de operación a la capacidad de 7, 490 TM/día.²⁵
- b) Al beneficio ilícito obtenido (S/ 18,575,122.85) se le hizo un ajuste sobre la base del valor agregado por la fase metalúrgica considerando la inflación dividida entre la probabilidad de detección. Todo ello, da como resultado un valor de S/ 2,091, 754.78).
- c) Al resultado antes expuesto se le aplican los criterios contenidos en la Resolución N° 256-2013-OS/GG, referido a las circunstancias de la comisión de la infracción, es decir, un factor de gradualidad de 10% y uno de 1%, de las ventas obtenidas en el año precedente al cálculo de la multa; así como el factor de reincidencia.

De lo anterior resulta una suma ascendente a S/ 198,716.70, lo que equivale a 53.71 UIT.

²⁴ El período computado considerado para el cálculo del beneficio ilícito se encuentra al reverso de la foja 1118 del expediente.

²⁵ La información contable se obtuvo de la página web de la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), lo cual fue indicado en el Informe de Cálculo de la Multa que fue anexado a la resolución impugnada.

ROSA MARIA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR
Fедataria

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2

Con relación a lo expuesto sobre que no se consignaron las fuentes para el cálculo de la multa, debe señalarse que en el Informe relacionado a la misma, específicamente a fojas 1120 del expediente, se consignó lo siguiente:

" (...) 1. El primer elemento del cálculo de la multa lo compone el beneficio ilícito. Utilizando la información disponible en la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), se obtuvo la utilidad neta en soles para el período de funcionamiento ilícito (11 de diciembre de 2009 al 14 de enero de 2010), fecha en que les otorgaron la autorización de funcionamiento (...)"

Asimismo, a fojas 1122 del expediente, consta el Anexo N° 2 del Informe del Cálculo de la Multa, donde se expone nuevamente que el beneficio ilícito fue calculado sobre la base de la información obtenida de la SMV.

Por lo expuesto, siendo la información anterior una de carácter público, la fuente es válida y la misma consta en el expediente siendo de acceso de la apelante.

Finalmente, debe señalarse que hasta la fecha MILPO no ha presentado documentación alguna que desvirtúe el monto considerado para el cálculo del beneficio ilícito.

Por lo expuesto, este extremo del recurso de apelación deviene infundado.

Argumentos adicionales

13. Con relación a lo sostenido por la apelante en los literales r) al t) del numeral 2 de la presente resolución, se debe precisar que, en este caso, se han considerado todos los argumentos expuestos por MILPO tanto en sus informes, escritos ampliatorios como en sus informes orales.

De conformidad con el numeral 1 del artículo 19° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 067-2008-OS/CD, en concordancia con el artículo 2° de la Resolución N° 176-2010-OS/CD, y toda vez que no obra en el expediente administrativo mandato judicial alguno al que este Tribunal deba dar cumplimiento.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la empresa COMPAÑÍA MINERA MILPO S.A.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 20444-2013 de fecha 29 de noviembre de 2013 y, en consecuencia, determinar la **NULIDAD** y el archivo definitivo del presente procedimiento administrativo sancionador respecto de los extremos referidos a las infracciones al artículo 37° del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM y al artículo 294° del Reglamento de Seguridad e Higiene Minera, aprobado por Decreto Supremo N° 046-2001-EM.

Artículo 2°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la empresa COMPAÑÍA MINERA MILPO S.A.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 20444-2013 de fecha 29 de noviembre de 2013, en el extremo referido a la

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2

ROSA MARIA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR

Redactora

OFICINA GENERAL DE LA INGENIERÍA DE SANCIONES

infracción al artículo 38° del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM.

Artículo 3°.- Determinar que la multa total queda establecida en 53.71 (Cincuenta y tres con setenta y un centésimas) UIT según lo resuelto en el artículo 1° de la presente resolución.

Artículo 4°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Alfredo Juan Carlos Dammert Lira y Ricardo Mario Alberto Maguiña Pardo.



ALFREDO JUAN CARLOS DAMMERT LIRA
PRESIDENTE

El voto en discordia de la señora Vocal María Timmy Mercedes Chappuis Cardich es el siguiente:

El 8 de noviembre de 2009, el Ministerio de Energía y Minas dispuso la publicación en el Diario Oficial El Peruano del Decreto Supremo N° 078-2009-EM, cuya parte considerativa reconoce la existencia de una regulación ambigua en lo que se refiere a los requerimientos para la ampliación de operaciones mineras²⁶.

El artículo 1° de esta norma trazó como objetivo regular las medidas de naturaleza ambiental, que son el primer paso del procedimiento administrativo para la obtención de permisos para la ampliación de operaciones de beneficio, como es el presente caso²⁷.

²⁶ Sobre el particular, cabe acotar que el artículo 38° del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, se encuentra dentro del Capítulo V, el cual trata sobre los trámites y pasos a seguir para la obtención de una concesión de beneficio por primera vez, y no para la modificación o ampliación de una ya existente.

²⁷ Decreto Supremo N° 078-2009-EM:

Artículo 1.- Objetivo

El objetivo de la presente norma es regular la implementación de medidas de remediación ambiental a cargo del titular minero que haya realizado actividades y/o ejecutado proyectos relacionados con las actividades mineras previstas en la Ley General de Minería tales como exploración, explotación, beneficio, almacenamiento de concentrado de minerales o actividades conexas o vinculadas a éstas, sin contar con la Certificación Ambiental aprobada por la autoridad competente; de tal forma que las áreas utilizadas para tales actividades alcancen las características de un ecosistema compatible con un ambiente saludable y equilibrado para el desarrollo de la vida.

El presente decreto supremo no resulta de aplicación para actividades de minería realizadas por personas naturales o jurídicas sin contar con título de concesión vigente de acuerdo a la Ley General de Minería, ni para la pequeña minería y minería artesanal.

ROSA MARIA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR
Fadataria

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2

En su Segunda Disposición Complementaria Final, el Decreto Supremo N° 078-2009-EM dispuso que, en el plazo máximo de 60 días hábiles, Osinergmin apruebe la tipificación de infracciones administrativas que se desprendan de dicho dispositivo legal, las cuales estarían referidas a sanciones por la realización de actividades que no cuenten con certificación ambiental, **autorizaciones** o que incumplan el Plan de Remediación Ambiental.

En atención a ello, Osinergmin dictó la Resolución N° 022-2010-OS/CD que aprobó la Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones por incumplimiento a las disposiciones del Decreto Supremo N° 078-2009-EM, publicada con fecha 14 de febrero de 2010; la cual no tipificó infracción alguna ni estableció la imposición de sanciones por la falta de autorizaciones de construcción y funcionamiento de plantas de beneficio.

De otro lado, la Segunda Disposición Transitoria del mencionado Decreto Supremo estableció un plazo perentorio de 90 días calendario para que los titulares mineros cuyas plantas de beneficio venían operando irregularmente, regularicen la obtención de las **autorizaciones de construcción y funcionamiento** ante la Dirección General de Minería.

En tal sentido, la norma señala que, para "cumplir con esta obligación", se deberán presentar el expediente técnico, los requisitos y las autorizaciones correspondientes, de acuerdo a lo precisado en el "Formato 02", aprobado por Resolución Directoral N° 1073-2008-MEM/DGM.

Como es de verse, el Decreto Supremo N° 078-2009-EM no fija expresamente que los titulares mineros que se acojan a este régimen deban pagar alguna multa por las operaciones materia de regularización, como ocurre en los casos del procedimiento de regularización a que se refieren los artículos 3° (supuesto de presentación de Plan de Remediación Ambiental), 8° y 10° (supuesto de presentación de Estudio Ambiental o modificación de alguno preexistente) de la norma objeto de análisis²⁸.

²⁸ Decreto Supremo N° 078-2009-EM:

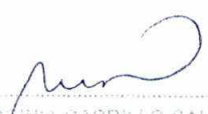
Artículo 3.- Del Plan de Remediación Ambiental

(...) La presentación y ejecución de las obligaciones y compromisos contenidos en el Plan de Remediación Ambiental se realizan previa paralización de las actividades debidamente constatada por el Osinergmin y sin perjuicio de las medidas correctivas, cautelares, mandatos y sanciones impuestas o que correspondan imponerle al titular minero. Las medidas planteadas en el Plan de Remediación Ambiental pueden implicar, el retiro o demolición por cuenta y riesgo del titular, de las infraestructuras o construcciones realizadas sin contar con la Certificación Ambiental correspondiente, siempre que técnicamente resulte inviable su permanencia de acuerdo a lo que determine la Autoridad Competente. (...)

Artículo 8.- Presentación excepcional del Estudio Ambiental por parte del titular minero.

Los titulares mineros podrán presentar, de manera excepcional y en las condiciones establecidas en el presente decreto supremo, el Instrumento de Gestión Ambiental o Estudio Ambiental o la modificación de alguno preexistente respecto de actividades de exploración, explotación, beneficio, almacenamiento de concentrados y actividades conexas o vinculadas que hubieran realizado sin contar con la correspondiente Certificación Ambiental, si califica en alguno de los siguientes supuestos:

8.1. Actividades por las cuales se hubiera iniciado un procedimiento administrativo sancionador a la fecha de la publicación del presente decreto supremo y se haya cumplido con el pago de las multas impuestas y con las medidas correctivas y cautelares dispuestas por la Autoridad a Cargo de la Fiscalización Minera. En este supuesto, el titular de la actividad minera deberá comunicar por escrito a la DGAAM y a la Autoridad a Cargo de la Fiscalización Minera, su voluntad de acogerse a lo dispuesto en el presente decreto supremo.


ROSA MARÍA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR
Fadataria

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2

Sobre el particular, no es de extrañar que no se haya fijado la aplicación de medidas punitivas de modo previo a la regularización de las autorizaciones de construcción o funcionamiento; pues, conforme a lo señalado en el párrafo anterior, el Decreto Supremo N° 078-2009-EM ya había previsto la aplicación de sanciones por la realización de actividades sin contar con certificación ambiental (requisito principal).

Esto hace evidente que el legislador optó por hacer efectiva la sanción en el supuesto de regularización de los instrumentos de gestión ambiental, evitando imponer una nueva multa como requisito para regularizar la obtención de las autorizaciones ante la Dirección General de Minería.

No obstante ello, pese a la vigencia del régimen de excepción establecido en el Decreto Supremo N° 078-2009-EM, complementada con la Resolución N° 022-2010-OS/CD, la Gerencia General sancionó a COMPAÑÍA MINERA MILPO S.A.A. aplicando el numeral 2.2 del Anexo 2 de la Resolución N° 211-2009-OS/CD, luego de una visita inspectiva realizada el 01 de diciembre del 2009.

Adicionalmente, cabe recalcar que el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA, a través de la Resolución Directoral N° 006-2014-OEFA/DFSAI de fecha 08 de enero de 2014, dispuso el archivo del procedimiento sancionador iniciado por esta “infracción” por considerar que no existían medios probatorios idóneos que sustentaran el ilícito, tales como peritajes, entre otros²⁹.

En este contexto, soy de la opinión que de haber surgido incertidumbre sobre la aplicación de la Resolución N° 022-2010-OS/CD y la Resolución N° 211-2009-OS/CD, la Gerencia General de Osinergmin debió resolver dicha duda en el marco del Principio Constitucional previsto en el numeral 11 del artículo 139³⁰ de la Constitución Política de 1993, relativo a la aplicación de la norma más favorable

8.2 Actividades que se hubieran realizado a la fecha de la publicación del presente decreto supremo y que sean informadas por el propio titular minero a la Autoridad a Cargo de la Fiscalización Minera, en el plazo establecido en el presente decreto supremo.

Artículo 10.- Del procedimiento de evaluación

El Estudio Ambiental o la modificación de alguno preexistente al que refiere el artículo 8 del presente decreto supremo deberá ser presentado ante la autoridad competente para su aprobación, cumpliendo con los requisitos establecidos en las normas vigentes para tales instrumentos.

Para la aprobación de estos estudios, el titular de la actividad minera deberá acreditar la suspensión de actividades ante la autoridad de fiscalización, cumplir con las medidas correctivas y cautelares dispuestas por aquella; así como acreditar el pago de las multas correspondientes y el desistimiento de los recursos impugnativos que hubiere presentado en los procedimientos administrativos sancionadores iniciados, de ser el caso. SIC

Lo señalado en el párrafo anterior, será de exigencia obligatoria, en lo que sea aplicable, para el inicio del procedimiento de evaluación del estudio ambiental, en aquellos casos señalados en el artículo 8 del presente decreto supremo.

(Subrayados agregados)

²⁹ La Resolución Directoral N° 006-2014-OEFA/DFSAI de fecha 08 de enero de 2014 emitida por la Dirección de Fiscalización, Sanción y Aplicación de Incentivos se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica:

http://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=6564;

³⁰ Constitución Política de 1993:

Artículo 139°. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:(...)

11. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales. (...)

ROSA MARIA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR
Fедataria

RESOLUCIÓN N° 038-2014-OS/TASTEM-S2

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA

en caso de duda o conflicto de leyes; y el numeral 8° del artículo 75°³¹ de la Ley N° 27444, toda vez que las normas administrativas deben interpretarse de modo tal que atiendan al fin público al cual se dirigen, preservando razonablemente los derechos de los administrados.

De igual modo, resultó de aplicación el numeral 10 del artículo 55° de la Ley N° 27444, que consagra el derecho de los administrados a que las actuaciones de las entidades que las afecten sean llevadas a cabo de la forma menos gravosa posible³².



En este marco normativo, considero que son atendibles los argumentos expuestos por COMPAÑÍA MINERA MILPO S.A.A. en su recurso de apelación respecto de la infracción al artículo 38° del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, razón por la que, al haberse vulnerado el Principio del Debido Procedimiento, en aplicación del numeral 1 del artículo 10° de la Ley N° 27444 y el artículo 217° de la misma, mi voto es porque se declare fundado también el recurso de apelación interpuesto en este extremo; y, en consecuencia, se disponga la nulidad del procedimiento administrativo sancionador contenido en el Expediente N° 118-09-MA/E³³.

María Chappuis

MARÍA TIMMY MERCEDES CHAPPUIS CARDICH
Vocal

³¹ Ley N° 27444:

Artículo 75.- Deberes de las autoridades en los procedimientos (...)

8. Interpretar las normas administrativas de forma que mejor atienda el fin público al cual se dirigen, preservando razonablemente los derechos de los administrados. (...)

³² Ley N° 27444:

Artículo 55.- Derechos de los administrados (...)

10. A que las actuaciones de las entidades que les afecten sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible. (...)

³³ Ley N° 27444:

Artículo 217.- Resolución

217.1 La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimaré las pretensiones formuladas en el mismo o declarará su inadmisión.

217.2 Constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN Nro «osinúmero»
Ley N° 27744 – Ley del Procedimiento Administrativo General y Decreto Legislativo N° 1029

Expediente N°: 118-09-MA/E

Destinatario : COMPAÑÍA MINERA MILPO S.A.A.
Domicilio : Av. San Borja Norte N° 523 - SAN BORJA
Entidad : OSINERGMIN
Dependencia : SALA 2 – TASTEM - STOR
Domicilio Entidad : Av. Javier Prado Oeste N° 270 – SAN ISIDRO
Materia / Procedimiento : Seguridad e higiene minera 2009
Nro. de documento : Res. 038-2014-OS/TASTEM-S2
Fecha : 09/05/2014
Nro. de Folios : 29

COMPANÍA MINERA
MILPO S.A.A.
27 MAY 2014
11:10 a.m.
RECIBIDO

MARCA CON "X" LA OPCIÓN QUE CORRESPONDA:

El acto notificado entra en vigencia:

Desde la fecha de emisión (X)
Desde antes de su emisión (eficacia anticipada) ()
Desde el día hábil siguiente de notificación ()
Desde la fecha indicada en la resolución ()
El acto notificado agota la vía administrativa respecto (X) SI () NO

RECURSO QUE PROCEDEN:

Reconsideración ante el mismo órgano que lo expidió () SI (X) NO
Apelación ante el mismo órgano que lo expidió, para que se eleve al superior jerárquico () SI (X) NO

Los Recursos Administrativos descritos sólo se podrán interponer dentro de los 15 días hábiles consecutivos, contados desde el día siguiente de la fecha de notificación del acto administrativo

Nombre del receptor NO DIO DATOS
Documento de identidad _____
Relación con el destinatario _____

Fecha
Hora

FIRMA DEL QUE RECIBE

Y sello (de ser empresa) _____

MOTIVO DE LA DEVOLUCION:
Mudó de domicilio ()
Domicilio errado o inexistente ()

MOTIVO DE ENTREGA CON ACTA
Se negó a recibir () o firmar ()

Ausencia primera notificación ()
Ausencia segunda notificación ()

CARACTERÍSTICAS DEL DOMICILIO

Nro. Medidor agua () o luz () _____
Material y color de la fachada _____
Material y color de la puerta _____
Otros datos. _____

Observaciones.

DATOS DE NOTIFICADOR

Nombres y apellidos: Guillermo Jirantes Lopez
DNI: 442281470
Firma del notificador: [Firma]