

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 139-2015-OS/TASTEM-S2

Lima, 21 de agosto de 2015

VISTO:

El Expediente N° 038-2011 que contiene el recurso de apelación interpuesto por GOLD FIELDS LA CIMA S.A., representada por el señora Inés Nuñovero Rojas, contra la Resolución de Gerencia General N° 473-2015 de fecha 05 de marzo de 2015, mediante la cual se le sancionó con multa por incumplir el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM.

CONSIDERANDO:

1. Mediante la Resolución N° 473-2015, la Gerencia General, en adelante GG, sancionó a GOLD FIELDS LA CIMA S.A., en adelante GOLD FIELDS, con una multa de 2,922.74 (dos mil novecientos veintidós con setenta y cuatro centésimas) UIT por incumplir el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, en adelante RPM, conforme al siguiente detalle¹:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Infracción al artículo 38° del RPM² Disponer relaves en las presas de relaves de la Quebrada Las Gordas y Quebrada Las Águilas por	Numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD ³	2,922.74 UIT

¹ Corresponde precisar que a través del artículo 2° de la parte resolutive de la Resolución N° 473-2015, la GG dispuso el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador en el extremo referido a la infracción al artículo 37° del RPM, relativo a la construcción del dique de la quebrada las Hierbas hasta la cota 3,738 msnm, sin contar con la autorización de construcción respectiva; y en el extremo referido a la infracción al artículo 12° del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM, vinculada al incumplimiento de la recomendación del Informe N° 203-2010-MEM-DGM/PB de fecha 12 de julio de 2010, consistente en culminar la construcción del canal de coronación del dique de arranque del depósito de relaves de la planta de beneficio "Cerro Corona".

² 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.

³ Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD

Anexo

Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupaciones para las actividades mineras
Rubro B

Incumplimientos de Normas Técnicas de Seguridad Minera

1. Incumplimiento de normas de diseño, instalación, construcción, montaje, operación, proceso, control de terreno

1.3 En concesiones de beneficio (Plantas concentradoras, instalaciones pirometalúrgicas y plantas hidrometalúrgicas, lixiviación y refinerías)

1.3.2 Autorización de funcionamiento

Base legal: Art. 38° del RPM, Art. 18° del TUO LGM, Arts. 42° y 50° del Rgto. TUO LGM y Art. 26° literal s) y 299° del RSSO. Resolución Directoral N° 1073-2008-MEM-DGM

Sanción: Multa hasta 10,000 UIT

encima de la cota autorizada de 3,720 msnm; y por disponer relaves en la presa construida en la Quebrada Las Hierbas, sin contar con las autorizaciones de funcionamiento otorgadas por la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas.		
TOTAL		2,922.74 UIT ⁴

Como antecedentes relevantes, cabe señalar los siguientes:

- a) Con fecha 08 al 09 de marzo de 2011, la empresa supervisora ASESORES Y CONSULTORES MINEROS S.A., en adelante la Supervisora Externa, realizó la supervisión especial en la concesión de beneficio "Cerro Corona" en la Unidad Minera Cerro Corona de titularidad de GOLD FIELDS, con el objeto de verificar el cumplimiento de los parámetros constructivos y operativos de los depósitos de relaves ubicados en dicha concesión, sus condiciones físicas, entre otros aspectos⁵.
- b) Mediante escrito de registro N° 201100040690 de fecha 30 de marzo de 2011, la Supervisora Externa remitió a este Organismo el Informe N° 03-ES-2011-ACOMISA de marzo de 2011, obrante de fojas 03 a 376 del expediente, con los resultados de la supervisión especial efectuada.
- c) Con escritos de registros N° 201100039941, N° 201100045134 y N° 201100047808 de fechas 29 de marzo, 07 y 13 de abril de 2011, respectivamente, obrantes de fojas 377 a 414 del expediente, GOLD FIELDS presentó información relativa al cumplimiento de las recomendaciones formuladas durante la supervisión.
- d) A través del Oficio N° 267-2011-OS-GFM, notificado con fecha 19 de abril de 2011, obrante a foja 415 del expediente, la Gerencia de Fiscalización Minera (en adelante, GFM) del OSINERGMIN requirió a GOLD FIELDS información vinculada a las autorizaciones de construcción y funcionamiento del depósito de relaves de la planta de beneficio "Cerro Corona".
- e) Por medio del escrito de registro N° 201100052486 de fecha 25 de abril de 2011, obrante de fojas 417 a 509 del expediente, GOLD FIELDS remitió la información requerida mediante Oficio N° 267-2011-OS-GFM.

⁴ Cabe precisar que para la determinación y graduación de la sanción se consideraron los criterios específicos aprobados por Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS-GG publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 23 de noviembre de 2013, aplicables al presente caso de acuerdo a su Disposición Transitoria Única.

Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS-GG
Disposición Transitoria Única

Única.- Para los procedimientos administrativos sancionadores en trámite sobre infracciones por falta de autorización de construcción o funcionamiento en concesiones de beneficio iniciados con sustento en la tipificación y escala de multas aprobada por Resolución del Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD y el rubro 2 del Anexo 2 de la Resolución de Consejo Directivo N° 211-2009-OS/CD, se aplicarán los criterios establecidos en la presente resolución

⁵ La concesión de beneficio "Cerro Corona" de la Unidad Minera Cerro Corona de titularidad de GOLD FIELDS se encuentra ubicada en el distrito y provincia de Hualgayoc, departamento de Cajamarca.

RESOLUCIÓN N° 139-2015-OS/TASTEM-S2

- f) Con Oficio N° 308-2011-OS-GFM, notificado con fecha 06 de mayo de 2011, obrante a foja 510-A del expediente, la GFM solicitó al Ministerio de Energía y Minas (en adelante, MEM) información vinculada al depósito de relaves de la planta de beneficio "Cerro Corona".
- g) Mediante escrito de registro N° 201100075072 de fecha 13 de junio de 2011, obrante de fojas 511 a 514 del expediente, la Dirección General de Minería (en adelante, DGM) del MEM remitió a este Organismo el Oficio N° 638-2011-MEM-DGM de fecha 07 de junio de 2011 y el Informe N° 192-2011-MEM-DGM-DTM/PB de fecha 03 de junio de 2011, dando respuesta a lo solicitado mediante el oficio citado en el literal anterior.
- h) A través del Oficio N° 461-2011-OS-GFM, notificado con fecha 16 de junio de 2011, obrante a foja 516 del expediente, la GFM corrió traslado a GOLD FIELDS de la información remitida por la DGM, descrita en el literal anterior.
- i) Con escrito de registro N° 201100076945 de fecha 16 de junio de 2011, GOLD FIELDS comunicó a la GFM que solicitó al MEM la reformulación de las conclusiones del Informe N° 192-2011-MEM-DGM-DTM/PB de fecha 03 de junio de 2011.
- j) Por Oficio N° 479-2011-OS-GFM, notificado con fecha 27 de junio de 2011, obrante a foja 644 del expediente, se comunicó a GOLD FIELDS el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador.
- k) Mediante Resolución N° 11-2011-OS/GFM de fecha 24 de junio de 2011, notificada con fecha 27 de junio de 2011, obrante de fojas 645 a 647 del expediente, la GFM impuso a GOLD FIELDS la siguiente medida cautelar:
- Suspender la disposición de relaves en el depósito de relaves de la planta de beneficio "Cerro Corona" que incluye la quebrada Las Águilas y la quebrada Las Gordas.
 - Suspender la construcción del dique y la disposición de relaves en la quebrada Las Hierbas.
- l) Por escrito de registro N° 201100082423 de fecha 28 de junio de 2011, complementado con escrito de registro de fecha 30 de junio de 2011, GOLD FIELDS interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 11-2011-OS/GFM.
- m) A través de la Resolución N° 275-2011-OS/GG de fecha 30 de junio de 2011, obrante de fojas 719 a 721 del expediente, la Gerencia General del OSINERGMIN declaró fundado el recurso de reconsideración interpuesto por GOLD FIELDS contra la Resolución N° 11-2011-OS/GFM de fecha 24 de junio de 2011, dejando sin efecto la medida cautelar impuesta.



RESOLUCIÓN N° 139-2015-OS/TASTEM-S2

- n) Con escrito de registro N° 201100084952 de fecha 04 de julio de 2011, el MEM remitió el Oficio N° 188-2011-MEM-DGM/DTM de fecha 28 de junio de 2011, en el que informa a este Organismo, entre otros, sobre el escrito presentado por GOLD FIELDS solicitando la reformulación de las conclusiones del Informe N° 192-2011-MEM-DGM-DTM/PB de fecha 03 de junio de 2011.
- o) Mediante escrito de registro N° 201100086601 de fecha 07 de julio de 2011, GOLD FIELDS solicitó la ampliación del plazo para presentación de descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- p) Por escrito de registro N° 201100091857 de fecha 18 de julio de 2011, GOLD FIELDS presentó sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- q) A través del escrito de registro N° 201100117891 de fecha 09 de setiembre de 2011, obrante de fojas 1247 a 1276 del expediente, GOLD FIELDS formuló ampliación de descargos del procedimiento administrativo sancionador, adjuntando la siguiente documentación:
- Informe N° 261-2011-MEM-DGM-DTM/PB de fecha 18 de julio de 2011 y Resolución N° 246-2011-MEM-DGM/V de fecha 19 de julio de 2011, a través del cual la DGM autorizó en vía de regularización el funcionamiento del depósito de relaves de la concesión de beneficio "Cerro Corona" a la cota 3,740 msnm; precisando que ello no exime a GOLD FIELDS de las responsabilidades y faltas incurridas por haber operado sin autorización
 - Informe N° 319-2011-MEM-DGM-DTM/PB y Resolución N° 331-2011-MEM-DGM/V, ambos de fecha 31 de agosto de 2011, que aprueba el proyecto de modificación del diseño de construcción del dique del depósito de relaves de la concesión de beneficio "Cerro Corona"
 - Informe N° 317-2011-MEM-DGM-DTM/PB y Resolución S/N, ambos de fecha 26 de agosto de 2011, que precisan información respecto al depósito de relaves de la concesión de beneficio "Cerro Corona"
- r) Por medio del escrito de registro N° 201100133961 de fecha 12 de octubre de 2011, obrante de fojas 1295 a 1298 del expediente, la DGM del MEM remitió al OSINERGMIN el Informe N° 375-2011-MEM-DGM-DTM/PB de fecha 07 de octubre de 2011 y la Resolución N° 367-2011-MEM-DGM/V de fecha 07 de octubre de 2011, a través del cual autorizó el funcionamiento de la presa del depósito de relaves de la concesión de beneficio "Cerro Corona" a la cota 3,746 msnm.
- s) Con escritos de registro N° 201100138945 y N° 201100152541 de fechas 21 de octubre y 18 de noviembre de 2011, respectivamente, GOLD FIELDS presentó documentación relativa al cumplimiento de las recomendaciones



contenidas en el Informe N° 375-2011-MEM-DGM-DTM/PB de fecha 07 de octubre de 2011.

- t) Mediante escrito de registro N° 201200160331 de fecha 20 de agosto de 2012, GOLD FIELDS presentó descargos adicionales al procedimiento administrativo sancionador.
- u) Por escrito de registro N° 201200181220 de fecha 27 de setiembre de 2012, GOLD FIELDS presentó información relativa a las autorizaciones de la presa de relaves de la concesión de beneficio "Cerro Corona".
- v) A través del escrito de registro N° 201100040690 de fecha 24 de octubre de 2012, GOLD FIELDS remitió a este Organismo el Informe N° 789-2012-MEM-DGM/DNM de fecha 28 de setiembre de 2012, obrante de fojas 1433 a 1434 del expediente; y formuló argumentos de defensa adicionales dentro del procedimiento sancionador.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Con escrito de registro N° 201100040690 presentado con fecha 27 de marzo de 2015, complementado con escritos de fechas 05, 11 y 24 de junio, 02 y 13 de julio de 2015, GOLD FIELDS interpuso medio impugnatorio contra la Resolución N° 473-2015, solicitando que se deje sin efecto la sanción impuesta y el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador, en atención a los siguientes fundamentos:

Sobre la inexigibilidad de la autorización de funcionamiento

- a) A través de la Resolución Directoral N° 1005-2008-MEM-DGM de fecha 26 de agosto de 2008, la DGM otorgó a favor de GOLD FIELDS el título de la concesión de beneficio Cerro Corona y autorizó el funcionamiento de la planta y todos sus componentes auxiliares o complementarios, lo que incluyó la presa de relaves.

En efecto, el procedimiento para la obtención de la concesión de beneficio regulado por los artículos 37° y 38° del RPM es uno de naturaleza bifásica que comprende tanto la autorización de construcción como de funcionamiento, las cuales son otorgadas en forma integral, es decir, para todos los componentes (principales y auxiliares) incluidos en el expediente técnico de la planta, el cual es evaluado y aprobado por la DGM antes de la emisión de las citadas autorizaciones.

Ello es así, ya que una interpretación distinta llevaría a pensar que la DGM aprueba y autoriza en forma parcial lo establecido en el expediente y, asimismo, porque las autorizaciones emitidas no contemplan una condición o restricción a su alcance, ni establecen la obligación de contar con autorizaciones adicionales posteriores a la concesión, para el desarrollo de la actividad de beneficio.



RESOLUCIÓN N° 139-2015-OS/TASTEM-S2

En atención a lo señalado, GOLD FIELDS considera que la interpretación realizada por la GG en la resolución de sanción contraviene los Principios de Debido Procedimiento, Legalidad y Motivación contenidos en la Ley N° 27444, así como el Principio de Confianza Legítima depositado en el procedimiento seguido ante la DGM para la obtención de la concesión de beneficio.

- b) La autoridad incurre en error al señalar, en el sub-numeral 4.1 del numeral 4 de la resolución recurrida, que no basta el título de la concesión para amparar el funcionamiento del proyecto y que, por tanto, la Resolución Directoral N° 1005-2008-MEM-DGM no autorizó el funcionamiento del depósito de relaves por encima de la cota 3,720 msnm, ya que a través de la Resolución Directoral N° 116-2006-MEM-DGM/V y el Informe N° 042-2006-MEM-DGM/PDM, la DGM no sólo evaluó la capacidad instalada de la planta de beneficio Cerro Corona, sino también el diseño técnico de la presa de relaves, el mismo que consideró un método de construcción por etapas con miras a almacenar un total de 90.3 millones de toneladas de relave, alcanzando una altura final de 160 metros.

Lo indicado se confirma con el numeral 2 del Informe N° 192-2011-MEM-DGM-DTM/PB de fecha 03 de junio de 2011, en el cual se establece que la autorización de construcción es por el proyecto integral, esto es, por el crecimiento del dique de contención hasta la cota de 3,800 msnm.

A su vez, luego de concluida la construcción de la planta y sus componentes auxiliares y complementarios se realizó la inspección de verificación respectiva por parte de la DGM, cuyos resultados forman parte del Informe N° 173-2008-MEM de fecha 26 de agosto de 2008 y en el cual se concluye, entre otros, que la construcción se realizó conforme al diseño aprobado, por lo que el depósito de relaves podía ser puesto en operación siempre que se mantenga el borde libre de 03 metros de altura.

En atención a dichas conclusiones, la DGM determinó que correspondía otorgar el título de la concesión, así como autorizar el funcionamiento de la planta y sus componentes a la capacidad instalada de 18,600 TM/día; sin formular observación alguna, recomendación o precisión respecto al alcance del funcionamiento de la presa de relaves, razón por la cual GOLD FIELDS nunca estuvo obligada a obtener autorizaciones de funcionamiento posteriores a la Resolución Directoral N° 1005-2008-MEM-DGM; más aún cuando los artículos 37° y 38° del RPM no permiten la emisión de autorizaciones posteriores al otorgamiento de la concesión, ni existe algún documento emitido por el MEM que ordene actuar bajo dicho criterio.

Sin perjuicio de ello, en el supuesto negado que la DGM haya pretendido exigir autorizaciones posteriores o que la autorización de funcionamiento tenga carácter parcial, era su responsabilidad materializarlo en algún documento emitido dentro del procedimiento de otorgamiento de la concesión de beneficio, lo que no ocurrió.

RESOLUCIÓN N° 139-2015-OS/TASTEM-S2

En ese mismo sentido, incluso si se considera que la autorización de funcionamiento se encuentra sujeta a “condiciones invisibles” conocidas por los administrados, GOLD FIELDS no hubiese podido prever qué procedimiento seguir para lograr su cumplimiento, ya que el único procedimiento administrativo aplicable hubiese sido el de modificación de la concesión de beneficio, lo cual resulta inverosímil considerando que cada vez que se proceda a incrementar la cota de la presa de relaves, se hubiera tenido que iniciar dicho procedimiento formal para obtener la autorización de funcionamiento respectiva, en contravención a los Principios de Legalidad y Predictibilidad previstos en la Ley N° 27444, .

Por tanto, se confirma que la apelante nunca estuvo obligada a obtener una nueva autorización de funcionamiento, sobre todo si se considera que a la fecha de obtención de la concesión de beneficio Cerro Corona no existía un procedimiento legalmente aprobado para ello, lo cual es confirmado por el Informe N° 221-2015-MEM-DGM/DNM de fecha 26 de marzo de 2015.



- c) A raíz de la emisión del Informe N° 192-2011-MEM-DGM-DTM/PB y en aras de contribuir con los objetivos perseguidos por la DGM, GOLD FIELDS solicitó la aprobación de inspecciones por las etapas del diseño técnico a partir de la cota 3,740 msnm; sin embargo, dichas inspecciones no debieron ser calificadas como “autorizaciones administrativas”, dado que para la obtención de una autorización se requiere del inicio de un procedimiento administrativo y no de una simple verificación o inspección⁶.



En tal sentido, la recurrente considera que las autorizaciones de funcionamiento obtenidas luego de la Resolución Directoral N° 1005-2008-MEM-DGM y antes de la emisión del Decreto Supremo N° 020-2012-EM, se tratan de verificaciones técnicas.

Por lo tanto, el hecho de que la DGM haya interpretado erróneamente que las inspecciones efectuadas luego de obtenida la concesión de beneficio constituyeron autorizaciones de funcionamiento, acredita que no se configuró infracción alguna al artículo 38° del RPM.

- d) La GFM se equivoca al considerar que GOLD FIELDS debió obtener autorizaciones posteriores para el recrecimiento de la presa de relaves, pues el artículo 299° del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM, establece que la autorización de funcionamiento es única y universal, razón por la cual incorpora todos los componentes del proyecto minero, incluida la presa de relaves.

En consecuencia, debe considerarse que la autorización de funcionamiento de dicha infraestructura fue emitida por la DGM conjuntamente con la concesión de beneficio.

⁶ Complementariamente, GOLD FIELDS sostiene que mientras la autorización constituye un título habilitante para realizar una actividad económica, la inspección o verificación es una comprobación reglada de carácter técnico.

- e) Toda vez que GOLD FIELDS no estuvo obligada a obtener autorizaciones de construcción y funcionamiento posteriores a la concesión de beneficio, el recrecimiento de la presa de relaves dentro de la cota máxima permitida no constituyó una acción antijurídica, y por tanto, no se configuró la infracción administrativa al artículo 38° del RPM.

Con relación a la vulneración de los Principios de Irretroactividad, Legalidad, Tipicidad y Presunción de Licitud

- f) Se ha transgredido la garantía constitucional de irretroactividad en la aplicación de las leyes contenida en el artículo 103° de la Constitución Política del Perú, dado que el OSINERGMIN sancionó a GOLD FIELDS aplicando los criterios del Decreto Supremo N° 020-2012-EM a hechos que ocurrieron antes de la entrada en vigencia de dicha norma.

En efecto, es recién a partir de la promulgación del Decreto Supremo N° 020-2012-EM que se estableció la exigencia legal de contar con una autorización de funcionamiento por etapas a aquellos proyectos que contasen con un diseño técnico de construcción de una presa de relaves o pad de lixiviación, también por etapas, tal como es reconocido por la DGM en el Informe N° 789-2012-MEM-DGM/DNM de fecha 28 de setiembre de 2012.

En atención a ello, toda vez que la recurrente obtuvo su concesión de beneficio antes de la entrada en vigencia de dicha disposición legal, no le resultó aplicable la exigibilidad de autorizaciones de funcionamiento por etapas.

- g) Se han vulnerado los Principios de Legalidad y Tipicidad regulados en el literal d) del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política de 1993 y el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, respectivamente; toda vez que el tipo infractor contenido en el numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD es de carácter genérico, abierto o en blanco, en la medida que no describe en forma expresa y taxativa los aspectos materiales de la conducta reprimida, sino que se remite genéricamente al incumplimiento de las "normas técnicas en seguridad minera" con una referencia no específica al incumplimiento de los artículos 37° y 38° del RPM⁷.

Como consecuencia de ello, la apelante agrega que la aplicación del mencionado ilícito administrativo constituye, a su vez, una clara transgresión al Principio del Debido Procedimiento y su derecho de defensa.

- h) Se ha infringido el Principio de Presunción de Licitud previsto en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444, por cuanto el OSINERGMIN no ha

⁷ A su vez, GOLD FIELDS invoca las sentencias del Tribunal Constitucional expedidas en los Expedientes N° 0010-2002-AI/TC y N° 01873-2009-PA/TC, así como la sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 133/1987 y la doctrina desarrollado por Agustín Ruiz Robledo, a efectos de establecer que las conductas prohibidas deben estar claramente delimitadas, de modo tal que cualquier ciudadano con formación básica pueda comprender lo que está proscrito bajo amenaza de sanción; y, asimismo, que se encuentran prohibidas las normas sancionadoras en blanco, las cláusulas generales o indeterminadas en los tipos infractores, así como su aplicación por analogía.

probado la existencia de una disposición legal que haya obligado a GOLD FIELDS a tramitar una autorización de funcionamiento por cada recrecimiento de la relavera dentro de la cota máxima autorizada por la concesión de beneficio.

En tal sentido, tampoco se ha acreditado que la recurrente haya violado algún deber u obligación administrativa establecida en el artículo 38° del RPM.

Sobre la transgresión del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley y los Principios de Culpabilidad y Debido Procedimiento (por falta de motivación)

- 
- 
- i) Se ha transgredido el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley reconocido en el numeral 2 del artículo 2° de la Constitución Política de 1993 y la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 004-2006-PI/TC, ya que en casos similares al que es materia del presente procedimiento administrativo sancionador se han dictado sanciones sustancialmente menores a la impuesta a GOLD FIELDS, lo que puede advertirse en diversas resoluciones dictadas entre el 2012 y 2015⁸.
- j) Se ha vulnerado el Principio de Culpabilidad reconocido por el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los Expedientes N° 01873-2009-PA/TC, N° 2192-2004-AA/TC y N° 01287-2010-AA, toda vez que se ha aplicado un régimen de responsabilidad objetiva, el cual no sólo se encuentra prohibido en el ámbito del derecho administrativo sancionador, sino que además se fundamenta en el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, esto es, en una norma de carácter reglamentario, lo que lesiona -a su vez- el Principio de Legalidad.
- k) El órgano sancionador de primera instancia no ha señalado los fundamentos jurídicos en función a los cuales considera que GOLD FIELDS no contaba con autorización de funcionamiento para disponer relaves hasta la cota 3,800 msnm, más aún cuando hace referencia a un "procedimiento vigente" para verificar la construcción del depósito de relaves, sin especificar de qué procedimiento se trata o si éste es el vigente antes o después del Decreto Supremo N° 020-2012-EM.

Asimismo, dicho órgano explica la construcción del proyecto por etapas, en clara alusión al criterio establecido en el Decreto Supremo N° 020-2012-EM, lo cual constituye una aplicación retroactiva de esta norma, así como un análisis

⁸ En tal sentido, GOLD FIELDS hace alusión a los siguientes pronunciamientos:

- Resolución N° 16859-2012
- Resolución N° 19558-2013
- Resolución N° 2044-2013
- Resolución N° 440-2014
- Resolución N° 441-2014
- Resolución N° 534-2014
- Resolución N° 561-2014
- Resolución N° 646-2014
- Resolución N° 838-2014
- Resolución N° 1136-214
- Resolución N° 500-2015

incongruente respecto a la lógica existente detrás del texto de los artículos 37° y 38° del RPM antes de la entrada en vigencia del citado decreto supremo.

Respecto a la aplicación incorrecta de los criterios para la determinación y graduación de la sanción

- l) Se han transgredido los Principios de Debido Procedimiento, Legalidad y Tipicidad, así como el Lineamiento IX de los Lineamientos Resolutivos de la Sala Plena del TASTEM, aprobados por Resolución N° 001-2013-OS/STOR-TASTEM, toda vez que la determinación y graduación de la sanción se ha realizado en función a los criterios aprobados por Resolución N° 256-2013-OS-GG, los cuales no se encontraban vigentes a la fecha en que ocurrieron los hechos materia de sanción.

En efecto, a la fecha de comisión de la infracción se encontraban vigentes los criterios específicos aprobados por la Resolución de Gerencia General N° 035, razón por la cual debieron aplicarse estos últimos y no aquéllos aprobados por la Resolución N° 256-2013-OS-GG.

- m) No existe fundamento alguno que justifique la inaplicación de los criterios aprobados por Resolución N° 035, toda vez que los aprobados por Resolución N° 256-2013-OS-GG resultan desfavorables para GOLD FIELDS en la medida que éstos establecen un monto mínimo de multa equivalente a 100 UIT, lo que significa que los factores "B" (beneficio ilícito) y "A" (atenuantes y agravantes) determinados por las circunstancias de la comisión de la infracción resultan irrelevantes para el cálculo dado que no podrán reducir dicho monto mínimo; mientras que aquéllos no prevén un monto base.

En atención a ello, debieron aplicarse los criterios aprobados por Resolución N° 035.

- n) Se ha incurrido en error al realizar el cálculo del factor "B", dado que la GFM ha considerado todas las utilidades netas percibidas por la impugnante durante el periodo de funcionamiento ilícito de la presa de relaves, pese a que dicho criterio no se encuentra aprobado por la Resolución N° 256-2013-OS-GG.

Asimismo, GOLD FIELDS sostiene que no debe considerarse la totalidad de las utilidades netas ya que ello llevaría a considerar que los beneficios ilícitos deben incluir aquellos beneficios lícitos provenientes de la operación de la relavera hasta la cota autorizada de 3,720 msnm.

Adicionalmente a ello, la recurrente indica que en el supuesto negado que corresponda determinar la sanción aplicable en atención a los criterios aprobados por Resolución N° 256-2013-OS-GG, de acuerdo a los principios generales para cálculo de multas aplicables por OSINERGMIN, el factor "B" debe estimarse en forma proporcional a los 12,78 metros "recrecidos sin

RESOLUCIÓN N° 139-2015-OS/TASTEM-S2

autorización", verificados durante la supervisión del 08 de marzo de 2011 (3,732.78 msnm)⁹.

En tal sentido, toda vez que los 12,78 metros representan el 0.34% del total de los 3,732.78 msnm a la que se encontró operando la relavera a la fecha de la supervisión, el valor del factor "B" debería ser de S/. 199,745.38 y no los S/.63,420,432.92 considerados en la resolución de sanción.

- o) Se han vulnerado los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad al haberse aplicado el valor de ventas como criterio para calcular el beneficio ilícito, ya que dicho concepto no está asociado ni constituye la utilidad o ganancia neta que se obtiene luego de restar a los precios de venta todos los costos vinculados al pago de tributos y otros gastos, tales como el pago de planillas, insumos, entre otros.

Asimismo, si bien los criterios aprobados por Resolución N° 256-2013-OS-GG establecen que para fijar la multa base se debe considerar el 1% del valor de ventas, dicho valor es totalmente arbitrario, dado que bien podría haberse considerado el 0.5%.

- p) De acuerdo del Principio de Retroactividad Benigna, GOLD FIELDS considera que los criterios aprobados por Resolución N° 256-2013-OS-GG resultan aplicables al presente caso, siempre que no se consideren los conceptos vinculados al valor de ventas en la determinación de la multa base y al monto mínimo de multa equivalente a 100 UIT, toda vez que éstos no fueron considerados por los criterios aprobados por Resolución N° 035, vigentes a la fecha en que ocurrieron los hechos sancionados.

En dicho contexto, considerando la metodología que debe aplicar la GFM para el cálculo de la multa, así como aquellos aspectos favorables de la Resolución N° 256-2013-OS-GG, la multa a imponer sería equivalente a S/. 113,854.87 ó 29.57 UIT.

Asimismo, en el peor escenario para GOLD FIELDS, la autoridad no podría imponer una multa mayor a las impuestas hasta la fecha por la misma infracción en otros procedimientos administrativos sancionadores¹⁰.

- q) De conformidad con el Lineamiento VI de los Lineamientos Resolutivos aprobados por Resolución N° 001-2013-OS/STOR-TASTEM, GOLD FIELDS solicita que se declare la nulidad de la resolución de sanción en caso se determine que no existe un Acta de Supervisión o que existiendo el mismo, éste no indique la cota recrecida y la referencia del equipo utilizado para la medición.

⁹ Al respecto, cabe indicar que la apelante considera que los principios generales para el cálculo de multas aplicables por OSINERGMIN están previstos en el Estudio de Multas del Sector Energía y los Documentos de Trabajo N° 10 y 18, elaborados por la Oficina de Estudios Económicos.

¹⁰ Sobre el particular, debe precisarse que GOLD FIELDS hace referencia a las 11 resoluciones emitidas entre el 2012 y 2015, detalladas en el pie de página N° 9 de la presente resolución.

Respecto a la vulneración del Principio del Debido Procedimiento y el Derecho de Defensa

- r) Se ha vulnerado el Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y el Derecho de Defensa de GOLD FIELDS ya que no se evaluaron los escritos presentados con fechas 20 de agosto y 24 de octubre de 2011, a través de los cuales formuló argumentos y pruebas de descargo dentro del presente procedimiento administrativo sancionador.

En tal sentido, corresponde declarar la nulidad de la resolución de sanción al haber incurrido en las causales de nulidad previstas en el numerales 1 y 2 del artículo 10° de la Ley N° 27444.

- s) Solicita el uso de la palabra.

3. Mediante Oficio N° 65-2015-OS-GG, notificado con fecha 21 de mayo de 2015, obrante a foja 1559 del expediente, la GG comunicó a GOLD FIELDS que en aplicación de los artículos 11°, 208°, 209° y 213° de la Ley N° 27444, el medio impugnatorio presentado contra la Resolución N° 473-2015 a través del escrito de registro N° 201100040690 de fecha 27 de marzo de 2015, fue calificado como recurso de apelación⁽¹¹⁾(¹²).

¹¹ Ley N° 27444.

Artículo 11.- Instancia competente para declarar la nulidad

11.1 Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la presente Ley.

11.2 La nulidad será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto. Si se tratara de un acto dictado por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad se declarará por resolución de la misma autoridad.

Artículo 208.- Recurso de reconsideración

El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación.

Artículo 209.- Recurso de apelación

El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico.

Artículo 213.- Error en la calificación

El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter.

¹² Con relación a la calificación del recurso administrativo contenido en el escrito de registro N° 201100040690 de fecha 27 de marzo de 2015, conviene resaltar que si bien GOLD FIELDS lo denomina "recurso de reconsideración", en el mismo escrito solicita expresamente a este Organismo que, de considerarlo pertinente, lo califique como uno de apelación.

Adicionalmente, es pertinente indicar que si bien el referido escrito calificado por GOLD FIELDS como "recurso de reconsideración" incluyó como medio de prueba el Informe N° 221-2015-MEM-DGM/DNM (26 de marzo de 2015), éste no tenía la condición de nueva prueba debido a que se vincula a una opinión emitida con posterioridad a la expedición de la Resolución de Gerencia General N° 473-2015 (05 de marzo de 2015).

Lo señalado en el párrafo anterior, se sustenta en el análisis realizado por la Gerencia Legal de este Organismo en torno al requisito de nueva prueba en los recursos de reconsideración, contenido en los numerales 3, 4 y 5 del Informe N° GL-013-2010 de fecha 23 de febrero de 2010:

"(...) 3. Por ello, la nueva prueba, requisito de procedibilidad del recurso de reconsideración, que nuestro ordenamiento ha adoptado por exigir a diferencia de otros, estará constituida por aquel hecho cierto, materializado en un medio probatorio nuevo y que no ha sido materia de evaluación en el acto administrativo anterior, por lo que su valoración justifica la revisión del análisis efectuado o el cambio de criterio por parte de la autoridad, quien deberá considerar el caso bajo un nuevo elemento de juicio, que no pudo o estuvo en condiciones de evaluar. Solo así se justifica que la misma autoridad administrativa tenga la potestad de revisar su propio análisis.

4. A través del Memorándum N° GG-135-2015, recibido con fecha 26 de mayo de 2015, la GG remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.
5. Con Oficio N° 1240-2015-OS-STOR, notificado con fecha 10 de junio de 2015, se concedió a GOLD FIELDS el uso de palabra solicitado, llevándose a cabo la audiencia de informe oral de fecha 12 de junio de 2015, en la que sus representantes expusieron los argumentos de defensa correspondientes ante los miembros del Colegiado, como consta en el soporte magnético obrante a fojas 1580 del expediente.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE LA APELACIÓN

Sobre la inexigibilidad de la autorización de funcionamiento

6. Con relación a los argumentos contenidos en los literales a) al e) del numeral 2 de la presente resolución, conviene resaltar que de acuerdo al Principio de Congruencia Procesal, que forma parte del Principio de Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, los pronunciamientos de las entidades deben guardar relación con aquello que es materia de controversia dentro del procedimiento¹³.

En tal sentido, considerando que a través de la resolución recurrida sólo se sancionó a GOLD FIELDS por la infracción al artículo 38° del RPM, el análisis que desarrolle este Tribunal Administrativo se circunscribirá al contenido de dicha disposición legal, los hechos verificados por este Organismo durante la supervisión del 08 al 09 de marzo de 2011 al depósito de relaves de la concesión de beneficio Cerro Corona, así como las autorizaciones emitidas por el MEM respecto al funcionamiento de dicha infraestructura.

Ahora bien, de acuerdo al artículo 38° del RPM, que regula aspectos vinculados al procedimiento para la obtención de concesiones de beneficio y su modificación, una vez concluidas la construcción e instalación de la planta de beneficio en función a la autorización de construcción previamente otorgada, el interesado deberá dar aviso a

4. De ello, debemos entender, contrario sensu, que no se cumplirá con el requisito cuando el nuevo medio probatorio presentado se respalde en hechos generados con posterioridad a la fecha de emisión de la resolución objeto de impugnación, toda vez que ello no será considerando como una revisión del análisis efectuado que amerite la posterior modificación del criterio, sino, un nuevo pronunciamiento por parte de la autoridad, al someter a su apreciación nuevos medios probatorios respecto de hechos no existentes al momento de la tramitación del procedimiento anterior, lo cual, no sólo desnaturaliza la reconsideración, sino resulta, a todas luces, discordante con los principios generales del Derecho que rigen nuestro procedimiento administrativo general.

5. Por lo expuesto, coincidimos con el criterio adoptado por la primera instancia, según el cual no se cumplirá con el requisito de la nueva prueba, en los términos de la Ley N° 27444, cuando ésta sea la materialización de hechos ocurridos con posterioridad a la emisión del acto materia de reconsideración" (Subrayado agregado)

¹³ Cabe acotar que el Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento N° 5 de la sentencia dictada en el Expediente N° 8327-2005-AA/TC y el literal e) del fundamento N° 7 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0896-2009-PH/TC, que el Principio de Debido Procedimiento comprende el de Congruencia Procesal

A su vez, el Principio de Congruencia se encuentra reconocido, a su vez, en el artículo VII del Título Preliminar y numeral 6 del artículo 50° del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, aplicable de manera supletoria de conformidad con su Primera Disposición Final.

RESOLUCIÓN N° 139-2015-OS/TASTEM-S2

la DGM a efectos de que dicha autoridad disponga la inspección de la construcción realizada, conforme al expediente técnico presentado por éste¹⁴.

Si la inspección resulta favorable, la DGM otorga la concesión y autoriza el funcionamiento de la planta, en caso se haya solicitado el otorgamiento de la concesión; o sólo emitirá la autorización de funcionamiento, tratándose de solicitudes de modificación de la concesión.

En dicho contexto, cabe señalar que de la revisión de los actuados obrantes en el expediente administrativo, se advierte que la concesión de beneficio Cerro Corona de titularidad de GOLD FIELDS; y, en particular, el depósito de relaves ubicado en dicho derecho minero, cuentan con los siguientes títulos y autorizaciones emitidos por el MEM:

N°	RESOLUCIONES	CONTENIDO
1	Resolución N° 116-2006-MEM-DGM/V de fecha 31 de enero de 2006	Autorización de construcción e instalación de la planta de beneficio "Cerro Corona" y de sus instalaciones auxiliares y/o complementarias. Sobre el particular, el Informe N° 042-2006-MEM-DGM/PDM de fecha 31 de enero de 2006, que sustenta la citada autorización, indica lo siguiente: <i>"(...) Depósito de relaves diseñado para almacenar 90.3 millones de toneladas de relaves para un vida útil de 14.5 años, ubicado en las quebradas Las Gordas y Las Águilas, tendrá una altura máxima el depósito de 160 metros en su etapa final y en sus dos primeras etapas será recrecida por el método de "aguas abajo" hasta alcanzar una altura de 70 metros (cota 3,730 msnm) con material de préstamos (...) posteriormente será recrecida por el método de línea central (...)" (sic) (Subrayado agregado)</i>
2	Resolución N° 1028-2007-MEM-DGM/V de fecha 18 de setiembre de 2007	Aprueba la optimización del diseño del depósito de relaves del proyecto de la planta de beneficio "Cerro Corona"

¹⁴ Lo señalado guarda congruencia con la tramitación de los procedimientos administrativos previstos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA del MEM vigentes a la fecha en que GOLD FIELDS solicitó el otorgamiento de su concesión de beneficio "Cerro Corona" (21/09/05), así como aquellos vigentes a la fecha en que se expidió efectivamente el título de dicha concesión y las autorizaciones posteriores asociadas al depósito de relaves materia del presente procedimiento administrativo sancionador:

- TUPA aprobado por Decreto Supremo N° 025-2002-EM: procedimientos CM01 (otorgamiento de concesión de beneficio) y CM03 (modificación a la concesión de beneficio)
- TUPA aprobado por Decreto Supremo N° 061-2006-EM: procedimientos CM01 (otorgamiento de concesión de beneficio) y CM03 (modificación a la concesión de beneficio); correspondiendo precisar que a través de la Resolución Ministerial N° 438-2010-MEM-DM publicada con fecha 16 de octubre de 2010, se fusionaron ambos procedimientos, manteniéndose los requisitos y etapas de procedimiento.

RESOLUCIÓN N° 139-2015-OS/TASTEM-S2

3	Resolución N° 525-2008-MEM-DGM/V de fecha 26 de agosto de 2008	Aprueba el Informe N° 173-2008-MEM-DGM-DTM/PB de fecha 26 de agosto de 2008, que contiene los resultados de la inspección de verificación de la culminación de construcción e instalación de la planta de beneficio "Cerro Corona", realizada del 15 al 18 de julio de 2008. En los numerales 4 al 6 del literal A) del sub-numeral 2.4 del numeral 2 del citado informe, la DGM estableció que los diques de arranque (<i>starter dam</i>) del depósito de relaves localizados en las quebradas Las Águilas y Las Gordas alcanzarían la cota 3,720 msnm; mientras que en su etapa final el dique integral de ambos sectores alcanzaría la cota 3,800 msnm¹⁵. Asimismo, en el numeral 2 del literal B) del numeral 2.4 y numeral 2 del Rubro V mismo informe, se concluyó que la presa inicial ubicada en la quebrada Las Gordas no estaba concluida al 100% debido a que al momento de la inspección se encontraba a la cota 3,705 msnm. En tal sentido, en el numeral 3 del Rubro V del referido Informe se indica: "V. CONCLUSIONES (...) 3. Que, tratándose de una construcción de un depósito de relaves método aguas abajo y cuya construcción de la presa de arranque es con material de préstamo, <u>en ese estado de construcción de 3,705 msnm, puede ser puesta en operación en forma segura, siempre que mantenga el borde libre a 03 metros de altura hasta que se culmine la construcción de la 1era etapa (...)</u>" (Subrayado y negrita agregados)
4	Resolución Directoral N° 1005-2008-MEM/DGM de fecha 26 de agosto de 2008	En atención a los resultados de la inspección de verificación cuyos resultados forman parte del Informe N° 173-2008-MEM-DGM-DTM/PB de fecha 26 de agosto de 2008, el MEM otorga el título de la concesión de beneficio "Cerro Corona" y autoriza el funcionamiento de la planta de beneficio a la capacidad instalada de 18,600 TM/día y de sus instalaciones auxiliares y/o complementarias, así como el uso de aguas y vertimientos de sus operaciones.
5	Resolución N° 008-2010-MEM-DGM/V de fecha 14 de enero de 2010	Aprueba el Informe N° 016-2010-MEM-DGM-DTM/PB de fecha 13 de enero de 2010, que contiene los resultados de la inspección de verificación de la culminación de la construcción del <u>dique de arranque del depósito de relaves, correspondiente al sector de quebrada Las Gordas, de la cota 3,705 msnm a 3,720 msnm</u>

¹⁵ Los numerales 4 al 6 del literal A) del numeral 2.4 del Informe N° 173-2008-MEM-DGM-DTM/PB indican lo siguiente:

"2.4. Verificación de la construcción e instalación de la presa de relaves (...)

A. Descripción general de las obras de infraestructura de todo el sistema. (...)

4. Presa de relaves de "Las Gordas" – Presa inicial o Starter Dam – (Área 1100) (...)

Cota de la cresta 3,720 msnm (...)

5. Presa de relaves de "Las Águilas" – Presa inicial o Starter Dam ó 1ra etapa – (Área 1100) (...)

Cota de la cresta 3,720 msnm (...)

6.- Presas de relaves "Las Gordas" y "Las Águilas" – Presas finales o 2da etapa – (Áreas 1100).-

a.- Las presas iniciales tiene una elevación de 80 m, ambas. La segunda etapa consta de un relleno de rockfill de aproximadamente 120 m de ancho en la base y taludes iguales a las presas iniciales, para lograr otra elevación de 80 m en etapas sucesivas de 10 – 12 m cada una y de acuerdo al crecimiento del depósito de relaves. (...)

b.- Los volúmenes de enrocados son mayores y la extensión es mayor que la longitud de ambas crestas pues se trata del cerramiento del valle hasta la cota final 3800, el cual es el nivel final del sistema de presa de relaves (...)" (Subrayado agregado)

RESOLUCIÓN N° 139-2015-OS/TASTEM-S2

6	Resolución N° 278-2010-MEM-DGM/V de fecha 13 de julio de 2010	- Aprueba el Informe N° 203-2010-MEM-DGM-DTM/PB de fecha 12 de julio de 2010, que contiene los resultados de la inspección de verificación de la culminación de la construcción del <u>dique de arranque del depósito de relaves, correspondiente al sector de quebrada Las Águilas, a la cota 3,720 msnm.</u> - Autorización de funcionamiento del dique de arranque del depósito de relaves a la cota de 3,720 msnm¹⁶.
7	Resolución N° 246-2011-MEM-DGM/V de fecha 19 de julio de 2011	- Aprueba el Informe N° 261-2011-MEM-DGM-DTM/PB de fecha 18 de julio de 2011, que contiene los resultados de la inspección de verificación de la culminación de la construcción del <u>depósito de relaves de la concesión de beneficio "Cerro Corona" a la cota 3,740 msnm.</u> - Autorización de funcionamiento, en vía de regularización, del depósito de relaves a la cota de 3,740 msnm, "sin eximir de las responsabilidades y faltas cometidas" por haber funcionado sin autorización. Respecto a la autorización de funcionamiento otorgada en vías de regularización, el numeral del 1 Rubro II y cuarto punto del Rubro IV del Informe N° 261-2011-MEM-DGM-DTM/PB indicó lo siguiente: <i>"VERIFICACIÓN DE ACUERDO A LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA.- Aspectos a fiscalizar</i> <i>1- Depósito de relaves (...)</i> <i>Los datos geométricos de la presa del depósito de relaves de la Planta de Beneficio "Cerro Corona", de acuerdo al expediente aprobado son:</i> - <u>Cota de la corona de la autorización anterior = 3,720 msnm (...)</u> IV. CONCLUSIONES - <u>La empresa ha dispuesto relaves desde la cota 3,720 msnm hasta la cota 3,738 msnm, sin la autorización correspondiente (...)"</u> (Negrita y subrayado agregados)
8	Resolución N° 331-2011-MEM-DGM-V de fecha 31 de agosto de 2011	Aprueba el proyecto de modificación del diseño de construcción del dique del depósito de relaves de la concesión "Cerro Corona" y se autoriza la construcción por etapas desde la cota 3,740 msnm hasta la cota 3,800 msnm.

Aunado a lo anterior, cabe señalar que mediante Oficio N° 308-2011-OS-GFM, notificado con fecha 06 de mayo de 2011, obrante a foja 510-A del expediente, la GFM solicitó al MEM información vinculada al depósito de relaves de la planta de beneficio "Cerro Corona".

En respuesta a lo solicitado, mediante escrito de registro N° 201100075072 de fecha 13 de junio de 2011, obrante de fojas 511 a 514 del expediente, la DGM del MEM remitió a este Organismo el Oficio N° 638-2011-MEM-DGM de fecha 07 de junio de 2011 y el Informe N° 192-2011-MEM-DGM-DTM/PB de fecha 03 de junio de 2011, indicando, entre otros, lo siguiente:

¹⁶ Cabe precisar que si bien la Resolución N° 278-2010-MEM-DGM/V señala textualmente: "(...) AUTORÍCESE el funcionamiento del dique de arranque (quebrada Las Águilas) del depósito de relaves de la planta de beneficio "Cerro Corona" a la cota 3,720 msnm (...)" a través del numeral 4 del Rubro II del Informe N° 192-2011-MEM-DGM-DTM/PB del 03 de junio de 2011, obrante de fojas 513 a 514 del expediente, la DGM comunicó a este Organismo que en el marco de las Resoluciones N° 008-2010-MEM-DGM/V y N° 278-2010-MEM-DGM/V, GOLD FIELDS contaba con autorización de funcionamiento del depósito de relaves hasta la cota 3,720, lo cual es posteriormente confirmado por el Informe N° 261-2011-MEM-DGM-DTM/PB de fecha 19 de julio de 2011, aprobado por Resolución N° 246-2011-MEM-DGM/V de la misma fecha.

RESOLUCIÓN N° 139-2015-OS/TASTEM-S2

"(...) 1.- La construcción del depósito de relaves de la planta de beneficio "Cerro Corona", es por etapas de acuerdo al diseño de la ingeniería planteada y expediente aprobado, cuyas etapas principales son:

La etapa 1: Corresponde a la construcción del dique de cerramiento de la quebrada Las Godas hasta la cota 3,720 msnm

La etapa 2: Corresponde la construcción de los diques de cerramiento de las quebradas Las Águilas y Las Gordas, ambas hasta la cota 3,730 msnm
(...)

La etapa 14: Etapa final debe llegar hasta la cota 3,800 msnm (dique integral de los sectores Las Gordas y Las Águilas).

2.- La autorización de construcción es por el proyecto integral, esto es crecimiento del dique de contención hasta la cota 3,800 m.s.n.m.

3.- Las autorizaciones de funcionamiento se van otorgando por etapas de acuerdo al avance de la construcción y a solicitud de la titular minera.

4.- Según la Resolución N° 008-2010-MEM-DGM/V del 14 de enero de 2010 (Informe N° 016-2010-MEM-DGM-DTM/PB) y Resolución N° 278-2010-MEM-DGM/V del 13 de julio de 2010, Gold Fields La Cima S.A., tiene autorización de funcionamiento del depósito de relaves de la planta de beneficio "Cerro Corona", sólo hasta la cota 3,720 m.s.n.m.
(...)"

(Negrita y subrayado agregados)



Ahora bien, en atención a los pronunciamientos detallados en el cuadro anterior y el Informe N° 192-2011-MEM-DGM-DTM/PB, se advierte que el MEM informó a este Organismo que si bien a través de la Resolución N° 1005-2008-MEM/DGM de fecha 26 de agosto de 2008 se otorgó a favor de GOLD FIELDS la concesión de beneficio Cerro Corona y se autorizó el funcionamiento de la planta a la capacidad instalada de 18,600 TM/día, así como de sus instalaciones auxiliares y/o complementarias, dicho título habilitante no lo autorizó a funcionar el depósito de relaves a la cota 3,800 msnm; toda vez que de acuerdo a las Resoluciones N° 008-2010-MEM-DGM/V y N° 278-2010-MEM-DGM/V, sólo contaba con autorización para operar dicha infraestructura hasta la cota 3,720 msnm.

En función a dicha información, la GG emitió la resolución recurrida sancionando a GOLD FIELDS, toda vez que durante la supervisión realizada del 08 al 09 de marzo de 2011 en las instalaciones de la concesión de beneficio "Cerro Corona" se verificó que dicha empresa venía disponiendo relaves por encima de la cota 3,720 msnm.

No obstante lo anterior, durante toda la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador GOLD FIELDS ha venido sosteniendo que nunca estuvo obligada a obtener autorizaciones de funcionamiento posteriores al otorgamiento de la concesión de beneficio "Cerro Corona", ya que la Resolución Directoral N° 1005-2008-MEM/DGM de fecha 26 de agosto de 2008, sí le autorizó a operar el depósito de relaves hasta la cota máxima de 3,800 msnm, sustentando dicho argumento, entre otros, en el Informe N° 221-2015-MEM-DGM/DNM de fecha 26 de marzo de 2015,

obrantes de fojas 1553 a 1557 del expediente, en el cual la DGM del MEM indicó lo siguiente:

"(...) 2.7 (...) b) (...) si en el informe que sustenta la resolución que aprobó el informe de inspección de verificación de la culminación de la construcción e instalación de la planta de beneficio, no contemplaba las recomendaciones que implique que el administrada deba cumplir con comunicar a la DGM la culminación de cada fase para su autorización de funcionamiento correspondiente, entonces, no se le puede exigir esta obligación al administrado, por cuanto la presunción legal es que la aprobación de la inspección de verificación de la culminación de la planta de beneficio, y demás componentes, y posteriormente el otorgamiento de la concesión de beneficio y la autorización de la Planta y de sus instalaciones auxiliares o complementarias, se entiende por cumplido con la aprobación del proyecto y la autorización del funcionamiento de todos sus componentes.

c.- De tal forma, que en el presente caso, tanto la Resolución N° 525-2008-MEM-DGM/V de fecha 26 de agosto del 2008, que aprueba el informe de inspección de verificación de la culminación de la construcción de la Planta de beneficio "Cerro Corona", así como en el Informe N° 173-2008-MEM-DGM-DTM/PB, que sustenta dicha Resolución, y en la Resolución Directoral N° 1005-2008-MEM/DGM de fecha 28 de agosto de 2008, que otorgó el título de concesión de beneficio "Cerro Corona" y autoriza el funcionamiento de la Planta de beneficio "Cerro Corona" y sus instalaciones auxiliares y/o complementarias, no estableció la exigencia de comunicar a la Dirección General de Minería la culminación de cada fase constructiva para su autorización de funcionamiento; por lo tanto, dicha obligación no era exigible a Gold Fields La Cima S.A. (...)"

(Negrita y subrayado agregados)

En este contexto, se advierte que existe una clara contradicción entre los pronunciamientos del MEM, detallados en el cuadro consignado líneas arriba y el Informe N° 192-2011-MEM-DGM-DTM/PB de fecha 03 de junio de 2011, emitido en atención a una consulta formulada por OSINERGMIN; y el contenido del citado Informe N° 221-2015-MEM-DGM/DNM de fecha 26 de marzo de 2015, emitido en atención a una consulta particular de GOLD FIELDS; toda vez que de los primeros se desprende que dicha empresa debía solicitar autorizaciones de funcionamiento por etapas de acuerdo al avance constructivo del depósito de relaves; mientras que en el segundo se afirma que GOLD FIELDS no tenía la obligación de comunicar a la DGM la culminación de cada etapa para obtener la autorización de funcionamiento respectiva.

Por tal motivo, en aplicación de los Principios de Impulso de Oficio y Verdad Material tipificados en los numerales 1.3 y 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, a través del Oficio N° 1739-2015-OS-STOR, notificado con fecha 22 de julio de 2015, obrante de fojas 1691 a 1723 del expediente, este Tribunal Administrativo formuló consulta al MEM con el propósito de que dicha autoridad precise el contenido de sus pronunciamientos en torno a las autorizaciones vinculadas al depósito de relaves de la planta de beneficio "Cerro Corona", de titularidad de la recurrente, más aún cuando es dicha entidad a la que le corresponde el otorgamiento de las mismas¹⁷.

¹⁷ Ley N° 27444.

En respuesta a dicha solicitud, mediante escrito de registro N° 201100040690 de fecha 18 de agosto de 2015, la DGM del MEM remitió a este Organismo el Oficio N° 0881-2015-MEM/DGM de fecha 11 de agosto de 2015, obrante de fojas 1726 a 1727 del expediente, señalando lo siguiente:

"(...) 2. (...) Sobre el particular, resulta oportuno señalar que el Informe N° 192-2011-MEM-DGM-DTM/PB de fecha 3 de junio de 2011, emitido en atención a una consulta formulada por OSINERGMIN a la Dirección General de Minería, desarrolló un "criterio técnico", sin embargo, se debe precisar que dicho criterio no tuvo una base legal que haga exigible al administrado para que cumpla con comunicar a la DGM la culminación de cada fase para su autorización de funcionamiento correspondiente
(...)

3. Por lo expuesto esta dirección concluye lo siguiente:

a) El título de concesión de beneficio del proyecto "Cerro Corona", aprobado por Resolución Directoral N° 1005-2008-MEM/DGM de fecha 26 de agosto de 2008, fue otorgada en forma integral y no establece limitación o restricción alguna a la empresa Gold Fields La Cima S.A. en ese sentido, dicha resolución autorizó, entre otras cosas el funcionamiento de la presa de relaves "Cerro Corona" a una cota máxima de 3,800 msnm, según el diseño técnico aprobada por la Dirección General de Minería (...)

c) Ratificamos la opinión contenida en el Informe N° 221-20015-MEM-DGM/DNM, de fecha 27 de marzo de 2015" (sic)

(Negrita y subrayado agregados)

Conforme lo señalado, se advierte que la DGM, ratificando la opinión contenida en el Informe N° 221-2015-MEM-DGM/DNM de fecha 26 de marzo de 2015, aclara el contenido de sus pronunciamientos señalando que, en efecto, mediante Resolución Directoral N° 1005-2008-MEM/DGM de fecha 26 de agosto de 2008 autorizó el funcionamiento del depósito de relaves de la planta de beneficio "Cerro Corona" hasta la cota máxima de 3,800 msnm; lo que significa que GOLD FIELDS sí contaba con autorización para operar dicha infraestructura por encima de la cota 3,720 msnm a la fecha de la supervisión que motivó el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador.

En este orden de ideas, cabe indicar que de acuerdo al sub-numeral 203.2.3 del numeral 203.2 del artículo 203° de la Ley N° 27444, procede la revocación de los actos administrativos cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se

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: (...)

1.3. Principio de impulso de oficio.- Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias. (...)

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

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

favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros¹⁸.

Sobre el particular, MORÓN URBINA explica los alcances de la referida causal de revocación en los siguientes términos¹⁹:

*"(...) **La revocación de actos desfavorables** (art. 203.2.3).*

***Tratándose de actos de gravamen o desfavorables a los administrados se entiende que pueda volverse hacia atrás, por razón de algún elemento de juicio objetivo sobreviniente a la decisión que ha creado una carga, obligación o sanción al administrado, y que con su evidencia, se aprecia que resulta injustificado.** En ningún caso se trata de favorecer ilegalmente al administrado, ni de modo arbitrario o basado en razones exclusivamente en el mérito o la conveniencia, sino cuando aparezcan razones sobrevinientes objetivas que así lo hagan necesario (...)"*

(Negrita y subrayado agregados)

Por su parte, el numeral 32.2 del artículo 32° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 233-2009-OS/CD, aplicable al presente caso, establece que deberá disponerse el archivo del procedimiento administrativo sancionador en caso de determinarse que no se ha configurado la infracción imputada al administrado²⁰.

Bajo este marco legal, corresponde señalar que habiéndose determinado que GOLD FIELDS sí contaba con autorización para operar el depósito de relaves de la planta de beneficio "Cerro Corona" hasta la cota de 3,800 msnm, en función a la precisión formulada por el MEM en el Oficio N° 0881-2015-MEM/DGM de fecha 11 de agosto de 2015, el cual constituye un elemento de juicio sobreviniente a la imposición de la sanción, y que el presente pronunciamiento no generará perjuicio alguno a terceros; en concordancia con el numeral 217.1 del artículo 217° de la Ley N° 27444, corresponde declarar fundado el recurso de apelación; y, en consecuencia, revocar la Resolución de Gerencia General N° 473-2015 de fecha 05 de marzo de 2015, en el extremo referido a la declaración de responsabilidad e imposición de la sanción por la infracción al artículo 38° del RPM, disponiéndose el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador en dicho extremo²¹.

¹⁸ Ley N° 27444.

Artículo 203.- Revocación (...)

203.2 Excepcionalmente, cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:

203.2.3 Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.

¹⁹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador". Lima: Gaceta Jurídica, Octava Edición, 2009. Página 591.

²⁰ Resolución N° 233-2009-OS/CD.

Artículo 32.- Archivo

32.2. Procedimiento para archivar un procedimiento administrativo sancionador

Iniciado el procedimiento administrativo sancionador, de determinarse que no se ha configurado ilícito administrativo alguno o no se pueda determinar de forma cierta al presunto infractor o éste se haya extinguido o fallecido, a excepción de los casos de reorganización societaria contempladas en la Ley General de Sociedades, el Órgano Sancionador dispondrá mediante resolución el archivo del procedimiento, la cual deberá ser notificada al administrado (...)

²¹ Ley N° 27444.

Artículo 217.- Resolución

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

7. Habiéndose dejado sin efecto la sanción impuesta y declarado el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador en el extremo referido al artículo 38° del RPM, conforme a lo solicitado por la recurrente, carece de sentido emitir pronunciamiento sobre los argumentos contenidos en los literales f) al s) del numeral 2 de la presente resolución.

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 y sus modificatorias 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 presentado por GOLD FIELDS LA CIMA S.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 473-2015 de fecha 05 de marzo de 2015; y, en consecuencia, **REVOCAR** dicho acto administrativo en el extremo referido a la declaración de responsabilidad e imposición de la sanción por la infracción al artículo 38° del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, disponiéndose el **ARCHIVO** del presente procedimiento administrativo sancionador en dicho extremo; por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Alfredo Juan Carlos Dammert Lira, María Timmy Mercedes Chappuis Cardich y Ricardo Mario Alberto Maguiña Pardo.



ALFREDO JUAN CARLOS DAMMERT LIRA
PRESIDENTE

