

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 187-2016-OS/TASTEM-S2

Lima, 05 de setiembre de 2016

VISTO:

El Expediente N° 201400168379 que contiene el recurso de apelación interpuesto por SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE S.A.A., representada por el señor Oscar Enrique Champion Hau, contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Minera N° 270-2016 de fecha 25 de enero de 2016, mediante la cual se le sancionó con multa por incumplir el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 270-2016, la Gerencia de Fiscalización Minera, en adelante GFM, sancionó a SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE S.A.A., en adelante CERRO VERDE, con una multa de 1,055.62 (mil cincuenta y cinco con sesenta y dos centésimas) UIT por incumplir el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, en adelante el RPM, conforme al siguiente detalle:

N°	INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Infracción al artículo 38° del RPM¹ Por operar sin contar con autorización de funcionamiento de la Dirección General de Minería: i) PAD-ROM de la planta de Beneficio Cerro Verde durante diciembre de 2011, de enero a junio y setiembre de 2012 y enero de 2013. ii) Planta de flotación de la planta de Beneficio Cerro Verde durante los meses de enero a septiembre de 2011, noviembre a diciembre de 2011 y enero 2012. iii) Pad de Mineral Chancado de la planta de Beneficio Cerro Verde	Numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD ²	1055.62

¹ Decreto Supremo N° 018-92-EM.

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.

² Resolución N° 286-2010-OS/CD.

Anexo

Rubro B. Incumplimiento 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

Multa: Hasta 10,000 UIT.

	durante los meses de febrero, mayo, julio, agosto de 2011 y agosto de 2012		
TOTAL			1055.62 UIT

Como antecedentes, deben citarse los siguientes:

- a) Con fecha del 6 al 7 de marzo de 2012, se llevó a cabo la supervisión a la Planta de Beneficio "Cerro Verde" de titularidad de CERRO VERDE, con el objeto de verificar el cumplimiento de las disposiciones del RPM.
 - b) Con Oficio N° 17-2015 notificado con fecha 14 de enero de 2015, obrante a fojas 57 del expediente, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.
 - c) Por escrito de registro N° 201400168379 de fecha 23 de enero de 2015, CERRO VERDE presentó sus descargos al presente procedimiento administrativo sancionador.
2. A través del escrito de registro N° 201400168379 de fecha 16 de febrero de 2016, CERRO VERDE interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Minera N° 270-2016, de acuerdo a los siguientes fundamentos:



ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la supuesta vulneración de los Principios de Legalidad y Razonabilidad

- a) Se está contraviniendo el Principio de Legalidad dispuesto en el literal d) del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución y el numeral 1 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, pues no existe norma alguna que habilite a la GFM a emplear el criterio mensual para determinar la responsabilidad de CERRO VERDE en la imputación materia del presente procedimiento e imponer sanción³.
- b) En consecuencia, el fallo de la GFM de ejercer una verificación mensual es una decisión infundada desde la perspectiva jurídica, carente de fuente de legitimidad y privada de fundamentación objetiva pues impide tener en cuenta factores que afectan la operación continua de las plantas de beneficio como son los mantenimientos preventivos y correctivos, entre otros y que deben de ser compensadas con una mayor producción a la autorizada en determinados meses del año.
- c) A través del Informe N° 415-2015-MEM-DGM/DTM del 15 de julio de 2015, la DGM establece que la capacidad acumulada anual debe fijarse según el resultado de multiplicar la capacidad diaria de tratamiento de mineral de la planta de beneficio (en toneladas métricas secas) por 365 días contados desde el 01 de enero al 31 de diciembre; y que el TASTEM recientemente ha determinado la aplicación del criterio anual con la emisión de la Resolución N° 221-2015-OS/TASTEM-S2 del 24 de noviembre de 2015, en la cual establece que las decisiones de la autoridad administrativa deben ser las menos gravosas posible; por lo que se consideró como parámetro el tonelaje promedio diario de mineral procesado durante el año objeto de fiscalización.



³ Principio de Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

- d) Por lo anterior, queda demostrado que OSINERGMIN, a través de la Resolución de Gerencia de Fiscalización Minera N° 270-2016, ha actuado de manera contraria al Principio de Razonabilidad al sancionar a la recurrente a través de parámetros mensuales con lo cual se vulnera el Principio de Razonabilidad y por lo tanto debe declararse la nulidad de la resolución apelada.

Sobre la vulneración del Principio de Tipicidad

- e) Se ha vulnerado el Principio de Tipicidad, previsto en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁴, ya que la normativa que tipifica la infracción no define de manera clara y precisa la conducta imputada.

En efecto, tanto la Resolución N° 272-2012-OS/CD, como la Resolución N° 252-2013-OS/CD, modificada por Resolución N° 141-2015-OS/CD, no cumplen con identificar correctamente cuál es el ilícito sancionable, además no puede recurrirse a la analogía o a fórmulas de interpretación para sancionar supuestos de hecho no contemplados en la norma.

- f) Como se advierte, en el citado artículo 38° del RPM, no se establece una prohibición o mandato que deba cumplir el administrado, siendo que se señala el procedimiento para obtener la concesión de beneficio luego de la construcción e instalación de la planta, por lo que no existe disposición alguna que regule la obligación a operar por debajo de determinados límites de producción, ni se hace referencia a la capacidad instalada de las plantas de beneficio.
- g) Cabe mencionar que la vulneración del Principio de Tipicidad involucra la afectación a la debida motivación de los actos administrativos. De acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional⁵, la motivación no sólo expresa bajo qué norma legal se ampara la expedición del acto, sino la necesidad de exponer razones de hecho y el sustento jurídico que justifiquen la decisión adoptada, siendo que en el presente caso, OSINERGMIN no ha justificado ni motivado qué hechos describen el incumplimiento de la norma.

Sobre la nulidad del Oficio que sustenta el Acto Administrativo

- h) Al respecto, el numeral 3 del artículo 234° de la LPAG indica que la notificación del IPAS debe contener, entre otros requisitos, los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden construir y la expresión de las sanciones que se le pueda imputar, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia⁶.

⁴ 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: (...)

4. Tipicidad. - Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 8495-2006-PA/TC:

"un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando sólo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión. De modo que, motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente bajo qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta —pero suficiente— las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada"

⁶ Ley N° 27444

Artículo 234.- Caracteres del procedimiento sancionador Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

- i) Por lo tanto, el hecho de omitir el considerar alguno de los requisitos señalados en la norma vicia de nulidad el acto administrativo; siendo que en el presente caso encontramos que el Oficio no cumple con las características y requerimientos que establece la LPAG toda vez que en ella no se indican las sanciones que pueden imponerse a CERRO VERDE por las infracciones materia de imputación.
 - j) Además, para que OSINERGMIN inicie válidamente un procedimiento administrativo sancionador debe necesariamente, cumplir los requisitos establecidos en el artículo 18° de la Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD, en la cual no se establece ningún tipo de excepción, deviniendo en nula la resolución.
3. A través del Memorándum N° GFM-121-2016, recibido con fecha 09 de marzo de 2016, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la supuesta vulneración de los Principios de Legalidad, Razonabilidad y Tipicidad

4. Respecto a los argumentos contenidos en los literales a) al g) del numeral 2, cabe indicar que, la determinación de la comisión de la infracción imputada se ha sustentado de manera objetiva en base a la constatación realizada en campo por los Supervisores designados por OSINERGMIN, así como en el hecho que la recurrente no presentó a lo largo del procedimiento medios probatorios a fin de acreditar que, durante algunos meses de los periodos 2011, 2012 y 2013, la capacidad de procesamiento autorizada de la Planta de Flotación, Pad Rom y Pad de mineral chancado no fueron superiores a las capacidades autorizadas y que cumplía lo dispuesto en el artículo 38° del RPM.

Cabe manifestar que el Informe de Supervisión en donde se consignaron los hechos constatados por los supervisores, funcionarios a quienes la norma reconoce condición de autoridad, tienen en principio veracidad y fuerza probatoria, al responder a una realidad de hecho apreciada directamente por ellos en ejercicio de sus funciones, quienes realizan sus labores conforme a los dispositivos legales pertinentes.⁷

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

(...)

3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo la calificación de las infracciones que tales hechos pueden construir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia

⁷ RPAS

"Artículo 22". - Inicio del Procedimiento

(...)

22.5. Los Informes Técnicos, actas Probatorias, Cartas de Visita de Fiscalización, Actas de Supervisión, constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos se presume cierta y que responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario".

Si la inspección resultase favorable, la DGM otorga la concesión y autoriza el funcionamiento de la planta. Asimismo, tratándose de solicitudes de modificación de dicha concesión, también debe solicitarse autorización de funcionamiento de la parte modificada.

De lo mencionado se desprende que, la GSM sancionó a la apelante, pues a la fecha de la supervisión, CERRO VERDE no contaba con autorización para operar la Planta de Flotación a una capacidad superior a 108,000 TM/día, el Pad Rom a una capacidad máxima de 9,000 TM/día y el Pad de Mineral Chancado a una capacidad tope de 39,000 TM/día.

Es importante precisar que, de acuerdo a lo establecido en el RPM, corresponde a la DGM como autoridad competente emitir las autorizaciones de construcción y funcionamiento de las Plantas de Beneficio y todos sus componentes, por lo que es dicha entidad la que dispone sus alcances y es OSINERGMIN el ente que fiscaliza que las empresas cuenten con las mismas y le den cumplimiento de conformidad al contenido de dichas autorizaciones.

Asimismo, respecto al Principio de Tipicidad, se debe señalar que el literal d) del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política de 1993 establece que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley⁸.

Por su parte, el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, dispone que sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía⁹.

A su vez, el Tribunal Constitucional en el fundamento N° 6 de la sentencia dictada en el Expediente N° 00197-2010-PA/TC, señala que este Principio constituye una manifestación del Principio de Legalidad en cuanto a los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo, bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal¹⁰.

Bajo este marco legal, se concluye que los requisitos de precisión y claridad en la descripción de la conducta ilícita son exigibles a aquellas normas que tipifican las infracciones imputadas a los administrados dentro del procedimiento sancionador, en la medida que son éstas las que definen aquellas actuaciones u omisiones que se encuentran prohibidas por transgredir la

⁸ Constitución Política de 1993.

"Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: (...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...)

d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley."

⁹ 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: (...)

4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria."

¹⁰ La sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00197-2010-PA/TC se encuentra disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00197-2010-AA.html>.

legislación, en este caso aplicable al ámbito de la gestión de la seguridad de las actividades mineras, y cuya configuración acarrea la imposición de una sanción administrativa.

De este modo, si bien CERRO VERDE sostiene que se habría vulnerado el Principio de Tipicidad, pues el ilícito administrativo imputado no es preciso y ha sido detallado de manera genérica, corresponde señalar que la norma que tipifica la infracción imputada a la apelante y que le fue comunicada desde el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador a través del Oficio N° 17-2015, obrante a fojas 57 del expediente, es la que se detalla a continuación:

NORMA QUE TIPIFICA LA INFRACCIÓN (TIPIFICACIÓN)	NORMA QUE ESTABLECE LA OBLIGACIÓN INCUMPLIDA (BASE LEGAL DE LA TIPIFICACIÓN)
Numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD Resolución N° 286-2010-OS/CD, modificada por Resolución N° 082-2011-OS/CD. Anexo Rubro B: Incumplimiento 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: Hasta 10,000 UIT	Artículo 38° del RPM Artículo 38º 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.

Como puede advertirse de las normas transcritas, la infracción, antes citada se configura por incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 38° del RPM, según el cual se debe contar con la autorización de funcionamiento de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas para operar la Planta de Flotación, Pad Rom y Pad de mineral Chancado.

Por lo tanto, el supuesto de hecho de la infracción al artículo 38° del RPM imputada a CERRO VERDE dentro del presente procedimiento, así como el contenido de la obligación cuyo incumplimiento le sirve de base legal contiene una descripción clara y de fácil comprensión; razón por la cual no se han vulnerado el Principios de Tipicidad, el de Legalidad y la debida motivación, correspondiendo desestimar lo alegado en este extremo.

Con relación a una supuesta vulneración al Principio de Razonabilidad, se verifica que la apelante cuestiona la aplicación de dicho principio manifestando que la metodología para calcular la capacidad instalada no se encuentra acorde con el mismo. En ese sentido, se procederá a analizar este extremo a continuación conjuntamente con el análisis de la metodología aplicada.

Según el fundamento N° 124 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, dictada en el Expediente N° 0004-2006-PT/TC, el Principio de Igualdad en su

manifestación de “igualdad en la aplicación de la ley” constituye un límite a la actuación de órganos públicos tales como los jurisdiccionales y administrativos; el cual exige que, al momento de aplicar las normas jurídicas, no se atribuyan consecuencias jurídicas distintas a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales¹¹.

De esta manera, en el tercer fundamento de su sentencia dictada en el Expediente N° 0016-2002-AI/TC, el referido Organismo Constitucional establece que el Principio de Seguridad Jurídica supone la predictibilidad en la actuación de los poderes públicos frente a supuestos previamente determinados por el Derecho, esto es, la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en saber cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho¹².

En dicho contexto, es preciso señalar que en diversos pronunciamientos emitidos dentro de procedimientos administrativos sancionadores relacionados a la infracción al artículo 38° del RPM, por operar plantas de beneficio por encima de la capacidad autorizada, el voto que este Colegiado ha considerado, corresponde al siguiente criterio¹³:

*“(…) se considera que al no existir parámetro normativo aprobado sobre la metodología para verificar el cumplimiento de la capacidad de tratamiento de las plantas de beneficio, las eventualidades asociadas a la operación y mantenimiento de sus instalaciones, el contenido del Principio de Razonabilidad y que las decisiones de la Autoridad Administrativa deben ser las menos gravosas posibles; **el voto de este Tribunal Administrativo es porque se considere como parámetro el tonelaje promedio diario de mineral procesado durante el año objeto de fiscalización, determinado en función a la información objetiva disponible**; criterio que resulta más beneficioso para los administrados (...)”*

(Negrita y subrayado agregados)

Adicionalmente a ello, cabe indicar que de acuerdo a la Resolución Directoral N° 056-2007-MEM/DGM de fecha 26 de febrero de 2007, la capacidad autorizada de la “Planta de Beneficio Cerro Verde” durante los ejercicios 2011, 2012 y 2013 fue de la siguiente manera:

COMPONENTE	CAPACIDAD AUTORIZADA (TM/día)	RESOLUCIÓN DIRECTORAL DE AUTORIZACIÓN
Planta de Flotación ¹⁴	108,000	056-2007-MEM/DGM (26-02-2007)
Pad Rom	9,000	434-2011-MEM-DGM/V (21-12-2011)
Pad de Chancado de Mineral	39,000	151-02-EM/DGM (21-05-2002)

En atención a lo expuesto, de conformidad con los Principios de Igualdad y Seguridad Jurídica antes descritos, corresponde analizar los hechos imputados a CERRO VERDE según el referido criterio; tomando como parámetro de evaluación el tonelaje promedio diario de mineral procesado durante los ejercicios 2011, 2012 y 2013, el cual será comparado con el tonelaje

¹¹ La Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, dictada en el Expediente N° 0004-2006-PT/TC se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00004-2006-AI.html>

¹² La sentencia Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 0016-2002-AI/TC se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00016-2002-AI.html>

¹³ Cita tomada del numeral 6 de la parte considerativa de la Resolución N° 221-2015-OS/TASTEM-S2 de fecha 24 de noviembre de 2015, emitida en el procedimiento administrativo sancionador tramitado en el Expediente N° 201500011125.

¹⁴ Mediante resolución N° 083-2012-MEM-DGM/v la DGM autorizó la ampliación de la capacidad en la Planta de Flotación de 108,000 TM/día a 120,000 TM/día

diario aprobado en dichos años a efectos de determinar si se configuró o no la infracción al artículo 38° del RPM.

Con relación al ejercicio 2011

En este orden de ideas, debe advertirse que el criterio en torno a la configuración de los ilícitos administrativos por incumplimiento del artículo 38° del RPM constituye un elemento de juicio sobreviniente a la emisión de la resolución de sanción que resulta más favorable a CERRO VERDE y, por tanto, susceptible de evaluación en esta etapa del procedimiento.

De este modo, es de indicar que tomando en consideración la información reportada por CERRO VERDE al Ministerio de Energía y Minas – MEM a través de sus Declaraciones Estadísticas Mensuales de enero a diciembre de 2011, disponibles en el Sistema de Información del Ministerio de Energía y Minas – SIMEM, se advierte que el tonelaje promedio diario de mineral procesados en el PAD ROM y en la Planta de Flotación durante el año 2011 fueron de 30, 515 TM/día y 115,158 TM/día respectivamente; cantidades que se encuentran por encima de las capacidades autorizadas que son 9,000 TM/día y 108,000 TM/día; por lo que se configuró la infracción materia de análisis en dicho periodo¹⁵.

También, cabe señalar que realizado el cálculo respecto al Pad de Mineral Chancado, se coteja que el tonelaje promedio diario de mineral procesado durante el año 2011 fue de 37,430 TM/día; cantidad que se encuentra dentro de la capacidad autorizada de 39,000 TM/día, por lo que no se configuró la infracción materia de análisis en dicho año¹⁶.

¹⁵ El cálculo realizado en función al promedio diario del año 2011 en el PAD ROM y Planta de Flotación son los que siguen:

PAD ROM						PLANTA DE FLOTACIÓN					
AÑO	MES	DÍAS	TM mensuales	PROMEDIO DIARIO ANUAL	CAPACIDAD AUTORIZADA	AÑO	MES	DÍAS	TM mensuales	PROMEDIO DIARIO ANUAL	CAPACIDAD AUTORIZADA
2011	Enero	31	2,357,287	30,515	9,000	2011	Enero	31	3,456,511	115,158	108,000
	Febrero	28	1,973,888				Febrero	28	3,375,165		
	Marzo	31	1,451,253				Marzo	31	3,669,240		
	Abril	30	894,372				Abril	30	3,682,416		
	Mayo	31	1,262,844				Mayo	31	3,448,944		
	Junio	30	245,163				Junio	30	3,796,446		
	Julio	31	768,783				Julio	31	3,521,295		
	Agosto	31	642,144				Agosto	31	3,425,583		
	Septiembre	30	537,450				Septiembre	30	3,524,121		
	Octubre	31	21,996				Octubre	31	3,228,339		
	Noviembre	30	69,732				Noviembre	30	3,350,961		
	Diciembre	31	912,972				Diciembre	31	3,553,719		
TOTAL			11,137,884			TOTAL			42,032,740		

¹⁶ El cálculo realizado en función al promedio diario del año 2011 en el PAD de mineral chancado, es el que sigue:

AÑO	MES	DÍAS	TM mensuales	PROMEDIO DIARIO ANUAL	CAPACIDAD AUTORIZADA
2011	Enero	31	1,174,231	37,430	39,000
	Febrero	29	1,112,861		
	Marzo	31	1,178,970		
	Abril	30	1,086,579		
	Mayo	31	1,231,395		
	Junio	30	1,147,248		
	Julio	31	1,244,970		
	Agosto	31	1,223,901		
	Septiembre	30	1,144,095		
	Octubre	31	1,002,111		
	Noviembre	30	1,019,310		
	Diciembre	31	1,133,625		
TOTAL			13,699,296		

Respecto a ello, es oportuno señalar 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 favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros¹⁷.

En consecuencia, de conformidad con el citado artículo 203° de la Ley N° 27444, en concordancia con el primer párrafo del numeral 30.2 del artículo 30° del Procedimiento aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD, corresponde disponer la revocación de la Resolución N° 270-2016 de fecha 25 de enero de 2016, en el extremo referido a la declaración de responsabilidad y multa impuesta por la infracción al artículo 38° del RPM en lo relativo al año 2011 respecto al Pad de Mineral Chancado, así como el archivo definitivo del presente procedimiento administrativo sancionador en tal parte.¹⁸

Adicionalmente a ello, es pertinente acotar que el ejercicio de la facultad revocatoria en el presente caso no genera perjuicios a terceros en la medida que de acuerdo al Principio de Causalidad previsto en el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444 y el artículo 10° del Reglamento aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD, la sanción impuesta sólo afecta a la apelante en su calidad de agente infractor¹⁹.

Respecto al ejercicio 2012

Sobre el particular, cabe indicar que realizado el cálculo en función al criterio establecido líneas arriba y la información contenida en los balances metalúrgicos, así como la Declaración Estadística Mensual de diciembre de 2012; se verifica que el tonelaje promedio diario de mineral procesado en el PAD ROM durante el año 2012 fue de 10,104 TM/día; cantidad que se encuentra por encima de la capacidad autorizada de 9,000 TM/día, por lo que se configuró la infracción materia de análisis en dicho periodo.²⁰

¹⁷ 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.

¹⁸ Resolución N° 272-2012-OS/CD.

Artículo 30.- Archivo. (...)

30.2. 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. Del mismo modo, el procedimiento sancionador podrá ser archivado por la derogación de la norma que estableció la infracción, por la aplicación de los principios non ibis idem o retroactividad benigna, o por cualquier supuesto que implique la imposibilidad jurídica de continuar con el procedimiento. (...)

¹⁹ 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: (...)

8. Causalidad. - La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

Resolución N° 272-2012-OS/CD.

Artículo 10.- Naturaleza de la sanción.

La sanción es la consecuencia jurídica punitiva de carácter administrativo, que se deriva de la verificación de una infracción administrativa cometida por las personas naturales, personas jurídicas, patrimonios autónomos, sucesiones indivisas, contratos de colaboración empresarial, tales como consorcio, joint venture, asociación en participación y similares, u otros entes colectivos, en el caso que corresponda atribuirles responsabilidad administrativa.

²⁰ El cálculo realizado en función al promedio diario del año 2012 en el PAD ROM y Planta de Flotación son los que siguen:

Además, cabe señalar que realizados los cálculos respecto a la Planta de Flotación y al Pad de Mineral Chancado, se coteja que los tonelajes promedio diarios de mineral procesados durante el año 2012 fueron 114,253 TM/día y 35,102 TM/día, respectivamente; cantidades que se encuentran dentro de las capacidades autorizadas que son 120,000 TM/día y 39,000 TM/día, por lo que no se configuraron las infracciones materia de análisis en dicho año²¹ respecto a la Planta de Flotación y al Pad de Mineral Chancado.

Al respecto, es oportuno referir 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 favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.

En consecuencia, de conformidad con el citado artículo 203° de la Ley N° 27444, en concordancia con el primer párrafo del numeral 30.2 del artículo 30° del Procedimiento aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD, corresponde disponer la revocación de la Resolución N° 270-2016 de fecha 25 de enero de 2016, en el extremo referido a la declaración de responsabilidad y multa impuesta por la infracción al artículo 38° del RPM, en lo relativo al año 2012 respecto a la Planta de Flotación y al Pad de Mineral Chancado; así como el archivo definitivo del presente procedimiento administrativo sancionador en tal parte.

Adicionalmente a ello, es pertinente acotar que el ejercicio de la facultad revocatoria en el presente caso no genera perjuicios a terceros en la medida que de acuerdo al Principio de



PAD ROM					
AÑO	MES	DÍAS	TM mensuales	PROMEDIO DIARIO ANUAL	CAPACIDAD AUTORIZADA
2012	Enero	31	339,795.00	10,104	9,000
	Febrero	29	418,281.00		
	Marzo	31	269,892.00		
	Abril	30	394,653.00		
	Mayo	31	961,539.00		
	Junio	30	452,115.00		
	Julio	31	232,917.00		
	Agosto	31	81,345.00		
	Septiembre	30	304,878.00		
	Octubre	31	88,683.00		
	Noviembre	30	124,323.00		
	Diciembre	31	29,718.00		
TOTAL			366	3,698,139	

²¹ El cálculo realizado en función al promedio diario del año 2012 en la Planta de Flotación y el PAD de material chancado es el que sigue:

PLANTA DE FLOTACIÓN					
AÑO	MES	DÍAS	TM mensuales	PROMEDIO DIARIO ANUAL	CAPACIDAD AUTORIZADA
2012	Enero	31	3,349,875.00	114,253	120,000
	Febrero	29	2,903,166.00		
	Marzo	31	3,810,729.00		
	Abril	30	3,207,300.00		
	Mayo	31	3,643,485.00		
	Junio	30	3,388,263.00		
	Julio	31	3,265,524.00		
	Agosto	31	3,978,156.00		
	Septiembre	30	3,223,077.00		
	Octubre	31	3,558,693.00		
	Noviembre	30	3,966,633.00		
	Diciembre	31	3,521,541.00		
TOTAL			366	41,816,442	

PAD DE MINERAL CHANCADO					
AÑO	MES	DÍAS	TM mensuales	PROMEDIO DIARIO ANUAL	CAPACIDAD AUTORIZADA
2012	Enero	31	960,006	35,102	39,000
	Febrero	29	889,515		
	Marzo	31	1,106,577		
	Abril	30	968,871		
	Mayo	31	1,160,919		
	Junio	30	1,098,657		
	Julio	31	1,144,479		
	Agosto	31	1,221,993		
	Septiembre	30	1,138,209		
	Octubre	31	1,181,664		
	Noviembre	30	879,633		
	Diciembre	31	1,096,629		
TOTAL			366	12,847,152	

Causalidad previsto en el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444 y el artículo 10° del Reglamento aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD, la sanción impuesta sólo afecta a la apelante en su calidad de agente infractor.

Con relación al ejercicio 2013

Luego, tomando en consideración la información reportada por CERRO VERDE al Ministerio de Energía y Minas – MEM a través de sus Declaraciones Estadísticas Mensuales de enero a diciembre de 2013, disponibles en el Sistema de Información del Ministerio de Energía y Minas – SIMEM, se advierte que el tonelaje promedio diario de mineral procesado en el PAD ROM durante el año 2013 fue de 29,393 TM/día; cantidad que se encuentra por encima de la capacidad autorizada de 9,000 TM/día, por lo que se configuró la infracción materia de análisis en dicho periodo²².



En cuanto a la multa

Al respecto, se debe advertir que de acuerdo al numeral 5 de la parte considerativa y el Anexo N° 1 de la Resolución recurrida, la multa impuesta por la infracción al artículo 38° del RPM se calculó siguiendo la metodología y criterios específicos aprobados por Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG, publicada con fecha 23 de noviembre de 2013 y tomando en consideración el supuesto de verificación mensual y no el anual aplicado por este Colegiado.



En tal sentido, habiéndose dispuesto la revocación de la resolución de sanción en el extremo referido a la infracción al artículo 38° del RPM por los hechos vinculados al ejercicio 2011 y 2012 del Pad de mineral chancado y del año 2012 de la Planta de Flotación; en aplicación de los Principios de Economía Procesal y Celeridad, corresponde realizar un nuevo cálculo de la multa, considerando la citada Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG y los hechos vinculados al ejercicio 2011 y 2012 del Pad de Mineral Chancado y 2012 de la Planta de Flotación.

Ahora bien, siguiendo la base metodológica e información detallada en el numeral 1 del Anexo de la resolución recurrida, se obtiene lo siguiente:

Factor B o beneficio ilícito del Pad Rom:

²² El cálculo realizado en función al promedio diario del año 2013 es el que sigue:

PAD ROM					
AÑO	MES	DÍAS	TM mensuales	PROMEDIO DIARIO ANUAL	CAPACIDAD AUTORIZADA
2013	Enero	31	645,210.00	29,393	9,000
	Febrero	28	924,375.00		
	Marzo	31	1,556,553.00		
	Abril	30	1,203,615.00		
	Mayo	31	937,119.00		
	Junio	30	970,545.00		
	Julio	31	1,591,470.00		
	Agosto	31	800,049.00		
	Septiembre	30	417,222.00		
	Octubre	31	250,146.00		
	Noviembre	30	654,498.00		
	Diciembre	31	777,582.00		
TOTAL			365	10,728,384	

Periodo	Utilidad Neta (S/.)	Beneficio ilícito ²³
2011	252,303,915.25	4,304,175.66
2012	1,007,304,197.93	16,740,574.47
2013	140,775,118.12	2,274,523.56
Beneficio Ilícito		23,319,273.69
TOTAL		155,068,479.71 ²⁴

Factor B o beneficio ilícito de la Planta de Flotación:

Periodo	Utilidad Neta (S/.)	Beneficio ilícito ²⁵
2011	3,093,022,244.80	37,347,145.58
Beneficio Ilícito		37,347,145.58

Aplicación de metodología

Cuadro N° 1

Detalle	Pad Rom	Planta de Flotación	Monto
Monto Valor base calculada B/P (S/.)	155,068,479.71	37,347,145.58	192,415,625.29
Valor Tope, VT (S/.)	31,833,199.3	7,666,800.7	39,500,000
Factor por comisión de infracción	0.10	0.10	-
Valor Base Graduado (S/.)	3,183,319.93	766,680.07	3,950,000
Factor de Reincidencia			0.95
Multa Calculada (S/.)			3,752,500
Multa (UIT)			950 UIT

En atención a lo expuesto, corresponde declarar **FUNDADO EN PARTE** este extremo de la apelación y establecer que la multa aplicable por la infracción al artículo 38° del RPM asciende a 950 UIT.

Sobre la nulidad del Oficio que sustenta el Acto Administrativo

- Con relación a lo sostenido en los literales h) al j) del numeral 2 de la presente resolución, debe precisarse que el Principio de Debido Procedimiento regulado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, establece que los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho²⁶.

²³ A las utilidades obtenidas durante el periodo 2011, 2012 y 2013 se deben de ajustar por la participación asociada al Pad Rom (4.93%), el factor de exceso (50.63%) y el valor agregado de la planta metalúrgica (60.06%)

²⁴ Corresponde a la suma de S/. 131,749,206.01 y S/. 23,319,273.69, de acuerdo al Informe Técnico N° GFM-41-2016 del 25 de enero de 2016 y el anexo N° 1 de la Resolución N° 270-2016.

²⁵ A las utilidades obtenidas durante el periodo 2011 se deben de ajustar por la participación de la planta de flotación (74.42%), el factor de exceso (6.49%) y el valor agregado de la planta metalúrgica (0.25)

²⁶ Ley N° 27444

Sobre el particular, MORÓN URBINA ha señalado que este Principio se proyecta como un conjunto de derechos que forman parte de un estándar mínimo de garantía para los administrados que involucra la aplicación en sede administrativa de los derechos concebidos originalmente en sede judicial, dentro de los cuales encontramos al denominado derecho de defensa y el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho²⁷.

De allí, que el derecho de defensa garantice al administrado la posibilidad de contradecir y formular argumentos de descargo en protección de sus derechos e intereses legítimos, acompañando el respectivo sustento probatorio, dentro del procedimiento administrativo sancionador, siendo que dicho derecho se verá afectado cuando el administrado se vea imposibilitado de ejercer los medios de defensa que le franquea la ley.

Respecto a las deficiencias del Oficio de Inicio de Procedimiento Administrativo Sancionador N° 17-2015, obrante a fojas 57 del expediente, cabe precisar que contrariamente a lo afirmado por la recurrente, en ésta sí se consignó debidamente los hechos imputados, la tipificación de las infracciones sancionables según el numeral 1.3.2 del rubro B del Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD, además de adjuntarse el Informe de Inicio de PAS N° 1321-2014 y las actas de supervisión.

En tal sentido, de la revisión y análisis de los actuados que obran en el expediente se advierte que el Oficio de Inicio de PAS N° 17-2015 de fecha 06 de enero de 2015 cumple con todos los requisitos establecidos por la LPAG. Por lo tanto, este extremo del recurso de apelación deviene infundado.

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 EN PARTE** el recurso de apelación interpuesto por **SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE S.A.A.**, respecto a la Resolución de Gerencia de Fiscalización Minera N° 270-2016 de fecha 25 de enero de 2016 en el extremo referido a la infracción al artículo 38° del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM en relación al Pad de Mineral chancado de los años 2011 y 2012, y la Planta de Flotación del año 2012; y, en consecuencia, disponer el **ARCHIVO** del presente procedimiento administrativo sancionador en dichos extremos; asimismo **CONFIRMAR** la referida resolución respecto a la responsabilidad administrativa y cálculo de la multa de la infracción por vulneración al artículo 38° del Reglamento de Procedimientos Mineros en lo referente al PAD ROM en el periodo comprendido en los años 2011, 2012 y 2013 y Planta de Flotación en el periodo 2011.

²⁷Artículo 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.

²⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima. 8° edición, 2009, pág. 64 a 67.

Artículo 2°.- Establecer que la multa total impuesta a **SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE S.A.A.**, queda establecida en 950 (novecientos cincuenta) UIT por las razones indicadas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Alfredo Juan Carlos Dammert Lira, Mario Antonio Nicolini del Castillo y Héctor Adrián Chávarry Rojas.



ALFREDO JUAN CARLOS DAMMERT LIRA
PRESIDENTE