

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 109-2017-OS/TASTEM-S2

Lima, 15 de mayo de 2017

VISTO:

El Expediente N° 201400144628 que contiene el recurso de apelación interpuesto por EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A., representada por los señores Marcela Cecilia Benites Vásquez y Manuel Ángel Martínez Silva contra la Resolución de Gerencia General N° 1401-2016 de fecha 10 de mayo de 2016, mediante la cual se le sancionó por incumplir el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM y el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución N° 1401-2016, la Gerencia General, en adelante GG, sancionó a EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A., en adelante LOS QUENUALES con una multa de 951.02 (novecientos cincuenta y uno con dos centésimas) UIT, por incumplir el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, en adelante RPM, y el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM, en adelante RSSO, conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Infracción al artículo 38° del RPM¹ Durante la supervisión se verificó que se había dispuesto relaves en el depósito de relaves Chinchán sobrepasando en 15.45 m la cota de disposición máxima de 4469 msnm.	Numeral 1.3.2 del Rubro B ²	950 UIT



¹ 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.

² Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD y modificatorias

Anexo: Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras
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 refinarias)

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. R.D. N° 1073-2008-MEM-DGM.

Sanción: Hasta 10,000 UIT



Infracción al artículo 353° del RSSO³ Durante la supervisión se verificó que el depósito de relaves Chinchán se encontraba sin barandas y/o mallas.	Numeral 1.1.12 del Rubro B ⁴	1.02 UIT
TOTAL		951.02 UIT⁵

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- a) Durante los días 22 al 24 de agosto de 2012 se efectuó una supervisión a la unidad minera "Yauliyacu", de titularidad de LOS QUENUALES⁶, a cargo de supervisores designados por OSINERGMIN.
 - b) A través del Oficio N° 1529-2014 notificado a LOS QUENUALES el 11 de noviembre de 2014, que obra a fojas 36 del expediente, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.
 - c) Mediante escrito del 5 de diciembre de 2014, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201400144628, la recurrente presentó sus descargos.⁷
2. Por escrito del 3 de junio de 2016, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201400144628, LOS QUENUALES interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de General N° 1401-2016, solicitando como pretensión principal la nulidad de la misma y como pretensión subordinada su revocación y archivo del procedimiento, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la vulneración a los Principios de Debido Procedimiento, Verdad Material, Presunción de Licitud, Impulso de Oficio, Conducta Procedimental y Predictibilidad

- a) La infracción sancionada no guarda relación con la imputación de cargos que se formuló al inicio del presente procedimiento, lo cual vulnera su legítimo y oportuno derecho de defensa, así como el Principio del Debido Procedimiento dispuesto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo

³ RSSO

"Artículo 353°.- Los canales, zanjas, pozas, cochas, depósitos de relaves, pasillos, gradas y vías de tránsito de trabajadores y materiales estarán iluminados en toda su longitud con niveles no menores de 300 a 500 lux. Adicionalmente estarán protegidos con barandas y/o mallas para evitar caídas de trabajadores."

⁴ 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 Ocupacional para las Actividades Mineras

Rubro B - Incumplimiento de Normas Técnicas de Seguridad Minera

1. Incumplimiento de Normas de Diseño, Instalación, Construcción, Montaje, Operación, Proceso, Control de Terreno

1.1. En minería subterránea

1.1.12 Barandas y mallas

Base legal: Arts. 353° del RSSO

Sanción: Hasta 100 UIT

⁵ Cabe precisar que para la determinación y graduación de las sanciones se consideró el Anexo que forma parte de la resolución impugnada, en el cual se detallan los criterios, metodología y la probabilidad de detección aplicados, y que fueron aprobados por las Resoluciones de Gerencia General N° 035 y 256-2013 publicadas en el Diario Oficial El Peruano con fecha 03 de febrero de 2011 y 23 de noviembre de 2013, respectivamente.

⁶ La Unidad Minera "Yauliyacu" se encuentra ubicada en el distrito de Chicla, provincia de Huarochirí y departamento de Lima.

⁷ Con escrito del 18 de noviembre de 2014, LOS QUENUALES solicitó ampliación del plazo para presentar descargos, lo fue concedido con Oficio N° 924-2014-OS-GFM notificado el 27 de noviembre de 2014.

Cabe precisar que en el escrito de descargos solicitó el uso de la palabra. El Informe oral fue otorgado por Oficio N° 181-2015-OS-GFM notificado a LOS QUENUALES el 24 de marzo de 2015 y se llevó a cabo el 1 de abril de 2015.

General y el numeral 4 del artículo 234° de la citada norma.⁸ En efecto, se impidió su derecho de conocer todos los cargos imputados desde el inicio lo cual restringió su derecho de presentar oportunamente los descargos y pruebas correspondientes.

Sobre la base de la imputación de cargos y los documentos que la sustentaban, su empresa entendió que la infracción al artículo 38° del RPM estaba referida a que no contaba con autorización de funcionamiento para el recrecimiento del depósito de relaves Chinchán a partir de la cota de 4469 msnm hasta la cota de 4490 msnm y en base a ello presentó su defensa en los descargos, así como en el informe oral realizado el 1 de abril de 2015.

Sin embargo, la resolución impugnada introdujo nuevos hechos y elementos que no estaban claramente precisados y/o que no eran claros en la imputación de cargos, como los siguientes:

- Que se habían modificado los parámetros de operación del depósito de relaves Chinchán a partir de la cota 4469 msnm.
- Que a partir de la cota 4476 msnm se inició la construcción de un dique con material de desmonte de mina.
- Que, dicho recrecimiento con material de desmonte requería una autorización de funcionamiento.
- Que, se había sobrepasado en 8.45 m la cota de disposición de relaves de 4476 msnm.

En ninguna parte de la imputación de cargos se hace referencia de manera clara y precisa a estos nuevos hechos y elementos introducidos al final del procedimiento, los cuales fueron determinantes para configurar la supuesta comisión de la infracción al artículo 38° del RPM. Dicha situación no le permitió ejercer adecuadamente su derecho de defensa⁹, vulnerando las garantías al debido proceso que le asisten como administrado conforme a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 230° de la Ley N° 27444. En ese sentido, se ha incurrido en las causales de nulidad establecidas en los numerales 1 y 2 del artículo 10° de la citada Ley.

- b) La resolución impugnada transgrede los Principios de Verdad Material, Impulso de Oficio y Presunción de Licitud, pues la primera instancia sólo sustentó su decisión en base a la lectura de determinados documentos (resoluciones), un plano y una fotografía, los cuales no demuestran que efectivamente a partir de la cota 4476 msnm se efectuó la construcción de un dique por su empresa con material de desmonte de mina en el depósito de relaves Chinchán.

Las resoluciones que fueron mencionadas por la GG sólo describen las autorizaciones otorgadas por el Ministerio de Energía y Minas, mientras que la fotografía hace alusión en su leyenda a una supuesta falta de autorización de funcionamiento del depósito de relaves Chinchán, y el plano indica la cota de la playa del referido depósito, pero ninguna de estas pruebas acredita la disposición de desmontes en la presa a partir de la cota 4476 msnm.

⁸ Cita a MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: Gaceta Jurídica. 2009. Octava Edición Revisada, pág. 737.
Además, hace referencia a la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC.

⁹ E profesor Juan Carlos Morón Urbina señala que la estructura de defensa de los administrados reposa en la confianza en la notificación preventiva de cargos. MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op. Cit. Pág. 738.

Agrega que la Guía sobre la aplicación del Principio – Derecho del Debido Proceso en los Procedimientos Administrativos del Ministerio de Justicia (2013), también reconoce la indisoluble relación entre la notificación oportuna de los cargos que se imputan a un administrado y el ejercicio adecuado de su derecho de defensa.

Por ello, la imputación determinada en la resolución impugnada resulta contradictoria con el Oficio de inicio del procedimiento, toda vez que en éste se reconoció que su empresa descargó “relaves” y no “desmontes” en el depósito de relaves Chinchán por encima de la cota 4476 msnm. Lo expuesto en el citado Oficio también coincide con lo consignado en el Informe de Inicio del PAS N° 1117-2014 del 31 de octubre de 2014.

La actuación de la GG significa una violación al Principio de Verdad Material previsto en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, para acreditar de manera objetiva la comisión de la infracción al artículo 38° del RPM. Además, transgrede el Principio de Impulso de Oficio, toda vez que no se ha desplegado ninguna actividad probatoria que sirva para esclarecer y/o demostrar de manera fehaciente que a partir de la cota de 4476 msnm se inició la construcción de un dique con material de desmonte de mina en el depósito de relaves Chinchán.

Lo expuesto anteriormente también implica una vulneración al Principio de Presunción de Inocencia y/o Licitud, establecido en el literal e) del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú y en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444, pues la imputación se sustenta en documentos que no acreditan que a partir de la cota de 4476 msnm se inició la construcción de un dique por parte de su empresa con material de desmonte de mina.

Igualmente, agrega que la resolución impugnada adolece de motivación, infringiendo el requisito de validez del acto administrativo referido a la debida motivación, establecido en el numeral 3 del artículo 4 de la citada Ley, incurriendo en causal de nulidad.¹⁰

- c) Asimismo, se han lesionado los Principios de Conducta Procedimental y Confianza Legítima (Predictibilidad), lo cual acarrea la nulidad de la resolución impugnada de acuerdo a lo previsto en el numeral 1 del artículo 10° de la Ley N° 27444.¹¹ En efecto, en ningún extremo de la imputación de cargos se hace referencia de manera clara y precisa a los nuevos hechos y elementos que fueron introducidos por la resolución impugnada y que determinaron la sanción impuesta.

En el citado informe se demuestra que su empresa paralizó el recrecimiento de la presa de relaves Chinchán con material de desmonte de mina desde abril de 2008 en cumplimiento de una recomendación formulada por la empresa supervisora designada por OSINERGMIN, y continuó el recrecimiento con material de relaves grueso, conforme se encontraba contemplado originalmente en la autorización otorgada por el Ministerio de Energía y Minas, en adelante MINEM, que la faculta a funcionar hasta la cota de 4490, tal como lo reconoció la primera instancia en la resolución impugnada.

No se incorporó al expediente el Informe de Supervisión elaborado por la empresa Servicios Completo en Ingeniería S.R.L. de agosto de 2012, el cual contiene información relevante que desvirtúa la infracción imputada, razón por la que adjunta dicho informe a su recurso. Además, el citado documento tampoco le fue notificado, por lo que tuvo que solicitar una copia simple, que fue atendida como acceso a la información pública. Dicha actuación evidencia una violación al Principio de Conducta Procedimental y a lo previsto en el numeral

¹⁰ Sobre la debida motivación cita los fundamentos jurídicos 12, 13, 14 y 15 de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03891-2011-PA/TC.

¹¹ Cita a MORÓN URBINA, Juan Carlos: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”. Gaceta Jurídica. Págs. 78, 79 y 80.

18.3.1 y 18.6 del artículo 18° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN.

De otro lado, indicó que la verificación del cumplimiento al 100% de las recomendaciones dejadas en abril de 2008 generó la apariencia legítima de que su implementación acreditaba el cumplimiento por parte de su empresa y que la autoridad administrativa tenía pleno conocimiento de la paralización realizada del recrecimiento de la presa de relaves con material de préstamo, continuando con material de relaves grueso. En ese sentido, no se podía imputar posteriormente, la infracción por haber realizado el recrecimiento con material de préstamo, lo cual vulnera evidentemente el Principio de Predictibilidad establecido en el numeral 1.15 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

Respecto a la presunta infracción al artículo 38° del RPM: Por disponer relaves en el depósito de relaves Chinchán sobrepasando en 15.45 m la cota de disposición máxima de 4469 msnm.

- d) El 1 de abril de 2008, la Gerencia de Fiscalización Minera llevó a cabo una supervisión especial a la presa de relaves Chinchán, con la finalidad de comprobar el cumplimiento de las indicaciones dadas en el Informe GFM-068-2008 del 25 de marzo de 2008. Como conclusiones, se dispuso paralizar de manera inmediata el recrecimiento de la cresta con material de préstamo y el retiro de todo el material colocado en la última capa por estar supuestamente contaminado.

Como se señaló anteriormente, en el informe de supervisión de agosto de 2012 se indicó que su empresa cumplió al 100% con la recomendación dispuesta referida a la paralización del recrecimiento con material de préstamo, continuando con relaves grueso. Dicha situación, acredita que no ejecutó ningún recrecimiento del depósito de relaves Chinchán con material de préstamo en cumplimiento a la recomendación antes descrita.

- e) En el Expediente N° 1858281, solicitó el recrecimiento del citado depósito de relaves de la cota 4476 msnm hasta la cota 4479 msnm con material de desmonte de mina, seguido de un recrecimiento con relaves gruesos (relave cicloneado) hasta la cota máxima de 4490 msnm y en atención a ello se expidió la Resolución N° 548-2009-MEM/DGM/V de fecha 24 de junio de 2009. Sin embargo, el cambio de esta condición de diseño (desmonte de mina seguido de relave grueso) no fue ejecutado por su empresa, debido al tiempo que tomó obtener la referida autorización de construcción y el mejoramiento que se tuvo en la producción de relave grueso.

Esta autorización no lo obliga legalmente a ejecutar las obras que fueron autorizadas por el MINEM; no obstante la autoridad administrativa asumió lo contrario, sustentando su afirmación únicamente en la resolución de autorización sin actuar algún medio probatorio adicional.

Además, sobre la base de la Memoria Descriptiva y demás información complementaria presentada también en el procedimiento N° 1777171, la Dirección General de Minería del MINEM expidió la Resolución N° 474-2014-MEM-DGM/V con fecha 9 de octubre de 2014, mediante la cual aprobó el funcionamiento del depósito de relaves Chinchán, ubicado en la Concesión de Beneficio "Chinchán 1", otorgada para depósito de relaves de la Planta Concentradora "Casapalca", en su etapa de recrecimiento hasta su cota máxima de almacenamiento de 4,490 msnm, respetando el borde libre de 2 m.



Por lo tanto, si no efectuó recrecimiento con material de desmonte de mina, entonces si contaba con autorización de funcionamiento para seguir recreciendo con relave grueso, pues este parámetro de operación no fue modificado por su empresa, tal como se desprende de la autorización emitida por el MINEM en la Resolución N° 626-2008-MEM-DGM/V.

Agrega que aun cuando su empresa contaba con la autorización de construcción del depósito de relaves con relaves gruesos hasta la cota 4490 desde que obtuvo la autorización del 29 de diciembre de 2000, gestionó nuevas resoluciones debido a los cambios de diseño que no fueron finalmente ejecutados. Esto no enerva que haya contado con la respectiva autorización y licencia inicial; en ese sentido, ha quedado demostrado que no incurrió en infracción administrativa por lo que se debe declarar fundado el recurso en este extremo.

En cuanto a la supuesta infracción al artículo 353° del RSSO: El depósito de relaves Chinchán se encontraba sin barandas y/o mallas

- f) La resolución impugnada no ha tomado en consideración que el lugar de tránsito principal de los trabajadores durante el crecimiento del dique por el método de disposición por cicloneo es la corona del dique en toda su longitud. Por este método de disposición, la corona de disposición, la corona del dique está en crecimiento progresivo, lo que no permite colocar barandas fijas, además, tiene un ancho mínimo de 10 m, lo cual ocasiona que el tránsito del personal durante la operación sea seguro.

No se ha evaluado que la situación es distinta cuando se trata de un dique construido previo a la operación, en el que sí se puede y debe acondicionar una baranda de protección en toda su longitud, que no es el caso del depósito de relaves Chinchán.

Sin embargo, en virtud a la recomendación dispuesta, se ha instalado el cerco perimétrico a lo largo del camino de tránsito adyacente a la margen derecha del depósito. Este cerco impide el eventual y/o esporádico ingreso de animales y personas a áreas cercanas al depósito y también se ha instalado un sistema de iluminación. Adjunta dos vistas fotográficas para acreditar estas afirmaciones.

Por lo tanto, no se tomó en cuenta la situación particular del crecimiento de la presa de relaves Chinchán, que debido a su recrecimiento progresivo no permite colocar barandas fijas; en ese sentido, no ha incurrido en infracción al artículo 353° del RSSO, debiendo declararse fundado este extremo del recurso de apelación.

Argumentos adicionales

- g) En virtud de lo dispuesto en el artículo 216° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y el numeral 27.7 del artículo 27° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN, solicita se suspenda la ejecución de la resolución impugnada.
- h) Se reserva su derecho de ampliar los argumentos expuestos en su recurso de apelación conforme lo establecido en el artículo 161° de la citada ley.
- i) Conforme lo dispuesto en el numeral 18.8 del artículo 18° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN solicita el uso de la palabra.



3. A través del Memorándum N° GSM-291-2016, recibido el 15 de junio de 2016, la Gerencia de Supervisión Minera remitió a la Sala 2 del TASTEM el expediente materia de análisis.
4. Con escrito del 10 de agosto de 2016, registrado por OSINERGMIN en el expediente N° 201400144628, LOS QUENUALES amplió su recurso de apelación presentado el 3 de junio de 2016, solicitando el archivo del procedimiento administrativo sancionador en virtud a lo siguiente:

Respecto a la infracción al artículo 38° del RPM: Se dispuso relaves en el depósito de relaves Chinchán sobrepasando en 15.45 m la cota de disposición máxima de 4469 msnm.

- a) Si su empresa no efectuó ningún recrecimiento con material de desmonte de mina, entonces sí contaba con autorización de funcionamiento para continuar recreciendo con relave grueso, pues este parámetro de operación no fue modificado, tal como se verifica de la autorización otorgada por el MINEM mediante la Resolución N° 626-2008-MEM-DGM/V y que fue reconocido en la resolución impugnada.
- b) Mediante Oficio N° 1066-2016-MEM/DGM de fecha 14 de julio de 2016, notificado el 15 de julio de 2016, la Dirección General de Minería del MINEM remitió el Informe N° 910-2016-MEM-DGM/DNM del 7 de julio de 2016, en el cual concluye, entre otros, lo siguiente:

"Antes de la entrada en vigencia del D.S. N° 020-2012-EM, los procedimientos de otorgamiento de concesión de beneficio o de modificación de las concesiones de beneficio, contemplaban la autorización de la Planta y sus componentes aprobado por la Dirección General de Minería, no indicando que su construcción y la autorización de funcionamiento podrían ser por etapas"

- c) De acuerdo a ello, queda demostrado que no incurrió en infracción al artículo 38° del RPM, por lo que se debe declarar fundado el recurso interpuesto y la nulidad y revocación de la resolución impugnada. Además, en virtud del artículo 161° de la Ley N° 27444 se reserva el derecho de ampliar sus argumentos.
5. Por escrito del 7 de febrero de 2017, registrado por OSINERGMIN en el expediente N° 201400144628, LOS QUENUALES amplió su recurso de apelación presentado el 3 de junio de 2016, solicitando la revocación del artículo 2° de la resolución impugnada, de acuerdo a lo siguiente:

Sobre la supuesta infracción al artículo 353° del RSSO: El depósito de relaves Chinchán se encontraba sin barandas y/o mallas

- a) El 5 de octubre de 2012, cumplió con presentar a OSINERGMIN el Informe de Cumplimiento de las Recomendaciones derivadas de la supervisión realizada del 22 al 24 de agosto de 2012. En efecto, en dicho documento comunicó que completó el enmallado del cerco perimétrico del depósito de relave Chinchán. (Subrayado agregado)

No obstante, mediante Oficio N° 1529-2014 notificado el 11 de noviembre de 2014, se inició procedimiento administrativo sancionador a LOS QUENUALES por infringir lo dispuesto en el artículo 353° del RSSO, lo cual fue sancionado posteriormente en la resolución impugnada. (Subrayado agregado)

El 21 de setiembre de 2016 fue publicado el Decreto Legislativo N° 1272, que modifica varios artículos de la Ley N° 27444, entre los cuales se encuentra el literal f) del artículo 236°-A, el

cual establece que constituye condición eximente de la responsabilidad por infracción, la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3 del artículo 235°.

Asimismo, se debe considerar el Principio de Irretroactividad previsto en el numeral 5 del artículo 230 de la Ley N° 27444, por el cual son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.

En este sentido, el autor Juan Carlos Morón Urbina ha señalado que la aplicación práctica del Principio de Retroactividad Benigna en materia administrativo sancionadora implica que, si luego de la comisión de un ilícito administrativo según ley preexistente, se produce una modificación legislativa, y la nueva ley - en su consideración integral- es más favorable para el administrado, se debe aplicar al caso, así no haya estado vigente al momento de la comisión del hecho ilícito, o al momento de su calificación por la autoridad administrativa.¹²

- b) En efecto, subsanó la infracción imputada el 5 de octubre de 2012, es decir, antes de la fecha de notificación del inicio del procedimiento administrativo sancionador (11 de noviembre de 2014); por lo tanto, corresponde aplicar el eximente de responsabilidad previsto en el literal f) del artículo 236°-A de la Ley N° 27444, el cual resulta más favorable.
- c) Por otro lado, considerando que la aplicación del eximente antes citado, constituye un elemento de juicio sobreviniente a la emisión de la resolución impugnada, que resulta más favorable a su empresa, procede su revocación y archivo definitivo del procedimiento, en el extremo de la declaración de responsabilidad e imposición de la sanción por la infracción al artículo 353° del RSSO, conforme lo previsto en el sub-numeral 203.1.3 del numeral 203.1 del artículo 203° de la citada Ley, en concordancia con el primer párrafo del numeral 30.2 del artículo 30° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD.

La facultad revocatoria no genera perjuicios ni daños a terceros pues de acuerdo al Principio de Causalidad, la sanción impuesta sólo afecta a su empresa en calidad de agente infractor.

Indica que la facultad revocatoria, por las nuevas disposiciones establecidas en el Decreto Legislativo N° 1272 ha sido ejercida por el TASTEM de OSINERGMIN en las Resoluciones 004-2017-OS/TASTEM-S2, 011-2017-OS/TASTEM-S2, por lo que corresponde que se ampare favorablemente su pedido. Adjunta copias de las mismas.

- d) Asimismo, conforme al artículo 161° de la Ley N° 27444 se reserva el derecho de ampliar su recurso de apelación.

¹² MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: Gaceta Jurídica, 2001. Pp. 517-518.

6. A través del escrito del 1 de marzo de 2017, registrado por OSINERGMIN en el expediente N° 201400144628, LOS QUENUALES amplió su recurso de apelación presentado el 3 de junio de 2016, conforme a lo siguiente:

- a) Se debe considerar el Informe Final emitido por la empresa MACROCONSULT de enero de 2017, en el cual se efectúa un análisis y revisión de los criterios económicos para la aplicación de la multa impuesta. En las conclusiones del citado informe se indica literalmente lo siguiente:¹³

“Si bien el beneficio ilegalmente obtenido es definido de forma cualitativa como “la utilidad generada como consecuencia del incumplimiento”, no cuenta con una metodología estándar a ser aplicada para su cálculo en los procesos sancionadores.

El cálculo del beneficio ilegalmente obtenido es ad hoc al proceso sancionador, siendo este central para la determinación de la multa. Por lo tanto, el entendimiento del caso y los supuestos utilizados por el equipo técnico de Osinergmin pueden ser materia de discusión y contrastación frente a metodologías alternativas.

En el cálculo de la multa, el equipo de Osinergmin utilizó una serie de supuestos e información que el Asesor considera debían ser contrastados con los estados financieros oficiales del Cliente. Se identificó que la utilidad neta de los años 2010 y 2013 es superior en los estados financieros proporcionados por el Cliente respecto a la presentada por Osinergmin en la RGG.

Asimismo, el Asesor evaluó la razonabilidad de los supuestos aplicados para calcular la participación de la planta de beneficio de Yauliyacu en la utilidad neta de Los Quenuales. Sobre este punto, consideramos que la aproximación de dicha participación a partir del valor de las ventas en la unidad minera Yauliyacu no es apropiada pues omite las diferencias en estructuras de costos y productividad que puede existir entre las dos unidades de la empresa. De hecho, el concepto más (...)”

- b) En el presente caso se ha vulnerado los Principios de Razonabilidad y el Principio del Ejercicio Legítimo de Poder, previstos en los numerales 1.4 y 1.17 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 y sus modificatorias, así como el Principio de Razonabilidad dispuesto en el numeral 3 del artículo 230° de la citada Ley, al considerarse criterios arbitrarios, subjetivos y no razonables al calcular la multa excesiva de 950 UIT en el extremo referido a la infracción al artículo 38° del RPM, por lo que se debe declarar la nulidad de la resolución impugnada y fundado el recurso interpuesto. Adjunta a su escrito el Informe arriba citado.

- c) Finalmente, conforme al artículo 161° de la Ley N° 27444 se reserva el derecho de ampliar su recurso de apelación.

ANÁLISIS

Sobre la determinación de responsabilidad administrativa en virtud de la modificatoria de la Ley N° 27444 por el Decreto Legislativo N° 1272

7. Con relación a lo argumentado en los literales a) al c) del numeral 2 de la presente resolución, debe indicarse que el artículo 103° de la Constitución Política, en concordancia con el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, recoge la regla de la aplicación inmediata de la ley, lo que

¹³ La recurrente indica que de acuerdo al Informe de MACROCONSULT, el valor de la multa calculada por esta es un estimado y tampoco significa un reconocimiento de su importe por parte de LOS QUENUALES, toda vez que mediante este informe queda demostrado que los supuestos utilizados por el equipo técnico de OSINERGMIN pueden ser materia de discusión y contrastación frente a metodologías alternativas.

significa que desde su entrada en vigencia ésta se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas existentes¹⁴.

A su vez, el artículo 109° de la Constitución Política de 1993, recoge el Principio de Publicidad de las Normas, según el cual la ley es obligatoria a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

Cabe señalar que por disposición del Principio de Legalidad previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en adelante T.U.O. de la Ley N° 27444, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas¹⁵.

Ahora bien, corresponde precisar que a través del Decreto Legislativo N° 1272, publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 21 de diciembre de 2016, se modificó la Ley N° 27444; incorporándose en el literal f) del numeral 1 del artículo 236°-A de dicha Ley, la condición eximente de responsabilidad por infracciones administrativas consistente en la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado a título de infracción, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos¹⁶. (Subrayado agregado)

Junto a lo anterior, debe tomarse en cuenta que según el sub-numeral 203.1.3 del numeral 203.1 del artículo 203° de la Ley N° 27444 y sus modificatorias, en concordancia con el sub-numeral 212.1.3 del numeral 212.1 del artículo 212° del T.U.O. de la Ley N° 27444, procede la revocación de los actos administrativos, con efectos a futuro, cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros¹⁷.

¹⁴ Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 103°.- "La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. (...)"

Decreto Legislativo N° 295

Código Civil.

Título Preliminar

Artículo III.- Aplicación de la ley en el tiempo

La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.

Artículo 109°.- La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte."

¹⁵ T.U.O. de la Ley N° 27444

1.1 Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que les estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los cuales les fueron conferidas.

¹⁶ Ley N° 27444 y modificatorias

Artículo 236-A.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 235.

¹⁷ Ley N° 27444 y modificatorias

"Artículo 203.- Revocación (...)

203.1 Cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos: (...)

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

TUO de la Ley N° 27444

Artículo 212.- Revocación (...)

212.1 Cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos: (...)

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



Al respecto, Morón Urbina (2009) refiere que 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 injustificado¹⁸.

Bajo tales consideraciones, este Tribunal Administrativo estima oportuno señalar que la condición eximente de responsabilidad incluida en el literal f) del numeral 1 del artículo 236°-A de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272 y recogida en el numeral 15.1 del artículo 15° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD¹⁹, califica como un elemento de juicio objetivo y sobreviniente a la emisión de la resolución de sanción susceptible de ser evaluado en esta instancia del presente procedimiento administrativo sancionador en el marco de la potestad revocatoria reconocida en el artículo 203° de la Ley N° 27444, en concordancia con el artículo 212° del T.U.O. de la citada Ley; razón por la cual corresponde evaluar los hechos imputados en este extremo considerando el eximente en cuestión.

- i) Infracción al artículo 38° del RPM por disponer relaves en el depósito de relaves Chinchán sobrepasando en 15.45 m la cota de disposición máxima de 4469 msnm

Al respecto, se debe precisar que de la revisión de los actuados en el expediente se advierte que el presente procedimiento administrativo sancionador se inició con fecha 11 de noviembre de 2014, con la notificación del Oficio N° 1529-2014, obrante a fojas 36 del expediente, a través del cual se realizó la imputación de cargos.

En dicho acto se imputó a LOS QUENUALES la infracción al artículo 38° del RPM, debido a que durante la supervisión realizada del 22 al 24 de agosto de 2012 en la Unidad Minera "Yaauliyacu", se verificó que se venían disponiendo relaves en el depósito de relaves Chinchán sobrepasando en 15.45 m la cota de disposición máxima de 4469 msnm.

A su vez, corresponde resaltar que en el sub-numeral 5.1 del numeral 5 de la parte considerativa de la resolución de sanción, respectivamente; la GG señaló que, LOS QUENUALES inició el procedimiento de modificación de su concesión de beneficio el 22 de abril de 2008, antes de iniciada la supervisión, el cual fue aprobado mediante la Resolución N° 474-2014-MEM-DGM/V del 9 de octubre de 2014, obrante a foja 127 del expediente, lo que fue calificado como subsanación de la aludida infracción.

Cabe precisar que, de la revisión de la resolución antes citada, se verifica que en ésta se dispuso lo siguiente: "AUTORÍCESE el funcionamiento del depósito de relaves "Chinchán" ubicado en la Concesión de Beneficio "Chinchán 1", otorgada para el depósito de relaves de la Planta Concentradora "Casapalca", en su etapa de recrecimiento, hasta su cota máxima de almacenamiento de 4,490 msnm, respetando el borde libre de 2 m. (...)" (Subrayado agregado)

Como puede advertirse del numeral 5.1 del numeral 5 de la parte considerativa y literal i)

¹⁸ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador". Lima: Gaceta Jurídica, Octava Edición, 2009. Página 591.

¹⁹ Resolución N° 040-2017-OS/CD

Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción

15.1 La subsanación voluntaria de la infracción solo constituye un eximente de responsabilidad cuando se verifique que los incumplimientos detectados fueron subsanados antes del inicio del procedimiento sancionador.

del numeral 2 del Anexo Resolución N° 1401-2016, referida a la graduación de la sanción correspondiente a la infracción al artículo 38° del RPM, la GG aplicó el criterio de graduación “circunstancias de la comisión de la infracción”; el mismo que, según el sub-numeral 2.4 del numeral 2 de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG, constituye una circunstancia atenuante de responsabilidad derivada de la subsanación voluntaria de la infracción²⁰. (Subrayado agregado)

En tal sentido, habiéndose verificado que el órgano de primera instancia tuvo por subsanada la citada infracción con anterioridad al inicio formal del presente procedimiento administrativo sancionador, en el presente caso se ha configurado el supuesto eximente de responsabilidad dispuesto en el literal f) del numeral 1 del artículo 236°-A de la Ley N° 27444; por lo que corresponde declarar el archivo del procedimiento en tal extremo.

ii) Infracción al artículo 353° del RSSO por no colocar barandas y/o mallas en el depósito de relaves Chinchán

En los literales a) al d) del numeral 5 de la presente resolución, la recurrente solicita la aplicación del eximente de responsabilidad previsto en el literal f) del numeral 1 del artículo 236°-A de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, toda vez que subsanó el incumplimiento antes de la notificación del inicio del procedimiento administrativo sancionador.

Sobre el particular, cabe anotar que de la revisión de los actuados obrantes en el expediente se advierte que el presente procedimiento se inició con fecha 11 de noviembre de 2014, con la notificación del Oficio N° 1529-2014, obrante a fojas 36 del expediente, a través del cual se realizó la imputación de cargos.

En dicho acto se imputó a LOS QUENUALES, la infracción al artículo 353° del RSSO, debido a que durante la supervisión realizada del 22 al 24 de agosto de 2012 en la Unidad Minera “Yauliyacu”, se verificó que el depósito de relaves Chinchán se encontraba sin barandas y/o mallas.

A su vez, corresponde resaltar que en el sub-numeral 5.2 del numeral 5 de la resolución de sanción, se señaló que mediante escrito de fecha 5 de octubre de 2012, LOS QUENUALES informó que completó el enmallado del cerco perimétrico del depósito de relaves Chinchán; lo que fue calificado como subsanación de la aludida infracción.

En efecto, en dicha sección de la Resolución N° 1401-2016, referida a la graduación de la sanción correspondiente a la infracción al artículo 353° del RSSO, se aplicó una reducción del 10% de la multa base en el marco del criterio “circunstancias de la comisión de la



²⁰ Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG
(...) 2. CRITERIOS DE GRADUALIDAD

En consideración a lo señalado, las multas aplicables por infracciones relacionadas con la falta de autorización de construcción o de funcionamiento en concesiones de beneficio, serán calculadas realizando el siguiente examen de razonabilidad y proporcionalidad: (...)

2.4 Circunstancias de la comisión de la infracción.

Teniendo como base el artículo 236A° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que establece que constituye un atenuante de responsabilidad la subsanación voluntaria de la infracción, se tomará en cuenta si se ha subsanado el incumplimiento respecto del supuesto que dio origen a la infracción imputada según los siguientes supuestos:

- Autorización solicitada antes de iniciada la supervisión aprobada antes de la emisión de la resolución sancionadora de primera instancia.
- Autorización solicitada antes de iniciada la supervisión, que no es aprobada hasta antes de la emisión de la resolución sancionadora de primera instancia.
- Autorización solicitada después de iniciada la supervisión y hasta antes de la emisión de la resolución sancionadora de primera instancia.

La autorización solicitada está referida al inicio del procedimiento para el otorgamiento de concesión de beneficio o sus modificatorias que se debe presentar al Ministerio de Energía y Minas.

infracción"; la cual, según la Resolución de Gerencia General N° 035, resulta aplicable en aquellos casos en que el infractor subsana la infracción antes de la notificación de imputación de cargos²¹.

Por lo tanto, habiéndose verificado que el órgano de primera instancia tuvo por subsanada la citada infracción con anterioridad al inicio formal del presente procedimiento administrativo sancionador, en el presente caso se ha configurado el supuesto eximente de responsabilidad dispuesto en el literal f) del numeral 1 del artículo 236°-A de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272; por lo que corresponde declarar fundado este extremo del recurso de apelación y disponer el archivo del procedimiento administrativo sancionador.

De acuerdo a lo expuesto, en aplicación del artículo 203° de la Ley N° 27444 y modificatorias en concordancia con el sub-numeral 212.1.3 del numeral 212.1 del artículo 212° del T.U.O. de la Ley N° 27444, corresponde disponer la revocación de la Resolución de Gerencia General N° 1401-2016, en lo referido a la declaración de responsabilidad y sanción impuesta por las infracciones al artículo 38° del RPM y artículo 353° del RSSO; disponiéndose el archivo definitivo del presente procedimiento administrativo sancionador.

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 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, la sanción impuesta sólo afecta a la apelante en su calidad de agente infractor²².

8. En atención a lo resuelto en el numeral anterior, carece de sentido emitir pronunciamiento sobre los argumentos descritos en los numerales 2, 4 y 6 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°.- Disponer la **REVOCACIÓN** de la Resolución de Gerencia General N° 1401-2016 de fecha 10 de mayo de 2016, en el extremo referido a la atribución de responsabilidad y sanción impuesta

²¹ Resolución de Gerencia General N° 035

(...) II CRITERIOS DE GRADUALIDAD

En consideración a lo señalado, las multas aplicables por infracciones relacionadas con la seguridad y salud ocupacional en la actividad minera, será calculada realizando el siguiente examen de razonabilidad y proporcionalidad: (...)

D) Circunstancias de la comisión de la infracción.- Las circunstancias de la comisión de la infracción pueden incluir diversos aspectos, que permiten determinar la actuación del infractor por regularizar la situación de incumplimiento que le ha sido imputada, para lo cual se tomará en cuenta si se ha subsanado el incumplimiento respecto del supuesto que dio origen a la infracción imputada (...)

III DETERMINACIÓN DE LA MULTA Y APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE GRADUACIÓN (...)

Para determinar la gradualidad de la sanción se consideran los criterios C y D (repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción y circunstancias de la comisión de la infracción) conforme se detalla a continuación:

Circunstancias de la comisión de la infracción	VALOR	
	NO	SI
El infractor ha subsanado la infracción imputada antes de la notificación del inicio del procedimiento administrativo sancionador.	7.5	-10

²² T.U.O. de la 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.

por la infracción al artículo 38° del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM; así como el **ARCHIVO DEFINITIVO** del presente procedimiento administrativo sancionador en tal extremo, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 1401-2016 de fecha 10 de mayo de 2016, en consecuencia, **REVOCAR** la citada resolución en el extremo referido a la atribución de responsabilidad y sanción impuesta por la infracción al artículo 353° del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM, por consiguiente disponer el **ARCHIVO DEFINITIVO** del presente procedimiento administrativo sancionador, por las razones expuestas 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