

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 162-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 19 de junio de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201700010267 que contiene el recurso de apelación interpuesto por MINERA COLIBRÍ S.A.C., representada por el señor Ulises Raúl Solís Llapa, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 78-2018 de fecha 11 de enero de 2018, a través de la cual se le sancionó con multa 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° 024-2016-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 78-2018 de fecha 11 de enero de 2018, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a MINERA COLIBRÍ S.A.C. en adelante COLIBRÍ, con una multa total de 228.51 (doscientos veintiocho con cincuenta y un 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° 024-2016-EM, en adelante RSSO; conforme al siguiente detalle:

Nº	INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Infracción al artículo 38° del RPM¹ Operar el depósito de relaves N° 2 en la Unidad Minera Doble D sin contar con la autorización de funcionamiento de la Dirección General de Minería del MINEM	Numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD ²	107.61 UIT

¹ Decreto Supremo N° 018-92-EM

Reglamento de Procedimientos Mineros

"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.

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 refinerías)

1.3.2. Autorización de funcionamiento

Base legal: Artículo 38° del RPM.

Sanción: Hasta 10,000 UIT

2	Infracción al artículo 400° del RSSO³ No asegurar la estabilidad física del depósito de relaves N° 2, al no cumplir con los factores de seguridad mínimos en condiciones estáticas y pseudo estáticas, de acuerdo con el estudio "Evaluación de estabilidad de los depósitos de relaves N° 1 y 2 de la unidad minera y concesión de beneficio doble D", elaborado por ACOMISA en junio de 2016.	Numeral 11.4 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD ⁴	120.90 UIT
TOTAL			228.51 UIT⁵

Como antecedentes relevantes, cabe señalar lo siguiente:

- Del 14 al 18 de noviembre de 2016, se llevó a cabo una visita de supervisión a la Unidad Minera y Concesión de Beneficio "Doble D" de titularidad de MINERA COLIBRÍ S.A.C.⁶, con el propósito de verificar el cumplimiento de la normativa vigente, conforme consta en el Acta de Supervisión del 18 de noviembre de 2016, debidamente suscrita por los representantes de la administrada y OSINERGMIN.
- Con Oficio N° 804-2017, notificado con fecha 05 de mayo de 2017, obrante a fojas 33 del Expediente, se comunicó a COLIBRÍ el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, adjuntando el Informe de Instrucción Inicio de PAS N° 402-2017 del 30 de marzo de 2017 y otorgándole el plazo de siete (07) días hábiles para la presentación de sus descargos.
- Mediante escrito de registro N° 2017-10267, remitido con fecha 16 de mayo de 2017, la administrada presentó sus descargos.
- Con Oficio N° 726-2017-OS-GSM, notificado con fecha 12 de diciembre de 2017, se trasladó a la administrada el Informe Final de Instrucción N° 885-2017 del 08 de diciembre de 2017, otorgándole el plazo de cinco (05) días hábiles para la remisión de sus descargos.
- A través del escrito de registro N° 2017-10267, remitido con fecha 19 de diciembre de 2017, la administrada remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción indicado.

³ Decreto Supremo N° 024-2016-EM

Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería

"Artículo 400.- Los residuos generados y/o producidos en la unidad minera como ganga, desmonte, relaves, lixiviados, aguas ácidas, escorias, entre otros serán, según el caso, almacenados, encapsulados o dispuestos en lugares diseñados para tal efecto hasta su disposición final, asegurando la estabilidad física y química de dichos lugares, a fin de garantizar la seguridad y salud ocupacional de los trabajadores. El titular de actividad minera presentará a la autoridad competente, cada dos (2) años, un estudio de estabilidad física de los depósitos de relaves, depósitos de desmontes, pilas de lixiviación y depósitos de escorias operativos, realizados por una empresa especializada en la materia, que garantice las operaciones de manera segura de dichos componentes".

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

11. Incumplimiento de normas de almacenes, talleres de mantenimiento, depósitos de concentrados y refinados.

11.4. Disposición de Desechos y Manejo de Residuos

Base legal: Artículo 400° del RSSO.

Sanción: Hasta 10,000 UIT

⁵ La determinación y graduación de la sanción se realizó en función a los Criterios Específicos para la graduación de las sanciones aprobados por la Resolución de Gerencia N° 035 y la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS-GG.

⁶ La Unidad Minera Doble D se encuentra ubicada en el distrito de Chaparra, provincia de Caravelí y departamento de Arequipa.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Mediante escrito de registro N° 2017-10267, presentado con fecha 06 de febrero de 2018, la empresa COLIBRÍ interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 78-2018 del 11 de enero de 2018, solicitando su nulidad⁷, en atención a los siguientes fundamentos:

- a) Con fecha 05 de mayo de 2017, se le notificó el inicio del procedimiento administrativo sancionador por hechos no observados en el Acta expedida en la visita de supervisión del 14 al 18 de noviembre de 2016 o por el incumplimiento de las observaciones halladas, sino por hechos nuevos.

Con fecha 16 de mayo de 2017, presentó sus descargos, indicando que las recomendaciones dejadas en la supervisión señalada sí habían sido subsanadas correctamente.

- b) La administrada manifiesta que quedó ampliamente demostrado con el Estudio de Estabilidad física de los depósitos de relaves que no existe obligación de contar con la autorización de funcionamiento del depósito de relaves N° 2, ya que el diseño inicial del depósito de relaves N° 1 y N° 2 se encuentran integrados, es decir, los depósitos de relaves son uno solo, ya que se fueron integrando de acuerdo a la necesidad de capacidad de su Planta de Beneficio.

Al respecto, con fecha 14 de setiembre de 1999, la Dirección General de Minería, mediante el Informe N° 343-99-EM-DGM/DPDM, autorizó a Inversiones Mineras Kriete S.A. (anterior titular de la concesión), la construcción e instalación de la Planta de Beneficio Doble D, servicios auxiliares y/o complementarias, de conformidad con el artículo 37° del RPM, para que dentro del plazo señalado ejecute el cronograma presentado, debiendo dar aviso de la culminación de la construcción.

Asimismo, señala que mediante Informe N° 317-99-EM-DGM/DPDM de fecha 24 de agosto de 1999, aprobaron el Estudio de Impacto Ambiental de la Planta de Beneficio Doble D de Inversiones Mineras Kriete S.A.

Además, refiere que la Dirección General de Minería, considerando que Inversiones Kriete S.A. contaba con la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental de la Planta de Beneficio Doble D, la Autorización de Vertimientos de Residuales Industriales otorgada por la Dirección General de Salud Ambiental – DIGESA, la Autorización de Uso de Aguas otorgada por el Ministerio de Agricultura de la Administración Técnica del Distrito de Riego Acari – Puquio, y con el Informe de la empresa auditora Asimina S.R.L., que concluyó indicando que la construcción e instalación de la Planta se efectuó de acuerdo al proyecto aprobado y cumplía con las normas de seguridad, higiene minera e impacto ambiental, finalmente le otorga el título de la concesión de beneficio Doble D, mediante la Resolución Directoral N° 227-99-EM/DGM del 24 de noviembre de 1999, autorizando el funcionamiento de la Planta, a la capacidad de 75 TM/día y de sus instalaciones auxiliares y/o complementarias, uso de aguas y vertimientos. (Subrayado de la administrada)

- c) Sobre el incumplimiento N° 1, COLIBRÍ señala que el artículo 38° del RPM no tiene relación alguna con la imputación realizada. Asimismo, pregunta en qué parte de dicha norma se regula sobre un supuesto “reinicio de las operaciones disponiendo los relaves cianurados en el vaso” o sobre “no contar con estudios de diseño ni con las autorizaciones de construcción y

⁷ COLIBRÍ fundamenta sus alegatos en los artículos 209°, 10°, 55° y numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

funcionamiento de los recrecimientos efectuados en el dique”.

Al respecto, la administrada señala que en parte alguna se regula lo indicado, por lo que tampoco procede aplicar el tipo establecido en el numeral 1.3.2 del Rubro B del Cuadro de Tipificación aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD, pues la imputación efectuada no condice con la conducta descrita en el artículo 38° del RPM.

Asimismo, reitera que cuenta con todas las autorizaciones requeridas para su normal desarrollo y ejecución de actividades, tales como su título de concesión de beneficio, la autorización de construcción y la aprobación de su Estudio de Impacto Ambiental.

- 
- d) Sobre el incumplimiento N° 2, señala que conforme consta en el estudio Evaluación de Estabilidad Física de los depósitos de relaves N° 1 y 2 de la Unidad Minera y Concesión de Beneficio Doble D, elaborado por ACOMISA en junio de 2016, la empresa sí cuenta con los factores de seguridad mínimos en condiciones estáticas y pseudo estáticas; sin embargo, para un mejor y mayor esclarecimiento solicitó un informe adicional y actualizado que ratifique o aclare la conclusión y resultado final de dicho estudio.



Al respecto, refiere que dicho informe fue presentado mediante escrito del 19 de diciembre de 2017, respecto del cual no ha habido pronunciamiento alguno, es decir, se hizo caso omiso a la Carta de la empresa ACOMISA, en la que aclara de forma contundente el resultado final del estudio de “Evaluación de Estabilidad Física del Depósito de Relaves N° 2”.

- e) La administrada manifiesta que, sin reconocer las infracciones, en aplicación de la figura de subsanación voluntaria establecida en la norma, mediante escritos de fechas 28 de noviembre y 19 de diciembre de 2016 y 05 de enero de 2017, cumplió con todas las recomendaciones que se le dieron en la visita de supervisión.
- f) COLIBRÍ indica que se ha vulnerado el debido procedimiento, ya que se le ha sancionado por la infracción al artículo 400° del RSSO, sin previamente haberle comunicado o emitido un Acta que mencione y detalle la observación y la infracción, por lo que tampoco se le otorgó el plazo correspondiente para realizar la subsanación y/o descargo.
- g) De conformidad con el artículo 161° de la Ley N° 27444, se reserva el derecho a presentar alegatos en cualquier momento del procedimiento.
- h) Solicita que se disponga que el Área de Cobranza Coactiva se abstenga de realizar cualquier acción dirigida al cobro de la multa por ser ésta manifiestamente inexigible.
3. A través del Memorándum N° GSM-70-2018, recibido con fecha 15 de febrero de 2018, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto al incumplimiento al artículo 38° del RPM

4. Sobre lo indicado en los literales b) y c) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde señalar, en primer término, que la Resolución Directoral N° 227-99-EM/DGM del 24 de noviembre de 1999, emitida por la Dirección General de Minería (DGM), otorgó el título de la concesión de beneficio Doble D de 36 hectáreas de extensión a favor de Inversiones Mineras

RESOLUCIÓN N° 162-2018-OS/TASTEM-S2

Kriete S.A., ubicada en el paraje El Convento, distrito de Cháparra, provincia de Caravelí, departamento de Arequipa, autorizando el funcionamiento de la Planta de Beneficio Doble D a la capacidad de 75 TM/día y de sus instalaciones auxiliares y/o complementarias, uso de aguas y vertimientos.

Al respecto, mediante Oficio N° 0500-2016-MEM-DGM, remitido con fecha 22 de abril de 2016, obrante en el Expediente N° 201600055594, la DGM comunica a OSINERGMIN que con la Resolución Directoral N° 227-99-EM/DGM autorizó el funcionamiento de la Planta Doble D con un único nuevo depósito de relaves. Asimismo, hace mención que COLIBRÍ es el actual titular de la concesión (desde el 25 de marzo de 2002), conforme a la comunicación de transferencia realizada por dicha empresa mediante escrito N° 1357314.



Ahora bien, en el Expediente Técnico adjunto al Oficio mencionado obra el Plano "Sección A-A'" del Proyecto Planta de Beneficio Doble D, que forma parte del Informe de Verificación de la Construcción e Instalación de la Planta Doble D, elaborado por ASIMINA S.R.L., empresa auditora nombrada por la DGM mediante Informe N° 366-99-EM-DGM/DPDM del 11 de octubre de 1999, para que verifique si dicha construcción se realizó de acuerdo al proyecto aprobado, mediante Informe N° 343-99-EM-DGM/DPDM del 21 de setiembre de 1999.

De lo indicado, en el Plano señalado se observa la existencia del relave nuevo al que la DGM hace mención en el Oficio N° 0500-2016-MEM-DGM, el cual está ubicado en la Sección A – A' de la Planta.



Asimismo, cabe precisar que del estudio "Evaluación de Estabilidad Física de los Depósitos de Relaves N° 1 y N° 2 de la Unidad Minera y Concesión de Beneficio Doble D" de junio de 2016, elaborado por la empresa Asesores y Consultores Mineros S.A. – ACOMISA para COLIBRÍ, se verifica, tanto de su contenido como de sus planos adjuntos, que Depósito de Relaves N° 1 está en la Sección A – A', mientras que el N° 2 en la Sección B – B'.

Por lo expuesto, queda claro que el Depósito de Relaves N° 1 ubicado en la Sección A-A' es el único autorizado por la DGM para funcionar, siendo además que la administrada no ha presentado documento alguno emitido por la DGM que le autorice el funcionamiento del Depósito de Relaves N° 2 de la Sección B-B'. (Subrayado nuestro)

De igual forma, corresponde señalar que la propia Evaluación de Estabilidad Física de junio de 2016, elaborada por ACOMISA, identifica a los Depósitos de Relaves N° 1 y N° 2 como independientes, no como si fueran uno solo (integrados). Al respecto, cada uno tiene su propio análisis de estabilidad física y factores de seguridad, lo cual se evidencia en el hecho que la condición del talud del Depósito de Relaves N° 1 es estable y el Depósito de Relaves N° 2 no, por lo que son Depósitos de Relaves diferentes e independientes.

Así las cosas, en la visita de supervisión realizada del 14 al 18 de noviembre de 2018 en la Unidad Minera y Concesión de Beneficio Doble D de titularidad de COLIBRÍ, se verificó que la empresa se encontraba operando el depósito de relaves N° 2, conforme consta en el Acta de Supervisión y el Acta de Recomendaciones del 18 de noviembre de 2016, así como en los registros fotográficos de la supervisión, obrantes a fojas del 03 al 06 del Expediente sancionador.

Al respecto, en el Acta de Supervisión se indica sobre el Depósito de Relaves N° 2 que "en el mes de agosto de 2016 reiniciaron las operaciones disponiendo los relaves cianurados en el vaso sin contar con estudios de diseño ni con las autorizaciones de construcción y funcionamiento de los

sucesivos recrecimientos efectuados en el dique”.

Asimismo, en el Acta de Recomendaciones se impone a COLIBRÍ como Recomendación N° 1 que “(...) debe suspender la disposición de los relaves cianurados en el vaso del depósito de relaves N° 2, por no contar con capacidad de almacenamiento, estudios de diseño ni autorizaciones de construcción y funcionamiento”.

De lo indicado, con independencia de la mención en las Actas de que la empresa reinició sus operaciones en agosto de 2016 y que no contaba con estudios de diseño, lo cierto es que claramente se constató en la supervisión del 14 al 18 de noviembre de 2016 que COLIBRÍ estaba disponiendo de relaves en el vaso, es decir, estaba operando el depósito de relaves N° 2, y estaba realizando ello sin contar con la debida autorización de funcionamiento otorgado por la DGM, ya que la Resolución Directoral N° 227-99-EM/DGM no lo autoriza para dicho fin, conforme se ha expuesto en párrafos precedentes.

En consecuencia, se ha verificado que la administrada incumplió el artículo 38° del RPM, que establece que el título de concesión es el documento que autoriza el funcionamiento de la Planta, toda vez que estaba operando el depósito de relaves N° 2, cuando su título de concesión (Resolución Directoral N° 227-99-EM/DGM del 24 de noviembre de 1999) no autorizaba su funcionamiento.

En ese sentido, no se ha imputado a COLIBRÍ haber incumplido el indicado artículo 38° por reiniciar operaciones o por no contar con estudios de diseño, sino por disponer relaves en el vaso, es decir, “operar el depósito de relaves N° 2 sin estar autorizado”, como exige dicha norma.

De lo indicado, el numeral 4 del artículo 246° del TUO de la Ley N° 27444 regula el Principio de Tipicidad, por el cual “solo 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 o decreto legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria”⁸.

Al respecto, mediante los literales c) y d) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, se estableció que los Organismos Reguladores cuentan con la función normativa, que les autoriza a tipificar infracciones y aprobar su propia escala de sanciones; y la función fiscalizadora y sancionadora, que comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así

⁸ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
TUO de la Ley N° 27444

“Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

4. Tipicidad.- Solo 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 o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria. A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda. En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras”.

como de aquellas contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión⁹.

A través del artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, se estableció que su Consejo Directivo se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, graduar las sanciones, así como aprobar su respectiva escala de multas y sanciones¹⁰.

Acorde con dicho marco legal, el Consejo Directivo de OSINERGMIN emitió la Resolución N° 286-2010-OS/CD, publicada en el diario oficial El Peruano el 29 de diciembre de 2010, cuyo Anexo aprobó el Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras, en el cual se tipifica como infracción el incumplimiento a las disposiciones del RSSO, y se establece las sanciones aplicables.

En atención a las consideraciones expuestas, se advierte que la potestad sancionadora y la facultad para tipificar infracciones y sanciones propias de OSINERGMIN le fueron atribuidas a través de normas con rango de ley, en función a las cuales se aprobó la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras, mediante la Resolución N° 286-2010-OS/CD, en observancia del Principio de Legalidad establecido en el numeral 1 del artículo 246° del TUO de la Ley N° 27444.

Asimismo, en el presente caso, se constata que la norma que tipifica la infracción imputada a la administrada y la que establece la obligación materia de incumplimiento, comunicadas desde el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador a través del Oficio N° 804-2017, notificado con fecha 05 de mayo de 2017 y obrante a fojas 33 del Expediente, son las que se detallan 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	Artículo 38° del RPM

⁹ Ley N° 27332

"Artículo 3.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones: (...)

c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;

Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador."

d) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión; (...)"

¹⁰ Ley N° 27699

"Artículo 1.- Facultad de Tipificación

Toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia del OSINERG constituye infracción sancionable.

Sin perjuicio de lo mencionado en el párrafo anterior, el Consejo Directivo del OSINERG se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas así como a graduar las sanciones, para lo cual tomará en cuenta los principios de la facultad sancionadora contenidos en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente, de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones del OSINERG, aprobada por el Consejo Directivo; la cual podrá contemplar, entre otras, penas pecuniarias, comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos, cierre de establecimientos y paralización de obras. El Consejo Directivo del OSINERG establecerá el procedimiento de comiso así como el destino donación o destrucción de los bienes comisados".

RESOLUCIÓN N° 162-2018-OS/TASTEM-S2

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, lixiviación y refinerías) 1.3.2. Autorización de funcionamiento Base legal: Artículo 38° del RPM Sanción: Hasta 10,000 UIT	“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”.
---	---

En consecuencia, se constata que el hecho verificado (la operación del Depósito de Relaves N° 2, mediante la disposición de relaves en el vaso, sin contar con la autorización de funcionamiento de la DGM) se subsume en el supuesto de hecho establecido en el subnumeral 1.3.2 del numeral 1.3 del Rubro B de la citada norma, imputado a COLIBRÍ dentro del presente procedimiento, en observancia del Principio de Tipicidad.

Por lo tanto, corresponde desestimar el recurso de apelación interpuesto por la administrada en este extremo.

Respecto al incumplimiento al artículo 400° del RSSO

5. Sobre lo señalado en el literal d) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que en el numeral 6.4 “Secciones de Análisis de Estabilidad” del estudio “Evaluación de Estabilidad Física de los Depósitos de Relaves N° 1 y 2 de la concesión de beneficio Doble D”, elaborada por ACOMISA en junio de 2016, se indica que la condición del talud del Depósito de Relaves N° 1 es estable, ya que cumple con los factores de seguridad mínimos recomendados; mientras que la condición del talud correspondiente al Depósito de Relaves N° 2 no cumple con dichos factores, indicando además que los análisis de estabilidad fueron realizados para los taludes en condiciones actuales. (Subrayado nuestro)

De lo indicado, ACOMISA mediante Carta del 19 de diciembre de 2017 señaló que la estabilidad del Depósito de Relaves N° 2 ha sido refrendado en el estudio “Evaluación de Estabilidad Física de los Depósitos de Relaves N° 1 y 2 de la concesión de beneficio Doble D” de junio de 2016 (página 42, Cuadro N° 26), y que ratifica que, tanto para condiciones estáticas como pseudo estáticas, dicho depósito es físicamente estable.

Al respecto, en el numeral 7.2.2 “Análisis de Estabilidad” del numeral 7 “Dique de Contingencia del Depósito de Relaves N° 2” del estudio elaborado por ACOMISA, se indica que en atención los resultados obtenidos en el análisis de estabilidad del depósito de relaves N° 2, se ha analizado el mismo considerando el dique de contingencia a fin de reducir el riesgo de deslizamiento como consecuencia de los resultados de los factores de seguridad por debajo de lo mínimo recomendado.

Asimismo, en el citado numeral 7.2.2, se verifica que efectivamente se realizó un segundo análisis de estabilidad física relacionando el dique de contingencia con el Depósito de Relaves

N° 2, empleando los parámetros físicos y de resistencia que corresponden a las propiedades de los materiales encontrados en campo y como resultado de laboratorio (roca fracturada, suelo de cimentación, dique de contención, material de relave y dique contingencia), obteniéndose que se cumplía con los factores de seguridad mínimos aceptables. (Subrayado agregado)



Sin embargo, es preciso señalar que, en la visita de supervisión del 14 al 18 de noviembre de 2016, se constató que las condiciones bajo las cuales se evaluó el Depósito de Relaves N° 2 relacionado con el dique de contingencia no son las condiciones actuales, toda vez que en campo se verificó in situ que el espacio entre el dique de contingencia y el Depósito de Relaves N° 2 no ha sido rellenado con relaves, conforme consta en el Informe de Supervisión de la visita obrante en el Expediente N° 201600166927. (Subrayado agregado)

Por lo tanto, conforme indica la primera instancia, el cumplimiento de los factores de seguridad mínimos aceptables se cumplirían, de acuerdo a la Evaluación de Estabilidad Física de junio de 2016, con la disposición de relaves entre el dique de contingencia y el Depósito de Relaves N° 2, lo cual a la fecha de la supervisión no había sido realizado por el titular minero.



Por lo expuesto, se ha acreditado que COLIBRÍ no aseguró la estabilidad física del Depósito de Relaves N° 2, por lo que ha incumplido la obligación establecida en el artículo 400º del RSSO, que exige que los relaves sean dispuestos en lugares diseñados para tal efecto hasta su disposición final, asegurando la estabilidad física y química de dichos lugares, toda vez que los factores de seguridad para análisis estático y pseudo-estático del Depósito de Relaves N° 2 son inferiores a los valores mínimos de seguridad aceptables, conforme consta en el estudio "Evaluación de Estabilidad Física de los Depósitos de Relaves N° 1 y 2 de la concesión de beneficio Doble D" de junio de 2016.

Asimismo, se verifica que la GSM sí ha emitido pronunciamiento respecto a la Carta de ACOMISA de fecha 19 de diciembre de 2017 sobre su ratificación y/o aclaración al estudio "Evaluación de Estabilidad Física de los depósitos de relaves N° 1 y N° 2 de la concesión de beneficio Doble D" de junio de 2016, conforme consta en la página siete (7) de la Resolución N° 78-2018 del 11 de enero de 2018, obrante a fojas 125 al 131 del Expediente sancionador, en observancia del Principio de Debido Procedimiento, regulado en el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444.

En ese sentido, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación interpuesto por COLIBRÍ.

Sobre las recomendaciones y hechos constatados en la supervisión

6. Sobre lo alegado en los literales a) y f) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que en el presente procedimiento sancionador no se ha imputado que COLIBRÍ que no hubiese incumplido las recomendaciones dispuestas en el Acta de Recomendaciones del 18 de noviembre de 2016; por lo tanto, el cumplimiento o no de las mismas no se encuentra vinculado a las infracciones al artículo 38º del RPM y 400º del RSSO.

Asimismo, corresponde precisar que el incumplimiento al artículo 38º del RPM fue imputado a COLIBRÍ mediante Oficio N° 804-2017, en virtud al hecho constatado en la supervisión realizada del 14 al 18 de noviembre de 2016 a la Unidad Minera y Concesión de Beneficio Doble D: se disponían los relaves cianurados en el vaso, es decir, se estaba operando el Depósito de Relaves N° 2, sin contar con la autorización de funcionamiento de la DGM, conforme se verifica en el

Acta de Supervisión del 18 de noviembre de 2016 (Hecho Constatado N° 1), los registros fotográficos de la supervisión, la Resolución Directoral N° 227-99-EM/DGM y el Oficio N° 500-2016-MEM-DGM del 05 de abril de 2016, obrantes a fojas 03, 05 al 08 y 31 del Expediente.



En consecuencia, se verifica que el hecho imputado fue observado en la visita de supervisión y consta en la propia Acta de Supervisión del 18 de noviembre de 2016, obrante a fojas 03 del Expediente sancionador.

Asimismo, cabe mencionar que, de acuerdo al numeral 2 del artículo 253° del TUO de la Ley N° 27444, "con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación"¹¹.



De lo expuesto, de conformidad con la norma citada y sus facultades de supervisión, OSINERGMIN realizó la evaluación en gabinete del estudio "Evaluación de Estabilidad Física de los Depósitos de Relaves N° 1 y 2 de la concesión de beneficio Doble D" de junio de 2016, elaborado por ACOMISA y entregado por COLIBRÍ en la visita de supervisión del 14 al 18 de noviembre de 2016, del cual se concluyó que la empresa no había cumplido con asegurar la estabilidad física del Depósito de Relaves N° 2, hecho que fue imputado mediante Oficio N° 804-2017, notificado con fecha 05 de mayo de 2017, otorgándose a la administrada el plazo de siete (07) días hábiles para que presente sus descargos en ejercicio de su derecho de defensa.

En ese sentido, no se ha vulnerado el Principio del Debido Procedimiento, regulado en el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444¹², toda vez que sí se comunicó debidamente a la administrada la infracción imputada y se le otorgó el plazo correspondiente para remitir sus descargos, los cuales fueron presentados mediante escrito del 16 de mayo de 2017.

Sin perjuicio de ello, cabe indicar que en el Acta de Supervisión no se indicó específicamente este hecho, debido a que luego de haber realizado la evaluación en gabinete de la documentación entregada por COLIBRÍ y todos los medios probatorios recopilados en la supervisión, se pudo tener indicios suficientes de que la empresa no había cumplido con asegurar la estabilidad física del depósito de relaves N° 2.

Asimismo, es importante precisar que los titulares mineros se encuentran obligados a cumplir las disposiciones mineras vigentes en todo momento del desarrollo de sus operaciones, de conformidad con los artículos 103° y 109° de la Constitución Política del Perú¹³. En consecuencia,

¹¹ Anteriormente el numeral 2 del artículo 235° de la Ley N° 2744, vigente a la fecha la supervisión del 14 al 18 de noviembre de 2016, establecía lo indicado en el mismo sentido.

¹² Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
TUO de la Ley N° 27444
"Título Preliminar
Artículo IV. Principios del Procedimiento Administrativo
(...)

1.2. Principio del Debido Procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo".

¹³ Constitución Política del Perú
"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 (...)"

COLIBRÍ siempre debió cumplir con el artículo 400° del RSSO, máxime si cuenta un Estudio de análisis de estabilidad física del Depósito de Relaves N° 2 que indica que éste no es estable en las condiciones actuales, con independencia de que en el Acta de Supervisión se hubiese indicado la constatación de dicho hecho o no.



En ese sentido, no se verifica la configuración de las causales de nulidad establecidas en los numerales 1 y 2 del artículo 10° del TUO de la Ley N° 27444¹⁴, correspondiendo desestimar estos extremos del recurso de apelación.

Sobre la alegada subsanación de los incumplimientos N° 1 y 2

7. Sobre lo indicado en el literal e) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde señalar que de la revisión del escrito remitido con fecha 28 de noviembre de 2016, se constata que COLIBRÍ indicó que procedió a retirar los equipos y las instalaciones que permitían la descarga de relaves en el Depósito N° 2, quedando suspendida toda actividad de descarga, adjuntando siete (07) registros fotográficos. Sin embargo, dichas acciones no acreditan que la empresa hubiese obtenido la autorización de funcionamiento del Depósito de Relaves N° 2 emitida por la DGM, por lo que no se verifica la subsanación de la infracción (operar el Depósito sin contar con la autorización de funcionamiento).



Asimismo, mediante los escritos de fechas 19 de diciembre de 2016 y 05 de enero de 2017, la administrada indicó que había procedido a instalar instrumentación geotécnica en base a los controles topográficos para el monitoreo de los diques de los Depósitos de Relaves N° 1 y N° 2, de acuerdo a las recomendaciones del estudio "Evaluación de Estabilidad Física de los Depósitos de Relaves N° 1 y N° 2 de la Unidad Minera y Concesión de Beneficio Doble D" elaborado por ACOMISA en junio de 2016, para lo cual adjuntó nueve (09) registros fotográficos sobre la instalación de piezómetros y puntos de control topográficos, así como un Informe de Levantamiento Topográfico de los puntos de control geotécnico y piezométrico, elaborado por Total Engineering en diciembre de 2016. Asimismo, señala haber contratado los servicios de un profesional especializado en geotecnia.

De lo indicado, estas acciones no acreditan fehacientemente que COLIBRÍ hubiese subsanado el incumplimiento al artículo 400° del RSSO, ya que se refieren a la realización de monitoreos para controlar los probables asentamientos verticales y desplazamientos horizontales que pudiesen ocurrir, lo cual no asegura en definitiva que el Depósito de Relaves sea estable en sus condiciones actuales.

En ese sentido, no se configura la condición eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria del incumplimiento antes del inicio del procedimiento sancionador, regulada en el numeral 15.1 artículo 15° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, de conformidad con el literal f) del artículo 255° del TUO de la Ley N° 27444¹⁵, toda

"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".

¹⁴ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
TUO de la Ley N° 27444

"Artículo 10.- Causales de Nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

2. El defecto u omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14".

¹⁵ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

vez que la administrada no ha acreditado haber subsanado las infracciones verificadas con anterioridad a la imputación de cargos.

Por lo tanto, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación interpuesto por COLIBRÍ.

Sobre otros alegatos

8. Respecto a lo indicado en los literales g) y h) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde señalar que, a la fecha, la administrada no ha presentado alegatos adicionales a su recurso de apelación interpuesto con fecha 06 de febrero de 2018, por lo que no corresponde emitir pronunciamiento adicional sobre el particular.

De otro lado, sobre lo señalado en el literal h) del numeral 2 de la presente resolución, cabe precisar que de conformidad con el numeral 256.2 del artículo 256° del TUO de la Ley N° 27444, "la resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa".

En igual sentido, el numeral 27.5 del artículo 27° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, "la interposición de un recurso administrativo contra la resolución que impone una sanción, suspende los efectos de ésta en lo que respecta a la sanción impuesta". (Subrayado agregado)

Sobre el particular, en el presente caso, la resolución de sanción no ha sido ejecutada, habiéndose dado trámite al recurso de apelación interpuesto por COLIBRÍ, materia de análisis en la presente resolución, de conformidad con las normas citadas, no correspondiendo, en consecuencia, emitir pronunciamiento adicional al respecto.

De conformidad con los numerales 16.1 y 16.3 del artículo 16° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD, y toda vez que no obra en el expediente administrativo mandato judicial alguno al que este Tribunal deba dar cumplimiento.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por MINERA COLIBRÍ S.A.C. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 78-2018 de fecha 11 de enero de 2018; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus extremos.

TUO de la Ley N° 27444

"Artículo 255.- 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 253.

(...)"

Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD

Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN

"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. (...)"

Artículo 2°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Jesús Francisco Roberto Tamayo Pacheco, Mario Antonio Nicolini del Castillo y Héctor Adrián Chávarry Rojas.




JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE