

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 189-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 09 de julio de 2018

VISTO:



El Expediente N° 201700009820 que contiene el recurso de apelación interpuesto por CONSORCIO MINERO HORIZONTE S.A., representada por el señor Kristiam Martín Veliz Soto, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 259-2018 de fecha 30 de enero de 2018, mediante la cual se le sancionó por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM, en adelante RSSO.

CONSIDERANDO:



- Mediante Resolución N° 259-2018, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a CONSORCIO MINERO HORIZONTE S.A., en adelante HORIZONTE con una multa de 65.43 (sesenta y cinco con cuarenta y tres centésimas) UIT, por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM, en adelante RSSO, conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Infracción al artículo 323° del RSSO¹ Por operar el Vaso A-1 y A-2 del depósito de relaves Chilcapampa para almacenar la solución de Prusia y retención de sólidos que se genera de la reacción de degradación con el sulfato ferroso, incumpliendo el estudio	Numeral 1.3.2 del Rubro B ²	65.43 UIT

¹ RSSO

"Artículo 323.- Los depósitos de relaves, pads, pilas de lixiviación y botaderos de desmontes deberán construirse y operarse de acuerdo al expediente técnico, así como a sus autorizaciones de construcción y funcionamiento otorgadas por la Dirección General de Minería o Gobierno Regional, según corresponda, debiéndose controlar los parámetros de diseño (condiciones geométricas y parámetros operativos) aprobados.

Para la operación de los depósitos de relaves, pads, pilas de lixiviación y depósitos de desmonte (botaderos), el titular de actividad minera está obligado a contar permanentemente con supervisión profesional a cargo de un ingeniero especializado y con experiencia en geotecnia."

² Resolución 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: 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.

La obligación infringida está prevista en el artículo 299° del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado mediante Decreto Supremo N° 055-2010-EM.

**TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES
EN TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA - TASTEM
OSINERGMIN
SALA 2**

RESOLUCIÓN N° 189-2018-OS/TASTEM-S2

"Diseño del Depósito de Relaves Chilcapampa", elaborado en mayo de 1997 por la empresa consultora Knight Piésold, que señala que este componente servirá como depósito de relaves cianurados, filtrados y compactados; estudio que sustenta la autorización de funcionamiento aprobada por Resolución de fecha 4 de enero de 1999.		
TOTAL		65.43 UIT³

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- a) Mediante Oficios N° 241-2016-MDP-A y N° 339-2016-MDP-A, la Municipalidad Distrital de Parcoy denuncia que la empresa minera HORIZONTE estaba acumulando desmonte y relaves en la quebrada del anexo de Alpamarca y del anexo de Trapiche, lo que a futuro podría ocasionar problemas en época de lluvia.
 - b) Durante los días 6 al 8 de octubre de 2016 se efectuó una supervisión a la unidad minera "Acumulación Parcoy N° 1" de titularidad de HORIZONTE, a cargo de supervisores designados por OSINERGMIN.⁴
 - c) A través del Oficio N° 1232-2017, que obra a fojas 38 del expediente, notificado a HORIZONTE el 13 de junio de 2017, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.
 - d) Por escrito presentado el 22 de junio de 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700009820, HORIZONTE remitió sus descargos y solicitó el uso de la palabra.
 - e) Mediante Oficio N° 740-2017-OS-GSM⁵ notificado el 15 de diciembre de 2017, se remitió a HORIZONTE el Informe Final de Instrucción N° 904-2017. Asimismo, con Oficio N° 741-2017-OS-GSM notificado en la fecha antes indicada, se le citó para audiencia de informe oral.
 - f) Con escrito presentado el 22 de diciembre de 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700009820, HORIZONTE remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción.
 - g) Los representantes de HORIZONTE no asistieron al informe oral programado el 26 de diciembre de 2017, tal como se verifica del Acta que obra a fojas 97 del expediente.
2. Mediante escrito del 22 de febrero de 2018, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700009820, HORIZONTE interpuso su recurso de apelación contra la Resolución N° 259-2018, solicitando se declare su nulidad en atención a los siguientes fundamentos:

³ Cabe precisar que para la determinación y graduación de las sanciones se consideraron los criterios, metodología y la probabilidad de detección 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. Asimismo, se aplicó lo dispuesto en la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

⁴ La unidad minera "Acumulación Parcoy", se encuentra ubicada en el distrito de Parcoy, provincia de Patate y departamento de la Libertad.

⁵ Documento notificado con la Cédula de Notificación N° 771-2017-OS-GSM que obra a fojas 85 del expediente.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Con relación a que sí cuenta con autorización para depositar azul de Prusia y sólidos que se generan de la reacción de degradación con el sulfato ferroso en los Vasos A-1 y A-2

- a) Refiere que no se ha considerado que la Planta Parcoy y sus componentes (relavera Chilcapampa), han sufrido diversos cambios y modificaciones que se encuentran amparados en los expedientes técnicos, informes y estudios de impacto ambiental aprobados por las autoridades competentes en el marco de la normativa minera, lo cual es un descuido de la Autoridad, toda vez que el supuesto de hecho que constituye la presunta infracción se encuentra previsto y amparado en instrumentos aprobados por el Ministerio de Energía y Minas, en adelante MINEM. Además, ha realizado sus operaciones de acuerdo a los instrumentos de gestión ambiental, garantizando que sus trabajos sean realizados cumpliendo los estándares de seguridad al contar con certificados de estabilidad física, química e hidrológica expedida por empresas autorizadas por el MINEM.

Sostiene que en el expediente técnico del Estudio de Impacto Ambiental, en adelante EIA, de ampliación de 1500 a 2000 TM/D de la planta Parcoy, que fue presentado al MINEM el 31 de enero de 2013 y aprobado mediante Resolución Directoral N° 469-2014-MEN/DGAAM del 16 de setiembre de 2014, su empresa estaba autorizada para depositar azul de Prusia y sólidos que se generan de la reacción de degradación con el sulfato ferroso en el vaso A-1, pues dicha situación fue considerada en el referido expediente, específicamente en el ítem 5.6.8 de los folios 0440 y 0441. Adjunta a su recurso la citada resolución y la parte del EIA.

"5.6.8. Planta de degradación:

Actualmente la solución cianurada (sangría) proveniente de la Planta de Beneficio producto de sus operaciones metalúrgicas es depositado en dos tanques de almacenamiento, desde este punto se lleva la solución decantada través de tuberías hasta los tanques reactores para la detoxificación. El método utilizado es mediante la adición de una solución al 10 % dl Sulfato Ferroso Monohidratado al tanque reactor N° 1 y Peróxido de Hidrógeno al 50% al tanque reactor N° 2, obteniéndose por agitación el precipitado azul Prusia. La solución con el precipitado de Azul Prusia es bombeada al vaso A-1, aquí se adiciona floculante Magnafloc 351 para sedimentar el precipitado, la solución decantada pasa al tanque reactor N° 4, donde se adiciona Cal para precipitar los sólidos y elevar el Ph, el rebose de este tanque pasa al tanque reactor N° 5, donde se termina la agitación, finalmente la solución llega a dos pozas de sedimentación de sólidos, de donde es evacuado al río Parcoy, pasando previamente por las columnas de carbón activado, cumpliendo con los estándares de emisión según lo estipula el ministerio en cuanto a cianuro total y metales pesados." (Subrayado y negritas son de la administrada)

- b) En cuanto al Vaso A-2 de la relavera Chilcapampa señala que en este se viene almacenando solución cianurada, lo que se encuentra autorizado en virtud a los EIA que modifican el estudio realizado en mayo de 1997. A fin de corroborar dicha afirmación, adjunta al presente recurso el *flow sheet* de la relavera Chilcapampa del cual tiene conocimiento el MINEM.

Por tanto, sí estaba autorizada para almacenar Azul de Prusia y sólidos que se generan de la reacción de degradación con el sulfato ferroso en el vaso A-1 y solución cianurada y otros sólidos en el vaso A-2, a fin de continuar con el proceso de degradación y vertimiento

respectivo, lo cual desvirtúa la supuesta infracción al artículo 323° del RSSO, referida al incumplimiento del estudio de diseño de depósito de relaves elaborado en 1997, cuya última modificación se efectuó a través del instrumento ambiental antes citado.

En cuanto a que no se dejó constancia de los hechos constatados ni de la supuesta infracción en el Acta de Supervisión vulnerando el Derecho de Defensa y el Debido Procedimiento

- c) La recurrente señala que la empresa supervisora o en su defecto el personal de OSINERGMIN, tienen la obligación como mínimo de consignar en el Acta los hechos materia de constatación, dando la oportunidad al titular minero de realizar las aclaraciones y observaciones respectivas (derecho de defensa), sobre todo si se trata de un hecho que puede constituir infracción y ser pasible de sanción, conforme a lo previsto en el artículo 27.11 del Reglamento de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Energéticas y Mineras, aprobado por Resolución N° 171-2013-OS/CD, vigente al momento de la realización de la supervisión, el cual no fue cumplido en este caso; atentando contra el debido procedimiento.

Por ello, indica que no se dejó constancia en el acta de ningún hecho constatado, vulnerando las disposiciones del reglamento de supervisión, pues no se le dio la oportunidad de realizar las aclaraciones y/u observaciones de los hechos constatados, más aún si los mismos pueden constituir infracción o ser pasibles de sanción, o en su defecto someterse a los supuestos de subsanación voluntaria, toda vez que el procedimiento ya se había iniciado, lo cual infringe el debido procedimiento y su derecho de defensa. Adjunta el Acta de Supervisión a fin de sustentar sus afirmaciones.

Agrega que la vulneración al debido procedimiento y el derecho de defensa constituye una actitud arbitraria de cualquier autoridad.⁶

Respecto a que OSINERGMIN carece de competencia

- d) Señala que OSINERGMIN se está excediendo en sus competencias al iniciar un procedimiento

⁶ La recurrente cita el Fundamento 3 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 01234-2012-PA/TC 3. Que este Tribunal ha establecido que "El debido procedimiento en sede administrativa supone una garantía genérica que resguarda los derechos del administrado durante la actuación del poder de sanción de la administración. Implica, por ello, el sometimiento de la actuación administrativa a reglas previamente establecidas, las cuales no pueden significar restricciones a las posibilidades de defensa del administrado y menos aún condicionamientos para que tales prerrogativas puedan ser ejercitadas en la práctica." (STC N.os 3741-2004-PA, fundamento 21, 615-2009-PA/TC, fundamento 4 y 5, 6136-2009-PA/TC, fundamento 2, 6785-2006-PA/TC, fundamento 9, entre otras).

Asimismo, ha manifestado que "El derecho de defensa en el ámbito del procedimiento administrativo de sanción se estatuye como una garantía para la defensa de los derechos que pueden ser afectados con el ejercicio de las potestades sancionatorias de la administración. Sus elementos esenciales prevén la posibilidad de recurrir la decisión, ya sea al interior del propio procedimiento administrativo o a través de las vías judiciales pertinentes; la posibilidad de presentar pruebas de descargo; la obligación de parte del órgano administrativo de no imponer mayores obstrucciones para presentar los alegatos de descargo o contradicción y, desde luego, la garantía de que los alegatos expuestos o presentados sean debidamente valorados, atendidos o rebatidos al momento de decidir la situación del administrado." (STC N.os 3741-2004-PA, fundamento 25 y 6785-2006-PA/TC, fundamento 10)

Por otro lado, también se ha declarado que "El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado." Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto; y que, no son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto" (Cfr. STC N.os 2608-2009-PA/TC, 6132-2008-PA/TC, 3792-2009-PA/TC y 2597-2009-PA/TC, entre otras)

administrativo sancionador en virtud a la calificación de los componentes que puedan o no almacenarse en los vasos de la relavera Chilcapampa. Dicho organismo tiene competencias de fiscalización y sanción en materia de seguridad e infraestructura, y la calificación de los tipos de efluentes que se generan de las actividades mineras (determinación de compuestos, elementos químicos, reacciones químicas, etc.) y del respectivo vertimiento en un cuerpo receptor (o en su defecto la reutilización), es de competencia del OEFA y la ANA, tal como lo dispone el artículo 3° de la Ley N° 29901, Ley que precisa competencias de OSINERGMIN.

Sin embargo, en la visita de supervisión especial la empresa no ha dejado constancia de algún incumplimiento en materia de seguridad e infraestructura, ya que como se indicará posteriormente, su empresa ha cumplido con todos los estándares de seguridad e infraestructura al contar con toda la documentación que acredita la estabilidad de la relavera Chilcapampa, debiendo la autoridad limitarse a la verificación de dichas situaciones.

- e) Adicionalmente, la recurrente sostiene que la disposición de azul de Prusia y sólidos que se generen de la reacción de degradación con el sulfato ferroso, así como la solución cianurada en los vasos A-1 y A-2, es competencia de la OEFA (efluente) que se rige por la certificación ambiental y del ANA (vertimiento) que se rige por la autorización de vertimiento, al formar la solución de Prusia parte del sistema de degradación de cianuro.

Por ello, respecto al vaso A-1, su autorización de ampliación fue aprobada mediante Resolución Directoral N° 469-2014-MEM/DGAAM del 16 de setiembre de 2014, ratificada por la autoridad en materia de aguas con la autorización de vertimiento otorgada con la Resolución Directoral N° 087-2010-ANA-DGCRH del 16 de noviembre de 2010 y renovada con la Resolución Directoral N° 017-2016-ANA-DGCRH del 29 de enero de 2016, la cual adjunta al presente recurso. De la misma manera agrega que el Vaso A-2 de la relavera Chilcapampa almacenó solución cianurada de acuerdo a lo establecido en su EIA.

Además, indica que el almacenamiento de solución Prusia y la retención de sólidos que se generan de la reacción de degradación con el sulfato ferroso, obedecen a un proceso ajeno al expediente técnico de la concesión de beneficio, cuya autoridad competente para autorizar su implementación y funcionamiento es la autoridad en materia de vertimiento el ANA quien solicita sustento ambiental para ello a la autoridad minera; en este caso, la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del MINEM. En ese sentido, carece de objeto señalar que forman parte de la imputación la disposición de relaves, estabilidad física, construcción u operación, entre otras, lo cual no ocurrió en este caso.

Igualmente, señala que el artículo 323° del RSSO resulta inaplicable pues el vertimiento de azul de Prusia y sólidos que se generen de la reacción de degradación con el sulfato ferroso, así como la solución cianurada, se encuentran habilitadas por la autorización de vertimiento de aguas residuales industriales tratadas procedentes de la Planta de Degradación "Chilcapampa" de la Unidad de Producción Acumulación Parcoy N° 01.



Sobre que el Cuadro de Tipificación no prevé los supuestos establecidos en el RSSO

- f) Indica que la imputación de la infracción al artículo 323° del RSSO no se encontraba prevista al momento de la supervisión en el Cuadro de Tipificación aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD. Este cuadro no contemplaba dentro de sus supuestos ni en su base legal, de forma expresa o implícita, los supuestos del RSSO. Además, el referido cuadro no se encontraba vigente a la fecha de inicio del presente procedimiento administrativo sancionador.

Refiere que la potestad sancionadora sólo es válida para aplicar sanciones cuando las normas que califican un supuesto de infracción determinan el supuesto de hecho (acción u omisión) y la posible sanción (consecuencia jurídica), es así que el artículo 323° del RSSO describe sólo el supuesto de hecho, pero no prescribe de manera fehaciente la consecuencia jurídica (sanción), constituyéndose en una norma penal incompleta, pues la posible sanción se encuentra regulada en un instrumento jurídico diferente, como lo es el Cuadro de Tipificación citado líneas arriba.⁷

Por lo tanto, precisa que el presente procedimiento ha utilizado una tipificación que al momento de la supuesta comisión de la infracción no regulaba al RSSO, es decir no calificaba como infracción el artículo 323° de dicho reglamento. En ese sentido, la actuación de la administración vulnera el Principio de Tipicidad y es arbitraria.

3. A través del Memorándum N° GSM-105-2018, recibido el 6 de marzo de 2018, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a que sí cuenta con autorización para depositar azul de Prusia y sólidos que se generan de la reacción de degradación con el sulfato ferroso en los Vasos A-1 y A-2

4. En cuanto a lo sostenido en los literales a) y b) del numeral 2 de la presente resolución,

⁷ La recurrente cita el Fundamento N° 12 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1873-2009-PA/TC

"(...)

No obstante la existencia de estas diferencias, existen puntos en común, pero tal vez el más importante sea el de que los principios generales del derecho penal son de recibo, con ciertos matices, en el derecho administrativo sancionador. Sin agotar el tema, conviene tener en cuenta cuando menos algunos de los que son de recibo, protección y tutela en sede administrativa:

a. Principio de legalidad (nullum crimen, nullum poena, sine lege), conforme al cual la ley debe preceder a la conducta sancionable, determinando el contenido de la sanción (...).

b. Principio de tipicidad, en mérito al cual, la descripción legal de una conducta específica aparece conectada a una sanción administrativa. Esta exigencia deriva de dos principios jurídicos específicos; el de libertad y el de seguridad jurídica. Conforme al primero, la conductas deben estar exactamente delimitadas, sin indeterminaciones, mientras que en relación al segundo, los ciudadanos deben estar en condiciones de poder predecir, de manera suficiente y adecuada, las consecuencias de sus actos, por lo que no caben cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitan una actuación librada al "arbitrio" de la administración, sino que ésta sea prudente y razonada.

Conforme a este principio, los tipos legales genéricos deben estar proscritos y aunque la Administración a veces se conduzca sobre la base de estándares deontológicos de conducta, estos son insuficientes, por sí solos, para sancionar, pues aunque se pueden interpretar como conceptos jurídicos indeterminados, la sanción debe sustentarse en análisis concretos y pormenorizados de los hechos, desde conceptos jurídicos y no sobre la base de juicios apodícticos o que invoquen en abstracto el honor o la dignidad de un colectivo, puesto que los tribunales administrativos no son tribunales "de honor", y las sanciones no pueden sustentarse en una suerte de "responsabilidad objetiva del administrado", lo que nos lleva a revisar el siguiente principio. {...)" (Subrayado y negritas agregadas por la administrada)

corresponde indicar que el artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, y el artículo 89° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, establecen que la responsabilidad administrativa por el incumplimiento de las disposiciones legales y técnicas bajo el ámbito de competencia de OSINERGMIN es objetiva, por lo que es suficiente que se constate el incumplimiento de la norma para que HORIZONTE sea la responsable de la comisión de la infracción administrativa.⁸

Al respecto, en este caso se le imputa a la recurrente la infracción al artículo 323° del RSSO, el cual establece que "Los depósitos de relaves, pads, pilas de lixiviación y botaderos de desmontes deberán construirse y operarse de acuerdo al expediente técnico, así como a sus autorizaciones de construcción y funcionamiento otorgadas por la Dirección General de Minería o Gobierno Regional, según corresponda, debiéndose controlar los parámetros de diseño (condiciones geométricas y parámetros operativos) aprobados." (Subrayado nuestro)

Bajo este marco legal, OSINERGMIN, en ejercicio de sus funciones, del 6 al 8 de octubre de 2016 realizó una visita de supervisión a la unidad minera "Acumulación Parcoy N° 1" de titularidad de la recurrente, conforme se aprecia del Informe de Supervisión obrante de fojas 4 a 36 del expediente. Cabe indicar que de acuerdo a dicho documento y tal como fue expuesto en la resolución impugnada, la infracción imputada a HORIZONTE se sustenta en lo siguiente:

- i) La Resolución de fecha 4 de enero de 1999 que autorizó el funcionamiento del depósito de relaves Chilcapamapa, que obra de fojas 23 reverso a 25 del expediente, sustentada en el estudio "Diseño del Depósito de Relaves Chilcapampa", elaborado en mayo de 1997 por la empresa consultora Knight Piésold, la cual estableció que en el depósito de relaves se depositarán relaves cianurados, filtrados y compactados, tal como se observa de fojas 34 reverso a 36 reverso del expediente.
- ii) De acuerdo al Informe de Supervisión, relacionado a la visita efectuada del 6 al 8 de octubre de 2016 se constató que: *"(...) el titular de la actividad minera ha construido (...) pozas, denominadas: A1, A2 (...), donde han almacenado solución Prusia (...), incumpliendo con el diseño aprobado, que indica que se debe depositar relaves cianurados filtrados y compactados al 95% del Proctor Estándar. (...)".* Dicha situación fue consignada a fojas 6 reverso del expediente.

Asimismo, a fojas 15 del expediente, en el Informe de Supervisión se señaló: *"El depósito de relaves Chilcapampa, vaso A1, fue utilizado como cancha de contingencia para*

⁸ Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG).

"Artículo 1°.- Facultad de Tipificación

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

Decreto Supremo N° 054-2001-PCM

"Artículo 89°.- Responsabilidad del Infractor

La responsabilidad del infractor en caso de procedimientos administrativos sancionadores que se sigan ante OSINERG, debe distinguirse de la responsabilidad civil o penal que se origine, de los hechos u omisiones que configuren infracción administrativa. La responsabilidad administrativa por incumplimiento de las disposiciones legales, técnicas, derivadas de contratos de concesión y de las dictadas por OSINERG es objetiva."

RESOLUCIÓN N° 189-2018-OS/TASTEM-S2

almacenar la solución de Prusia y retención de sólidos que se generan de la reacción de degradación con el sulfato ferroso, (...). El depósito de relaves Chilcapampa, vaso A2, fue utilizado como cancha de contingencia para almacenar la solución de Prusia y retención de sólidos que se generan de la reacción de degradación con el sulfato ferroso, incumpliendo el estudio "Diseño del Depósito de Relaves Chilcapampa" de mayo de 1997.

- iii) En las fotografías N° 13 y 14° que obran a fojas 14 del expediente se observan los Vasos A-1 y A-2, en donde se venían almacenando solución de Prusia y retención de sólidos.

Adicionalmente, cabe indicar que en el Informe de Supervisión, a fojas 6 reverso del expediente se indicó que: *"Durante la supervisión operativa de geotecnia efectuada del 4 al 7 de julio de 2016, se dejó como recomendación N° 1, que el titular de actividad minera debe prescindir la utilización del vaso A2 del depósito de relaves Chilcapampa. Sin embargo, se verificó que el titular de la actividad minera viene incumpliendo dicha recomendación, debido a que viene utilizando el vaso a2 del depósito de relaves Chilcapampa, como cancha de contingencia para almacenar la solución de Prusia."*

En efecto, a fojas 25 reverso del expediente, obra el Acta de Recomendaciones de la visita de supervisión antes indicada, la cual fue suscrita por los representantes de HORIZONTE, entre los que se encontraban el Superintendente de Planta de Beneficio, el Superintendente de SSO, el Gerente General de Operaciones, el Jefe de Ingeniería & Servicios Técnicos y el Jefe Legal Mina, quienes no consignaron observaciones a lo dispuesto en dicha ocasión por los supervisores. El documento antes citado, consignó como recomendación, que: "El titular minero prescindirá de hacer uso del vaso A-2, del depósito de relaves Chilcapampa, debiendo ejecutar las actividades establecidas en la Cuarta Modificación del Plan de Cierre de Minas, aprobado por el Ministerio de Energía y Minas." Esta recomendación debía cumplirse en el plazo "inmediato". (Subrayado nuestro)

Es decir, antes de efectuarse la supervisión de octubre de 2016, materia del presente procedimiento administrativo sancionador, en julio del mismo año OSINERGMIN ya había advertido a la recurrente que no debía hacer uso del vaso A-2 del depósito de relaves Chilcapampa. Tal es así que, a través del escrito del 20 de julio de 2016, obrante de fojas 27 a 32 del expediente, con ocasión de la recomendación dispuesta en la visita de supervisión realizada del 4 a 7 de julio de 2016, la recurrente presentó su informe de subsanación, indicando: "El vaso A-2 no se encuentra operando y se procederá posteriormente a realizar actividades contempladas en el plan de cierre según la cuarta modificación aprobada por el Ministerio de Energía y Minas". (Subrayado nuestro)

De otro lado, la recurrente refiere que estaba autorizada para depositar azul de Prusia y sólidos que se generan de la reacción de degradación con el sulfato ferroso en los vasos A-1 y A-2 en virtud del expediente técnico del EIA presentado al MINEM el 31 de enero de 2013 y aprobado mediante Resolución Directoral N° 469-2014-MEN/DGAAM del 16 de setiembre de 2014. Al respecto, conviene referir que según lo dispuesto en el artículo 16° del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, aprobado por Decreto Supremo N° 019-

2009-MINAM, la certificación ambiental sólo implica el pronunciamiento de la autoridad sobre la viabilidad ambiental del proyecto de inversión, mas no constituye el otorgamiento de otros títulos habilitantes exigidos por la normativa para su ejecución⁹.

En este sentido, el artículo 22° del citado Reglamento realiza una distinción entre la certificación ambiental y las demás licencias, derechos, autorizaciones u otros títulos habilitantes requeridos para iniciar la ejecución del proyecto; estableciendo, entre otros, que en aquellos casos en que la certificación ambiental constituya requisito para la obtención de dichos títulos habilitantes, estos últimos no podrán otorgarse sin que se cuente previamente con la aprobación del estudio ambiental respectivo¹⁰.

Asimismo, el artículo 55° del referido Reglamento señala que la Resolución que aprueba el EIA constituye la Certificación Ambiental, por lo que faculta al titular para obtener las demás autorizaciones, licencias, permisos u otros requerimientos que resulten necesarios para la ejecución del proyecto de inversión.¹¹

Confirmando lo anterior la propia Resolución Directoral N° 469-2014-MEM/DGAAM del 16 de setiembre de 2014, mediante la cual se aprobó a favor de HORIZONTE el EIA del proyecto "Ampliación de capacidad instalada de la Concesión de Beneficio Planta Parcoy de 1500 a 2000 TMD", dispuso en su artículo 5° que: "La aprobación del Estudio de Impacto Ambiental no constituye el otorgamiento de autorizaciones, permisos y otros requisitos legales con los que deberá contar el titular del proyecto minero para operar, de acuerdo a lo establecido en la normatividad vigente". (Subrayado nuestro)

⁹ Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM

Artículo 16.- Alcances de la Certificación Ambiental

La Certificación Ambiental implica el pronunciamiento de la Autoridad Competente sobre la viabilidad ambiental del proyecto, en su integridad. Dicha autoridad no puede otorgar la Certificación Ambiental del proyecto en forma parcial, fraccionada, provisional o condicionada, bajo sanción de nulidad.

¹⁰ Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM.

Artículo 22.- Otorgamiento de licencias, derechos y autorizaciones para proyectos de inversión

No podrán otorgarse licencias, derechos, autorizaciones, ni cualquier otro título habilitante para el inicio de la ejecución de proyectos de inversión sujetos al SEIA, sin contar con la Certificación Ambiental expedida por la Autoridad Competente.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, las Autoridades Competentes, según corresponda, podrán emitir certificados, constancias o similares que sean requisito para obtener la Certificación Ambiental, sin que ello implique autorización para ejecutar parcial o totalmente las obras o actividades de los proyectos de inversión.

El titular puede, bajo su cuenta y riesgo, iniciar trámites administrativos que tengan como requisito la certificación ambiental, lo cual en ningún caso implicará la posibilidad de ejecutar parcial o totalmente el proyecto, ni la ampliación de los plazos legalmente establecidos para dichos trámites. En este último caso, la autoridad a cargo de dichos trámites debe aplicar los apercibimientos de ley y sólo podrá resolverlos después de otorgada la Certificación Ambiental por la Autoridad Competente.

La denegatoria de la Certificación Ambiental no genera la obligación de devolver los montos pagados por el titular por concepto de derecho de tramitación o la posibilidad de reutilizarlos, así como no dará lugar a derechos adquiridos ni responsabilidad alguna para las autoridades intervinientes.

¹¹ Artículo 55.- Resolución aprobatoria

La Resolución que aprueba el EIA constituye la Certificación Ambiental, por lo que faculta al titular para obtener las demás autorizaciones, licencias, permisos u otros requerimientos que resulten necesarios para la ejecución del proyecto de inversión.

La Certificación Ambiental obliga al titular a cumplir con todas las obligaciones para prevenir, controlar, mitigar, rehabilitar, compensar y manejar los impactos ambientales señalados en el Estudio de Impacto Ambiental. Su incumplimiento está sujeto a sanciones administrativas e incluso puede ser causal de cancelación de la Certificación Ambiental.

El otorgamiento de la Certificación Ambiental no exime al titular de las responsabilidades administrativas, civiles o penales que pudieran derivarse de la ejecución de su proyecto, conforme a ley.

RESOLUCIÓN N° 189-2018-OS/TASTEM-S2

De acuerdo a lo expuesto, el EIA no constituye autorización de construcción ni de funcionamiento, por lo que la recurrente no puede ampararse en el referido estudio a fin de justificar el almacenamiento en el Vaso A-1 de azul de Prusia y sólidos que se generen de la reacción de degradación con el sulfato ferroso, toda vez que previamente debió contar con la correspondiente autorización de funcionamiento por parte de la DGM.

Ahora bien, de acuerdo a la autorización de funcionamiento otorgada con la Resolución del 4 de junio de 1999, para el depósito de relaves Chilcapampa, respecto al Vaso A-2, HORIZONTE debía almacenar relave cianurado, filtrado y compactado, y no solución cianurada, por lo que el *Flow sheet* que adjuntó a su descargo no desvirtúa el incumplimiento imputado.

Así pues, tal como fue indicado por la GSM en la resolución impugnada, no es admisible la disposición de solución cianurada dado que el depósito de relaves Chilcapampa no ha sido diseñado para almacenar una solución cuyo porcentaje de agua supera a los relaves cianurados que deben estar filtrados y compactados; situación que no favorece su estabilidad física.

Adicionalmente, la recurrente manifiesta que realiza sus operaciones cumpliendo los estándares de seguridad al contar con certificados de estabilidad física, química e hidrológica expedida por empresas autorizadas por el MINEM. Sobre el particular, corresponde precisar que la obligación relacionada con la estabilidad física no ha sido materia del presente procedimiento administrativo sancionador. Además, OSINERGMIN no resulta competente para evaluar la estabilidad química o hidrológica de un componente.

En consecuencia, conforme ha sido sustentado, el hecho imputado a título de infracción se encuentra debidamente acreditado en función al contenido de los documentos antes citados, los cuales fueron recabados durante la labor de supervisión y forman parte del Informe de Instrucción Inicio de PAS N° 742-2017. En virtud al Principio de Presunción de Licitud y el numeral 171.2 del artículo 171° del T.U.O. de la Ley N° 27444, correspondía a la apelante presentar las alegaciones y pruebas de descargo que desvirtúen el contenido de éstos y, por consiguiente, su responsabilidad por el ilícito administrativo, lo que no ocurrió¹².

En consecuencia, conforme a lo sustentado en los párrafos precedentes, este extremo del recurso de apelación deviene infundado.

Con relación a que no se dejó constancia de los hechos constatados ni de la supuesta infracción en el Acta de Supervisión vulnerando el Derecho de Defensa y el Debido Procedimiento

5. Sobre lo señalado en el literal c) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que de acuerdo al numeral 2 del artículo 253° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Legislativo N° 1272, en adelante el T.U.O. de la Ley N° 27444, "con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación,

¹² T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo 171.- Carga de la prueba (...)

171.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones."

RESOLUCIÓN N° 189-2018-OS/TASTEM-S2

averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación”¹³.

Ello, en tanto que al momento de la supervisión se constatan indicios de la comisión de la infracción, los mismos que, posteriormente en gabinete, son analizados. En efecto, el órgano instructor, en ejercicio de sus funciones, debe evaluar técnica y legalmente los hechos constatados, por lo que se encuentra plenamente habilitado a recurrir a diversos medios probatorios, tales como los informes de supervisión, a fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones previstas en la normativa vigente, o la existencia de indicios suficientes que presuman la comisión de una infracción. Culminado ello, procederá a emitir el informe de instrucción correspondiente.

Conforme ha sido desarrollado en los artículos 16° y 18° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, en adelante RSFS, vigente al momento de iniciar el presente procedimiento, los informes de supervisión y documentación correspondiente son evaluados por el órgano instructor quien, en caso de advertir la existencia de indicios que hagan presumir la comisión de la infracción, debe dar inicio al correspondiente procedimiento administrativo sancionador.

Aunado a ello, el artículo 14° del RSFS indica que el Informe de Supervisión es el documento elaborado por la Empresa Supervisora o por Osinergmin, mediante el cual sustenta los hechos verificados durante una acción de supervisión. Su contenido se presume cierto, salvo prueba en contrario. El informe elaborado por la Empresa Supervisora no tiene carácter vinculante para Osinergmin. El Informe de supervisión, así como la documentación que le sirve de sustento, se entregan al Órgano Instructor para que actúe de conformidad con el RSFS, en lo que corresponda.¹⁴

Además, corresponde hacer referencia al numeral 43.1 del artículo 43° de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el numeral 50.1 del artículo 50° del T.U.O. de la Ley N° 27444, el cual dispone que son documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades públicas, mientras que el artículo 165° de la citada Ley en concordancia con el artículo 174° de su T.U.O. establece que son hechos no sujetos a probanza aquellos que se hayan verificado con ocasión del ejercicio de las funciones de la autoridad administrativa.¹⁵

¹³ 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.

¹⁴ RSFS

“Artículo 14.- Informe de supervisión

Es el documento elaborado por la Empresa Supervisora o por Osinergmin, mediante el cual sustenta los hechos verificados durante una acción de supervisión. El contenido del informe de supervisión se presume cierto, salvo prueba en contrario. El informe elaborado por la Empresa Supervisora no tiene carácter vinculante para Osinergmin.

El Informe de supervisión, así como la documentación que le sirve de sustento, se entregan al Órgano Instructor para que actúe de conformidad con el presente Reglamento, en lo que corresponda.”

¹⁵ T.U.O. de la Ley N° 27444

“Artículo 50.- Valor de documentos públicos y privados

50.1 Son considerados documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades.”

“Artículo 174.- Hechos no sujetos a actuación probatoria

De conformidad con la norma citada y sus facultades de supervisión, OSINERGMIN realizó la evaluación en gabinete del Informe de Supervisión “Depósito de Relaves Chilcapampa (en operación)” y las fotografías N° 13 y N° 14, obtenidos en virtud a la visita de supervisión realizada del 6 al 8 de octubre de 2016, lo cual otorgó indicios suficientes para determinar que la recurrente operaba los Vasos A-1 y A-2 del depósito de relaves Chilcapampa para almacenar la solución de Prusia y retención de sólidos que generan de la reacción de degradación con el sulfato ferroso, incumpliendo el estudio “Diseño del Depósito de Relaves Chilcapampa”, elaborado en mayo de 1997 por la empresa consultora Knight Piésold, que señala que este componente servirá como depósito de relaves cianurados, filtrados y compactados; estudio que sustenta la autorización de funcionamiento aprobada por Resolución de fecha 4 de enero de 1999, lo cual configuraba una infracción administrativa.

Por lo tanto, en el ejercicio de las funciones amparadas en el RSFS, se decidió el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador por infracción al 323° del RSSO, lo cual fue puesto de conocimiento a HORIZONTE a través del Informe de Instrucción Inicio de PAS N° 742-2017, remitido con el Oficio N° 1232-2017, notificado el 13 de junio 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.

Asimismo, es importante precisar que los titulares mineros se encuentran obligados a cumplir las disposiciones mineras vigentes desde su publicación y en todo momento del desarrollo de sus operaciones, de conformidad con establecido en los artículos 103° y 109° de la Constitución Política del Perú¹⁶. En consecuencia, HORIZONTE debió cumplir con el artículo 323° del RSSO, máxime si cuenta con una autorización de funcionamiento emitida por la autoridad competente, sustentada en un estudio técnico, el cual dispone el tipo de relaves a depositarse en el componente minero antes citado, con independencia de que en el Acta de Supervisión se hubiese indicado la constatación de dicho hecho o no.

Adicionalmente, es importante agregar que el numeral 27.11 del artículo 27° del Reglamento de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 171-2013-OS/CD, fue dejado sin efecto por el artículo 3° de la Resolución N° 037-2016-OS/CD publicada el 15 de marzo de 2016 en el diario oficial El Peruano, por lo que no estaba vigente a la fecha de la visita de supervisión realizada del 6 al 8 de octubre de 2016.

En consecuencia, se advierte que el procedimiento especial aplicable por OSINERGMIN, desarrollado mediante el RSFS, ha respetado las disposiciones contenidas en el T.U.O. de la Ley N° 27444, por lo que el pronunciamiento de la primera instancia fue emitido cumpliendo el marco normativo aplicable, respetando las garantías del debido procedimiento que le asisten a la administrada, así como los principios del derecho administrativo, por lo que no se ha

No será actuada prueba respecto a hechos públicos o notorios, respecto a hechos alegados por las partes cuya prueba consta en los archivos de la entidad, sobre los que se haya comprobado con ocasión del ejercicio de sus funciones, o sujetos a la presunción de veracidad, sin perjuicio de su fiscalización posterior.”

¹⁶ 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 (...).”

“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”.

configurado causal alguna para declarar la nulidad de la resolución impugnada, ni el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador. En ese sentido, se debe declarar infundado el recurso de apelación en estos extremos.

Respecto a que OSINERGMIN carece de competencia

6. Con relación a lo manifestado en los literales d) y e) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que conformidad con el Principio de Debido Procedimiento establecido el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, los administrados gozan de todos los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo, que comprenden 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.¹⁷ (Subrayado es nuestro)

Asimismo, los artículos 70° y 74° del T.U.O de la Ley N° 27444 establecen que las competencias de las entidades tienen su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan, por lo que su ejercicio es una obligación directa del órgano administrativo que la tiene atribuida como propia¹⁸.

Ahora, mediante la Ley N° 28964, publicada el 24 de enero de 2007, se transfirieron a OSINERGMIN las competencias de fiscalización de las actividades mineras definidas en la Ley N° 27474, Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras, cuyo artículo 2° establecía que el ámbito de la fiscalización involucraba, entre otros, las disposiciones legales, normas técnicas y procedimientos administrativos referidos a aspectos de seguridad e higiene minera¹⁹. (Subrayado nuestro)

¹⁷ T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de 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. (...)"

¹⁸ T.U.O. de la Ley N° 27444

Artículo 70.- Fuente de competencia administrativa

70.1 La competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan.

Artículo 74.- Ejercicio de la competencia

74.1 El ejercicio de la competencia es una obligación directa del órgano administrativo que la tenga atribuida como propia, salvo el cambio de competencia por motivos de delegación o evocación, según lo previsto en esta Ley.

¹⁹ Ley N° 28964

Artículo 2.- De la transferencia de funciones al organismo competente

Transfírase las competencias de fiscalización minera, establecidas en la Ley N° 27474, Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras, al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería.

Ley N° 27474

Artículo 2°.- Ámbito de aplicación de la ley

Las disposiciones legales, normas técnicas y procedimientos administrativos, aplicables en la labor a que se refiere el artículo anterior corresponden a:

1. Normas de seguridad e higiene mineras. (...)

Luego, en el artículo 3° de la Ley N° 29901, Ley que precisa competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) y su Primera Disposición Complementaria Final, se estableció que este Organismo es competente para supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas, entre otros, con la actividad minera; manteniendo las competencias en temas de seguridad de la infraestructura de dicho subsector, y que mediante Decreto Supremo se aprobaría el listado de funciones bajo el ámbito de competencia del OSINERGMIN²⁰. (Subrayado agregado)

Es así que a través del Decreto Supremo N° 088-2013-PCM se publicó el 10 de agosto de 2013 en el diario oficial El Peruano, el Listado de Funciones Técnicas bajo la competencia de OSINERGMIN, cuyo numeral 4 del Anexo 2 establece como función del regulador la de supervisar, en el ámbito de su competencia, las siguientes actividades mineras, en aspectos de:

- Geomecánica
- Ventilación
- Plantas de beneficio, fundición, refinerías, depósitos de concentrados y plantas de relleno hidráulico.
- Transporte, maquinarias e instalaciones auxiliares.
- Depósitos de relaves, pilas de lixiviación, depósito de desmontes y tajo abierto.
- Estabilidad física de depósitos de relaves, pilas de lixiviación, depósito de desmontes, tajo abierto y labores subterráneas, y demás aspectos de seguridad de la infraestructura minera, aprobados en el Plan de Cierre de Minas. (Subrayado agregado)

En este caso, el procedimiento administrativo sancionador se inició por incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 323° del RSO, el cual establece lo siguiente:

"Los depósitos de relaves, pads, pilas de lixiviación y botaderos de desmontes deberán construirse y operarse de acuerdo al expediente técnico, así como a sus autorizaciones de construcción y funcionamiento otorgadas por la Dirección General de Minería o Gobierno Regional, según corresponda, debiéndose controlar los parámetros de diseño (condiciones geométricas y parámetros operativos) aprobados." (Subrayado nuestro)

En efecto, durante la supervisión realizada del 6 al 8 de octubre de 2016 en la unidad minera "Acumulación Parcoy", se detectó que HORIZONTE estaba operando el Vaso A-1 y A-2 del depósito de relaves Chilcapampa para almacenar la solución de Prusia y retención de sólidos que generan de la reacción de degradación con el sulfato ferroso, incumpliendo el estudio "Diseño del Depósito de Relaves Chilcapampa", elaborado en mayo de 1997 por la empresa

²⁰ Ley N° 29901

Artículo 3. Competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergrmin) para supervisar y fiscalizar

En concordancia con las precisiones establecidas en el artículo 2, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergrmin) es competente para supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos; manteniendo las competencias para fiscalizar la seguridad de la infraestructura de los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Funciones técnicas del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergrmin)

En un plazo no mayor a sesenta días, a propuesta del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergrmin) y mediante decreto supremo, con el voto favorable del Consejo de Ministros, se aprobará el listado de funciones técnicas que quedan bajo la competencia de este Organismo.

consultora Knight Piésold, que señala que este componente servirá como depósito de relaves cianurados, filtrados y compactados; estudio que sustenta la autorización de funcionamiento aprobada por Resolución de fecha 4 de enero de 1999.

De acuerdo a ello, se advierte que el incumplimiento está vinculado a la inobservancia de los parámetros aprobados mediante la Resolución del 4 de enero de 1999 para el funcionamiento y operación del depósito de relaves Chilcapampa, lo cual involucra supervisar aspectos de seguridad y estabilidad física de dicho componente minero; ámbito respecto del cual OSINERGMIN sí tiene competencias conforme al marco legal antes descrito.

De otro lado, conforme ha sido desarrollado en el numeral 3 de la presente resolución, se ha verificado que HORIZONTE incumplió el estudio "Diseño de Depósito de Relaves Chilcapampa" que sustentó la autorización de funcionamiento antes citada, la cual establecía que el referido depósito se depositarán relaves, cianurados, filtrados y compactados. Si la empresa deseaba variar los parámetros de disposición previamente evaluados técnicamente por la autoridad minera (Dirección General de Minería – DGM), debió previamente modificar el diseño del depósito y solicitar la autorización de funcionamiento a la DGM.

Adicionalmente, cabe precisar que no ha sido materia de competencia de este procedimiento administrativo sancionador el sancionar a la empresa imputada por el incumplimiento de obligaciones o disposiciones ambientales relacionadas con la generación, reutilización de efluentes, vertimientos o autorizaciones a cargo de la OEFA o de la ANA.

Respecto a la justificación de la disposición de almacenamiento de azul de Prusia y sólidos en los Vasos 1-A y A-2, considerando el EIA para la ampliación de la capacidad instalada de la Planta de Beneficio Parcoy, corresponde hacer referencia a lo expuesto en el numeral 4 de la presente resolución.

En cuanto a que no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 323° del RSSO, se debe indicar que la norma prevé que los depósitos de relaves, pads, pilas de lixiviación y botaderos de desmontes deberán operarse de acuerdo al expediente técnico, así como a sus autorizaciones de funcionamiento otorgadas por la Dirección General de Minería o Gobierno Regional, según corresponda, debiéndose controlar los parámetros de diseño (condiciones geométricas y parámetros operativos) aprobados. En efecto, tal como se ha indicado anteriormente, en este caso se detectó que HORIZONTE incumplió los parámetros técnicos de operación del depósito de relaves "Chilcapampa", aprobados y autorizados por la DGM en la Resolución del 4 de enero de 1999, por lo que dicho dispositivo legal sí resulta aplicable, careciendo de sustento lo alegado por la recurrente.

De acuerdo a lo expuesto en los párrafos precedentes estos extremos del recurso de apelación devienen en infundados.

En cuanto a que el Cuadro de Tipificación no prevé los supuestos establecidos en el RSSO

7. Sobre lo señalado en el literal f) del numeral 2 de la presente resolución, se debe precisar que

el Principio de Tipicidad establecido en el numeral 4 del artículo 246° de la citada norma, 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 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 vía reglamentaria²¹.

Dicho esto, se debe señalar que 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 Privadas en los Servicios Públicos, se estableció que los Organismos Reguladores cuentan con la función normativa, que les faculta 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 como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión²².

A través del artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, se estableció que el Consejo Directivo de este Organismo 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 sanciones²³.

²¹ T.U.O. 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.- 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 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. (...)"

²² 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; (...)"

²³ 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.

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, entre otras, el incumplimiento de diversas disposiciones del RSSO, y se establece la sanción aplicable.

De acuerdo a ello, en el presente caso, se imputó a la apelante la infracción tipificada en el numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD, vigente al momento en que HORIZONTE incurrió en la conducta a sancionar, detectada durante la supervisión realizada del 6 al 8 de octubre de 2016, tal como se advierte en el Oficio N° 1232-2017 mediante el cual se le notificó el presente procedimiento administrativo sancionador, obrante a fojas 38 del expediente.

Al respecto, en el presente caso, se constata que el hecho verificado durante la supervisión realizada referido a: operar el Vaso A-1 y A-2 del depósito de relaves Chilcapampa para almacenar la solución de Prusia y retención de sólidos que generan de la reacción de degradación con el sulfato ferroso, incumpliendo el estudio "Diseño del Depósito de Relaves Chilcapampa", elaborado en mayo de 1997 por la empresa consultora Knight Piésold, que señala que este componente servirá como depósito de relaves cianurados, filtrados y compactados, estudio que sustenta la autorización de funcionamiento aprobada por Resolución de fecha 4 de enero de 1999, se subsume en el supuesto de hecho establecido en la obligación normativa prevista en el artículo 323° del RSSO, de acuerdo al Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras, aprobada por Resolución N° 286-2010-OS/CD.

Cabe señalar que el hecho imputado sí se adecúa a la conducta típica descrita en el numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD, la cual está vinculada a aspectos de autorización de funcionamiento en concesiones de beneficio (Plantas concentradoras, instalaciones pirometalúrgicas, y plantas hidrometalúrgicas, lixiviación y refinarias)

Asimismo, es importante mencionar que el cumplimiento del mandato de tipificación no exige declaración expresa de la norma sustantiva que establece la obligación (artículo 323° del RSSO) y predetermina la tipificación de la infracción dentro de la referencia legal del Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras, siendo suficiente que el hecho imputado se encuentre subsumido en la tipificación a aplicar, lo cual sí se ha cumplido en este caso.

Por lo tanto, el incumplimiento fue debidamente imputado, de acuerdo al Principio de Tipicidad, toda vez que el hecho verificado constituye un incumplimiento de la obligación normativa prevista en el artículo 323° del RSSO, el cual se encuentra tipificado en el numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD, el cual se encuentra tipificado en el numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD, conforme se indicó en el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador notificado a través del Oficio N° 1232-2017.

RESOLUCIÓN N° 189-2018-OS/TASTEM-S2

Adicionalmente, tal como lo ha sostenido la GSM en la resolución impugnada, la obligación prevista en el artículo 323° del actual RSSO (Decreto Supremo N° 024-2016-EM, vigente a la fecha de la visita de supervisión, estaba contenida también en el artículo 299° del anterior RSSO (Decreto Supremo N° 055-2010-EM), lo cual además fue informado a HORIZONTE al inicio del presente procedimiento, por lo que resulta evidente que se trata de una conducta cuyo incumplimiento configura infracción sancionable conforme al Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras. Además, cabe señalar que dicha infracción ha sido incorporada también en la actualización del citado Cuadro, aprobada mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD.

En ese sentido, se concluye que el pronunciamiento de la primera instancia ha respetado el Principio de Tipicidad, debiendo desestimarse lo alegado en este extremo del recurso de apelación.

De conformidad con el numeral 16.1 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 CONSORCIO MINERO HORIZONTE S.A., contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 259-2018 de fecha 30 de enero de 2018; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus extremos, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Jesús Francisco Roberto Tamayo Pacheco, Héctor Adrián Chávarry Rojas y José Luis Harmes Bouroncle.


JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE