

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 374-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 16 de octubre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201600150986 que contiene el recurso de apelación interpuesto por la empresa MINSUR S.A., representada por el señor César Alonso Palacios López, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 15-2018-OS/GSM de fecha 15 de junio del 2018, mediante la cual se declaró fundado en parte su recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2034-2017 de fecha 17 de noviembre del 2017 a través de la cual se le sancionó por incumplir el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM y el Reglamento de Diversos Títulos del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 03-94-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 2034-2017, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a MINSUR S.A., en adelante MINSUR, con una multa de 183.28 (ciento ochenta y tres con veintiocho centésimas) UIT, por incumplir el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, en adelante RPM; y el Reglamento de Diversos Títulos del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 03-94-EM, en adelante RDT, conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Al artículo 38° del RPM y al artículo 42° del RDT. ¹ Por operar la planta de molienda de escoria sin autorización de funcionamiento de la Dirección General de Minería.	Numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD ²	183.28 UIT

¹ Decreto Supremo N° 018-92-EM.

"Artículo 38.- Concluidas la construcción e instalación de la planta, el interesado dará aviso a la Dirección General de Minería para que proceda a ordenar una inspección a fin de comprobar que las mismas se han efectuado de conformidad con el proyecto original, en lo que se refiere a seguridad e higiene minera e impacto ambiental. Asimismo, acompañará la autorización de vertimientos de residuos industriales correspondiente. La diligencia de inspección deberá realizarse dentro de los sesenta (60) días naturales siguientes a la fecha en que fue solicitada. Si la inspección fuere favorable, la Dirección General de Minería otorgará el título de la concesión. Dicha resolución autorizará el funcionamiento de la planta, así como el uso de las aguas solicitadas y el sistema de vertimientos de los líquidos industriales y domésticos. (...)"

Decreto Supremo N° 03-94-EM

"Artículo 42.- Los titulares de la actividad minera requerirán la autorización de la Dirección General de Minería para el funcionamiento de las instalaciones adicionales y/o complementarias a las plantas de beneficio que tengan por objeto utilizar cualquier elemento resultante de su proceso minero-metalúrgico."

² Resolución N° 286-2010-OS/CD.

Anexo

Rubro B. Incumplimiento de normas técnicas de seguridad minera

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

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

1.3.2 Autorización de funcionamiento

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

Multa: Hasta 10,000 UIT.

TOTAL	183.28 UIT ³
-------	-------------------------

Como antecedentes, cabe citar los siguientes:

- a) Durante los días 16 al 17 de diciembre de 2015 se efectuó una visita de supervisión a la planta de beneficio "Funsur" de MINSUR⁴, a cargo de supervisores designados por OSINERGMIN.
- b) A través del Oficio N° 2081-2016 notificado a MINSUR el 31 de octubre de 2016, que obra a fojas 98 del expediente, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.
- c) Por escrito presentado el 14 de noviembre de 2016, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201600150986, MINSUR remitió sus descargos.⁵
- d) Mediante Oficio N° 608-2017-OS-GSM notificado el 17 de octubre del 2017, se remitió a MINSUR el Informe Final de Instrucción N° 757-2017.
- e) Con escrito presentado el 24 de octubre del 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201600150986, MINSUR presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción.
- f) A través de la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2034-2017 del 17 de noviembre del 2017, se sancionó a MINSUR.
- g) Con escrito presentado el 12 de diciembre del 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201600150986, la referida empresa interpuso recurso de reconsideración contra la citada resolución y solicitó el uso de la palabra.⁶
- h) Con Oficio N° 136-2018-OS-GSM notificado el 06 de marzo de 2018 se citó a MINSUR a la audiencia de informe oral, la cual se llevó a cabo el 14 de marzo de 2018 con la presencia del representante de la citada empresa.
- i) A través de la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 15-2018-OS/GSM de fecha 15 de junio del 2018 se declaró fundado en parte el recurso de reconsideración interpuesto por la recurrente, reduciéndose la multa de 183.28 (ciento ochenta y tres con veintiocho centésimas) UIT a 110.42 (ciento diez con cuarenta y dos centésimas) UIT.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Por escrito presentado el 02 de agosto del 2018, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201600150986, MINSUR interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia

³ La determinación y graduación de la sanción se determinó en atención a los criterios específicos aprobados por Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS-GG, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 23 de noviembre de 2013, aplicables al presente caso de acuerdo a su Disposición Transitoria Única. Asimismo, tomando en consideración lo dispuesto en el artículo 25° de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017 OS/CD.

⁴ La planta de beneficio "Funsur" se encuentra ubicada en el distrito de Paracas, provincia de Pisco y departamento de Ica.

⁵ Mediante escrito presentado el 03 de noviembre de 2016 MINSUR solicitó que se ampliara el plazo para presentar sus descargos lo cual le fue concedido a través del Oficio N° 503-2016-OS-GSM notificado el 08 de noviembre del 2016.

⁶ Mediante los escritos presentados el 14 de febrero del 2018 y el 12 de marzo del 2018 amplió los argumentos de su recurso de reconsideración.

de Supervisión Minera N° 15-2018-OS/GSM de fecha 15 de junio del 2018, en atención a los siguientes fundamentos:

Con respecto a la Infracción al artículo 38° del RPM y al artículo 42° del RDT.

- a) Indica que de acuerdo al artículo 17° del T.U.O. de la Ley General de Minería aprobado por Decreto Supremo N° 14-92-EM el beneficio es el conjunto de procesos físicos, químicos y/o físico-químico que se realizan para extraer o concentrar las partes valiosas de un agregado de minerales y/o para purificar, fundir o refinar metales.

En tal sentido, señala que la molienda de escorias no tiene por finalidad beneficiar mineral, y no es complementaria ni adicional al proceso de beneficio minero, sino más bien es auxiliar de las actividades de fundición.

Además, de acuerdo al numeral 6.3 de la Memoria Descriptiva del “Informe Técnico Minero de Ampliación del Depósito de Desmontes de Funsur” aprobado por Resolución N° 0875-2017-MEM-DGM, la molienda consta de los siguientes sistemas: (i) Sistema de alimentación, (ii) Sistema de molienda, (iii) Sistema de almacenamiento de escoria molida, (iv) Sistema de ensacado y (v) Sistemas Auxiliares. Estos sistemas no se relacionan con la actividad de beneficio y esto se demuestra con el diagrama de procesos que presentó en su recurso de reconsideración.

Por consiguiente, señala que no se encuentra dentro del supuesto de hecho regulado en el artículo 42° del RDT, por lo que no le correspondía seguir el procedimiento de autorización de funcionamiento regulado en el artículo 38° del RPM. Además, no existe ningún procedimiento administrativo para obtener autorización de funcionamiento de la DGM para la operación de plantas que como las de molienda de escorias no forman parte del proceso de beneficio minero.

Con relación a la vulneración del Principio de Tipicidad.

- b) El Principio de Tipicidad se encuentra regulado en el numeral 4 del artículo 246° de la Ley N° 27444, que prohíbe que se sancione a los administrados por el incumplimiento de obligaciones que no estén previstas en una norma legal o reglamentaria.⁷

Pues bien, indica que OSINERGMIN vulnera este principio toda vez que le ha impuesto una sanción por incumplir los artículos 38° del RPM y 42° del RDT, a pesar que no tenía la obligación de obtener una autorización de funcionamiento para la Planta de Molienda de Escoria, toda vez que esta constituye un componente auxiliar de la fundición que no está relacionada al proceso de beneficio.

Además, OSINERGMIN está creando una obligación que no está contemplada en ninguna norma del sector minero.

Respecto a que la fundición cuenta con un Informe Técnico Minero para el proceso de disposición de molienda.

⁷ Cita la sentencia recaída en el expediente N° 01873-2009-PA/TC, para describir que es el Principio de Tipicidad.

RESOLUCIÓN N° 374-2018-OS/TASTEM-S2

- c) MINSUR manifiesta que mediante Resolución N° 0875-2017-MEM-DGM/V sustentada en el Informe N° 269-2017-MEM-DGM-DTM, la DGM dio su conformidad respecto del Informe Técnico Minero, en adelante ITM, para el proyecto de modificación de almacenamiento del depósito de escorias de la Concesión de Beneficio de la Fundición.

En dicho ITM se describe el proceso de disposición de molienda el cual en la práctica tendría una autorización de funcionamiento emitida por la DGM; no obstante, su obtención no es (ni era) necesaria conforme lo sustentó en sus recursos impugnativos.

Al respecto, OSINERGMIN admite que la Resolución N° 0875-2017-MEM-DGM/V autoriza el funcionamiento de la planta, considerándolo como un atenuante en el cálculo de la multa.

Sin embargo, se debe tomar en cuenta lo indicado en el Informe N° 048-2018-MEM-DGM-DTM/PB:

“La conformidad al ITM otorgada mediante Resolución N° 875-2017-MEM-DGM/V del 5 de octubre de 2017, autoriza la construcción y funcionamiento de la reconfiguración e incremento de la capacidad de almacenamiento del depósito de escorias y de manera implícita el funcionamiento del sistema de molienda de escorias, el que constituye una instalación auxiliar que no requirió una autorización de construcción previa por cuanto no participa en el objetivo principal de la fundición que es la obtención del Sn”

Lo indicado por la DGM corrobora la posición de la recurrente, en el sentido de que expresamente se señala que la Planta de Molienda de Escoria no requería una autorización de construcción, entonces es evidente que no requería una autorización de funcionamiento, de conformidad con las normas mineras aplicables. Cabe precisar que según el artículo 38° del RPM, el procedimiento para la obtención de una concesión de beneficio o su modificatoria se encuentra dividido en dos fases procedimentales, la primera referida a la obtención de una Autorización de Funcionamiento y la segunda referida a la obtención de la Autorización de Construcción.

Asimismo, del referido informe se desprende que la molienda de escorias no es complementaria ni adicional al proceso de beneficio minero, sino más bien es auxiliar respecto a las actividades de fundición, por lo que no se encuentra dentro del supuesto de hecho regulado en el artículo 42° del RDT.

En tal sentido, el procedimiento regulado en el artículo 38° del RPM no sería la vía para obtener la autorización de funcionamiento regulada en el artículo 42 del RDT.

Aunado a lo anterior, manifiesta que el TASTEM mediante la Resolución N° 048-2018-OS/TASTEM-S2 declaró fundado su recurso de apelación contra la Resolución N° 14-2017.

En dicho recurso, sustentó que la Planta de Molienda de Escoria no necesitaba contar con una autorización de funcionamiento, dado que la DGM en el marco de la evaluación del ITM no ha considerado que se deba obtener una autorización específica de la planta, sino que evaluó íntegramente la actividad de disposición de escoria y evidentemente los componentes involucrados en el proceso; como lo son el Depósito de Escoria y la propia Planta de Molienda de Escoria. Caso contrario no habría aprobado el ITM y hubiera oficiado al OSINERGMIN para que realice las acciones de fiscalización. Asimismo, indicó que en el



RESOLUCIÓN N° 374-2018-OS/TASTEM-S2

Informe N° 048-2018-MEM-DGM-DTM/PB la DGM ha reconocido que la Planta de Molienda de Escoria constituye un componente auxiliar de la Fundición y no ha señalado que esta requiera una autorización de funcionamiento independiente.

En tal sentido, OSINERGMIN no puede cuestionar las decisiones y la evaluación de la DGM pues no cuenta con competencias para ello, lo cual también fue indicado en la Resolución N° 048-2018-OS/TASTEM-S2 emitida por el TASTEM.

No obstante, la primera instancia cuestiona lo señalado por la DGM en el Informe N° 048-2018-MEM-DGM-DTM/PB, a pesar que la DGM es el máximo intérprete de las normas sectoriales mineras, indicando que los informes administrativos emitidos por una entidad no necesariamente son vinculantes según el artículo 180.1 del artículo 180 de la Ley N° 27444.

Ello es un exceso considerando las competencias de OSINERGMIN que son esencialmente de la supervisión y fiscalización y por ende se debe circunscribirse a lo determinado por la entidad encargada de interpretar la norma sustantiva materia de la presunta infracción y de la aprobación de los procedimientos en el marco de dichas normas.

Por lo expuesto, es evidente que la Planta de Molienda de Escoria no requiere ni requirió una autorización de funcionamiento de la DGM, por lo que el presente procedimiento sancionador carece de sustento.

Respecto a la interpretación restrictiva del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-EM y de la Resolución N° 501-2017-MEM/DM

- d) En el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-EM y de la Resolución N° 501-2017-MEM/DM se ha consignado la definición de componentes auxiliares:

"Auxiliares. - Son aquellos componentes secundarios o de servicio que complementan los objetivos o funciones de los componentes principales permitiendo concluir con la actividad de explotación para obtener y colocar los productos mineros en la industria. Son considerados como tales: ductos (mineroductos y acueductos), campamentos, almacenes, polvorines, grifos, canales de coronación, carreteras o trochas, líneas de transmisión eléctrica. Se pueden ubicar dentro o fuera del área de emplazamiento de la unidad minera. 1.1 Construcción, modificación, reubicación o mejoramiento de campamentos, talleres, oficinas, centros de recreación, almacenes, laboratorios, centro de salud, accesos internos, líneas de transmisión eléctrica, estaciones de abastecimiento de combustibles, rellenos sanitarios, plantas de desalinización, entre otros componentes auxiliares."

En la resolución de sanción se indicó que la citada definición es restrictiva y solo los casos mencionados deben entenderse como componentes auxiliares.

Al respecto, la recurrente indica que una norma no puede ejemplificar todos supuestos que deben ser considerados como auxiliares mineros, es por ello que se deben realizar consultas a los entes normativos competentes respecto de la correcta interpretación de las normas o autorizaciones que emiten, lo cual realizó y la DGM en el Informe N° 048-2018-MEM-DGM-DTM/PB señaló que la Planta de Molienda de Escoria no necesitaba ninguna autorización de funcionamiento de acuerdo a la normativa vigente aplicable.

Con relación a la aplicación del Decreto Supremo N° 037-2017-EM.

- e) MINSUR manifiesta que el Reglamento de Procedimientos Mineros aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM ha sido modificado por el Decreto Supremo N° 037-2017-EM.

En tal sentido, indica que en el numeral 35.5 del artículo 35° del RPM modificado se ha establecido que los titulares mineros se encuentran exceptuados de la obligación de iniciar un procedimiento de modificación de concesión de beneficio o de solicitar la aprobación de un ITM, en los siguientes supuestos:

"35.5 (...)

1. Cuente con la aprobación de alguno de los siguientes instrumentos: Estudio de Impacto Ambiental (EIA), Informe Técnico Sustentatorio (ITS), Modificación de Estudio de Impacto Ambiental (MEIA), Estudio de Impacto Ambiental semi detallado (EIASd) o Memorias Técnicas Detalladas (MTD); y;

2. Comprenda uno o más componentes auxiliares, y que estos se encuentren dentro del área del proyecto aprobado en el instrumento de gestión ambiental vigente y del área de la concesión de beneficio.

Los criterios técnicos y demás precisiones para la aplicación de los supuestos señalados en el párrafo anterior, son establecidos mediante Resolución Ministerial."

La Planta de Molienda de Escoria cumple con los requisitos señalados en el citado artículo toda vez que: (i) la MEIA certifica ambientalmente sus instalaciones y actividades, (ii) se encuentra dentro del área de la Concesión de Beneficio y (iii) configura un componente auxiliar de la fundición.

En efecto, la Planta de Molienda de Escoria es un componente auxiliar de la fundición, toda vez que no tiene por finalidad beneficiar mineral y no es complementaria ni adicional al proceso de beneficio minero debido a que no coadyuva a la realización de ningún proceso principal de la Fundición (relacionada con la extracción y el procesamiento del mineral) al ser un proceso autónomo cuya única finalidad es la de reducir material (escoria) para obtener una granulometría determinada para facilitar su transporte para su disposición final (chancado).

Asimismo, el citado artículo tácitamente indica que no es aplicable el artículo 42° del Decreto Supremo N° 003-94-EM para los casos que regula.

Posteriormente, el 01 de diciembre del 2017 se publicó la Resolución Ministerial N° 501-2017-MEM/DM mediante el cual se aprobaron los criterios técnicos para la aplicación de los supuestos de excepción contenidos en el artículo 35° del RPM modificado.

De acuerdo al numeral 1.1 del literal A de la Resolución Ministerial N° 501-2017-MEM/DM, los componentes auxiliares, como lo sería la Planta de Molienda Escoria, se encuentran en el supuesto de excepción, sin establecer ningún tipo de restricción o condicionamiento. Cabe precisar que en dicho numeral se encuentra una lista que no es taxativa.

Por consiguiente, indica que para los componentes auxiliares como la Planta de Molienda de Escoria no corresponde la obtención de la modificación de la concesión de beneficio, ni tampoco la aprobación de un ITM conforme al artículo 35° del RPM modificado y a la Resolución Ministerial N° 501-2017-MEM/DM.

Con relación a que la autorización de funcionamiento no es exigible de acuerdo al T.U.O de la Ley N° 27444

- f) Indica que conforme al artículo 56° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, en adelante T.U.O. de la Ley N° 27444⁸, incluso existiendo una norma sustantiva que contemple la obligación del administrado de obtener una determinada autorización, si el TUPA de la autoridad correspondiente no contempla un procedimiento administrativo específico para obtener y solicitar dicha autorización específica, entonces la facultad de la autoridad para exigir al administrado la tramitación del procedimiento administrativo queda suspendida, es decir, tal autorización no es exigible.



Ahora bien, en el TUPA del MEM no existe un procedimiento administrativo específico para que las instalaciones con las características de la Planta de Molienda de Escoria cuenten con una autorización de funcionamiento de la DGM y dado que no le es aplicable el procedimiento de obtención de una autorización de funcionamiento como parte de una concesión de beneficio, ha quedado suspendida toda facultad de la autoridad para exigirle tal autorización para operar la Planta de Molienda de Escoria.

Sin perjuicio de ello, precisa que no existe una norma sustantiva que regule la obligación que las instalaciones con las características de la Planta de Molienda de Escoria cuenten con una autorización de funcionamiento de la DGM.

Además, debe tomarse en cuenta que conforme al literal a) del numeral 43.8 del artículo 43° del T.U.O. de la Ley N° 27444, incurre en responsabilidad administrativa el funcionario que solicita o exige el cumplimiento de requisitos que no están en el TUPA o que estando en el TUPA no han sido establecidos en la normativa vigente o han sido derogados.



En cuando al cálculo de la multa

- g) El Principio de Razonabilidad se encuentra regulado en el numeral 3 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, según el cual las autoridades administrativas están obligadas a observar y aplicar los criterios de graduación establecidos en el referido artículo, lo cual permite evitar el exceso de punición de parte de la autoridad administrativa.⁹

⁸ T.U.O. de la Ley N° 27444.

"Artículo 56.- Régimen de entidades sin Texto Único de Procedimientos Administrativos vigente

56.1. Cuando la entidad no cumpla con publicar su Texto Único de Procedimientos Administrativos, o lo publique omitiendo procedimientos, los administrados, sin perjuicio de hacer efectiva la responsabilidad de la autoridad infractora, quedan sujetos al siguiente régimen:

1. Respecto de los procedimientos administrativos que corresponde ser aprobados automáticamente o que se encuentran sujetos a silencio administrativo positivo, los administrados quedan liberados de la exigencia de iniciar ese procedimiento para obtener la autorización previa, para realizar su actividad profesional, social, económica o laboral, sin ser pasibles de sanciones por el libre desarrollo de tales actividades. La suspensión de esta prerrogativa de la autoridad concluye a partir del día siguiente de la publicación del TUPA, sin efecto retroactivo.

2. Respecto de las demás materias sujetas a procedimiento de evaluación previa, se sigue el régimen previsto en cada caso por este Capítulo.

56.2. El incumplimiento de las obligaciones de aprobar y publicar los Texto Único de Procedimientos, genera las siguientes consecuencias:

1. Para la entidad, la suspensión de sus facultades de exigir al administrado la tramitación del procedimiento administrativo, la presentación de requisitos o el pago del derecho de tramitación, para el desarrollo de sus actividades.

2. Para los funcionarios responsables de la aplicación de las disposiciones de la presente Ley y las normas reglamentarias respectivas, constituye una falta disciplinaria grave."

⁹ Cita a Miguel Marienhoff quien señala lo siguiente:

"(...) la vida diaria nos revela que ciertas conductas o comportamiento de los habitantes de la Nación ya se trate de simple administrados o agentes públicos - suelen ser sancionados por la autoridad pública en forma tal que la sanción, sea ello por su gravedad substancial o por monto económico, resulta excesiva o desproporcionada por no existir correspondencia entre esa gravedad o el monto de dicha sanción y los hechos que concretan la conducta sancionadora"

Asimismo, cita a Morón Urbina quien señala lo siguiente:

"(...) cuando se produce un exceso de sanción estamos frente a un vicio en la finalidad del acto sancionador, configurado por la ausencia de proporcionalidad entre su objeto (el contenido material de la sanción administrativa, de su valoración o de la tipificación realizada) y su finalidad (el propósito que resulta de las normas que habilitan la competencia sancionadora), en relación con la conducta efectivamente incurrida. (...)"

Ahora bien, alguno de los criterios que debe observar la autoridad son el costo evitado y el beneficio ilegalmente obtenido.

Según el numeral 2.5 de la Resolución N° 256-2013-OS-GG los costos evitados se relacionan con la postergación u omisión de las inversiones destinadas a garantizar las condiciones de seguridad de las actividades mineras y el beneficio ilegalmente obtenido es el beneficio que se tiene como consecuencia del incumplimiento.

En tal sentido, el costo evitado respecto a la presente infracción de no contar con una autorización de funcionamiento implicaría (i) la presentación de una solicitud al Ministerio, (ii) el pago de la tasa administrativa y (iii) el costo de un especialista encargado de elaborar el expediente.

No obstante, en la resolución de sanción para calcular la multa se considera un superintendente de planta y un ingeniero geólogo como especialistas encargados para la obtención de una licencia de funcionamiento; asimismo se considera el costo del recrecimiento del depósito de escorias y la distancia de acarreo, cuando ello no constituye una inversión destinada a garantizar la seguridad de las instalaciones mineras ni tiene que ver con la Planta de chancado de escorias.

Cabe precisar que la instalación minera materia del presente procedimiento sancionador ya se encontraba construida y no requería autorización de construcción conforme a la opinión de la DGM, entonces como es que OSINERGMIN considera que se debe verificar lo construido para que se otorgue la autorización de construcción si no se requería tal autorización.

Por otro lado, indica que no ha obtenido ningún beneficio ilícito puesto que la Planta de Molienda de Escoria es un proceso auxiliar que tiene como material de ingreso escoria granulada con tenores menores a 1%, en todo caso OSINERGMIN debió acreditar que utilidad le genera a la recurrente la mencionada planta que es solo una molienda de escoria que no añade valor a ningún mineral.

En consecuencia, es evidente que el OSINERGMIN ha hecho un cálculo arbitrario vulnerando el Principio de Irretroactividad, dado que los conceptos considerados son totalmente innecesarios por la naturaleza de la presunta conducta infractora.

Respecto a la ampliación de sus argumentos de apelación y al uso de la palabra.

- h) De acuerdo a lo dispuesto en el numeral 170.1 del artículo 170° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, se reserva su derecho a ampliar los argumentos expuestos en su recurso de apelación.

De conformidad con el artículo 171° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, solicita se le conceda el uso de la palabra.

3. A través del Memorándum N° GSM-330-2018, recibido con fecha 15 de agosto del 2018, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Con respecto a la Infracción al artículo 38° del RPM y al artículo 42° del RDT.

4. Con relación a lo indicado en los literales a), b), c), d), e) y f) del numeral 2 de la presente resolución, se debe señalar que de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Procedimientos Mineros aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, corresponde a la Dirección General de Minería como autoridad competente, emitir las autorizaciones de construcción y funcionamiento de las Plantas de Beneficio, por lo que es dicha entidad la que dispone los alcances de las citadas autorizaciones y OSINERGMIN, el ente que fiscaliza que los titulares de las actividades mineras cuenten con las mismas y den cumplimiento de acuerdo al contenido de tales autorizaciones.



Ahora bien, mediante el Informe N° 048-2018-MEM-DGM-DTM/PB de fecha 9 de febrero del 2018, obrante de fojas 229 a 231 del expediente, la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas señaló que lo siguiente:

"II. EVALUACIÓN. –

(...)

2.8 La conformidad al ITM otorgada mediante Resolución N° 0875-2017-MEM-DGM/V de fecha 05 de octubre de 2017, autoriza la construcción y funcionamiento de la Reconfiguración e incremento de la capacidad de almacenamiento del depósito de escorias y de manera implícita el funcionamiento del sistema de molienda de escorias, el cual constituye una instalación auxiliar que no requirió una autorización de construcción previa por cuanto no participa en el objetivo principal de la fundición que es la obtención de Sn.

III. CONCLUSIÓN. –

(...)

3.2 El sistema de molienda de escorias constituye un componente auxiliar cuyo funcionamiento se encuentra autorizado mediante Resolución N° 0875-2017-MEM-DGM/V de fecha 05 de octubre de 2017, al haberse considerado en el diagrama de flujo de la planta de fundición y sus instalaciones auxiliares correspondientes a la solicitud de ITM de reconfiguración e incremento de la capacidad de almacenamiento del depósito de escorias hasta 300 000 m³.

De lo expuesto por la Dirección General de Minería se advierte que mediante Resolución N° 0875-2017-MEM-DGM/V de fecha 05 de octubre de 2017 se habría autorizado el funcionamiento de la Reconfiguración e incremento de la capacidad de almacenamiento del depósito de escorias y de manera implícita el funcionamiento de la Planta de Molienda de Escorias.

En tal sentido, si bien la Dirección General de Minería ha indicado que la Planta de Molienda de Escorias es un componente auxiliar, lo cierto es que también indicó que mediante Resolución N° 0875-2017-MEM-DGM/V de fecha 05 de octubre de 2017 se habría autorizado su funcionamiento, por lo que antes de la referida fecha dicha planta no contaba con autorización de funcionamiento.

Ahora bien, se tiene que del 16 al 17 de diciembre de 2015 se efectuó una visita de supervisión a la planta de beneficio "Funsur" de MINSUR en la cual se constató que la Planta de Molienda de Escorias no contaba con autorización de funcionamiento por lo que mediante el Oficio N°



2081-2016 notificado el 31 de octubre de 2016 a la recurrente se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.

Por consiguiente, dado que la autorización de funcionamiento se emitió con posterioridad al inicio del presente procedimiento no corresponde eximir de responsabilidad a MINSUR por la subsanación voluntaria de la infracción a que se refiere el literal f) del artículo 255° del T.U.O. de la Ley N° 27444 concordante con el artículo 15° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.¹⁰

No obstante, siendo que la autorización de funcionamiento fue solicitada después de iniciada la supervisión y emitida antes de la resolución de sanción¹¹, por lo que la GSM aplicó un factor atenuante en el cálculo de la multa de conformidad a los criterios de graduación de sanciones aprobado por Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG.¹²

Por lo expuesto, corresponde desestimar estos extremos de la apelación.

En cuando al cálculo de la multa

5. Con relación a lo indicado en el literal g) del numeral 2 de la presente resolución, se tiene que el Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, dispone que la autoridad administrativa debe prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. En tal sentido, este Principio prescribe que las sanciones deben ser

¹⁰ T.U.O. 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. (...)"

RSFS.

"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.

15.2 La subsanación voluntaria de la infracción con posterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador no exime al Agente Supervisado de responsabilidad ni sustrae la materia sancionable, sin perjuicio que pueda ser considerado como un criterio atenuante para efectos de la graduación de sanción.

15.3 No son pasibles de subsanación: (...)

j) Incumplimientos relacionados con la obtención de autorizaciones exigibles para una actividad, que fueran obtenidas o regularizadas con posterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador. (...)"

¹¹ La supervisión fue efectuada del 16 al 17 de diciembre de 2015 y su solicitud de autorización fue del 18 de agosto de 2017 según el Informe N° 269-2017-MEM-DGM-DTM/PB obrante a fojas 189 del expediente.

¹² Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG

3. DETERMINACIÓN DE LA MULTA

3.1 Infracciones ex ante

3.1.2 Autorización de funcionamiento. -

La multa se determinará de la siguiente manera:

Adicionalmente, sólo para aquellos supuestos que a continuación se indican, se calculará el valor (M), según la tabla siguiente:

Circunstancia de la comisión de la infracción	Gradualidad sobre el Valor Base
a) Autorización solicitada antes de iniciada la supervisión, aprobada antes de la emisión de la resolución sancionadora de primera instancia.	$M = 0.10(Q1)$, si $0.10(Q1) < 0.01VV$ $M = 0.01VV$, si $0.10(Q1) > 0.01VV$
b) Autorización solicitada antes de iniciada la supervisión, que no es aprobada hasta antes de la emisión de la resolución sancionadora de primera instancia.	$M = 0.30(Q1)$, si $0.30(Q1) < 0.01VV$ $M = 0.01VV$, si $0.30(Q1) > 0.01VV$
c) Autorización solicitada después de iniciada la supervisión y hasta antes de la emisión de la resolución sancionadora de primera instancia.	$M = 0.60(Q1)$, si $0.60(Q1) < 0.01VV$ $M = 0.01VV$, si $0.60(Q1) > 0.01VV$

Cabe precisar, que al momento de determinar el cálculo de la multa se consideró el volumen de escoria producida desde el inicio de operación de la Planta de Molienda de Escoria hasta el 31 de julio del 2017, tomando en consideración que la Planta se encontraba autorizada a funcionar desde el 05 de octubre del 2017.

proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observarse los siguientes criterios de graduación:

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d) El perjuicio económico causado;
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.



Al respecto, Morón Urbina (2009) sostiene que la determinación y graduación de las sanciones administrativas aplicables al interior de los procedimientos administrativos sancionadores, bajo determinados parámetros claramente definidos por el Principio de Razonabilidad, se encuentra dentro del ámbito de la potestad discrecional con que cuenta la administración, con el propósito de individualizar, en un caso específico, la consecuencia jurídica aplicable una vez verificada la comisión de la infracción administrativa¹³.



De otro lado, es pertinente anotar que mediante Resolución N° 256-2013-OS/GG, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 23 de noviembre de 2013, se aprobaron los criterios específicos para la graduación de las sanciones correspondientes a las infracciones tipificadas en los numerales 1.3.1 y 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD, por falta de autorización de construcción y funcionamiento en concesiones de beneficio, respectivamente.

En el presente procedimiento se imputó a MINSUR la infracción tipificada en el numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD, la cual establece como sanción aplicable una multa de hasta 10,000 UIT.

En tal sentido, a efectos de determinar y graduar la sanción dentro de dicho tope máximo, la GFM aplicó la mencionada Resolución N° 256-2013-OS/GG, cuyo contenido dispone la observancia de todos y cada uno de los criterios de graduación comprendidos en el Principio de Razonabilidad, mencionado al inicio del presente numeral.

En atención a ello, en el numeral 6 de la parte considerativa de la Resolución N° 15-2018-OS/GSM la primera instancia estableció la multa correspondiente a la infracción al artículo 38° del RPM, a través del cálculo del beneficio ilícito, determinación de los factores agravantes y atenuantes y aplicación de la metodología aprobada.

¹³ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador". Lima: Gaceta Jurídica, Octava Edición, 2009. Páginas 693 a 696.

En efecto, sobre la aplicación del Principio de Razonabilidad, el referido jurista nacional explica lo siguiente:

"(...) cuando la ley autoriza a una autoridad pública la aplicación de sanciones administrativas le apodera de una competencia marcadamente discrecional que se trasunta en el margen de apreciación subjetiva que tiene para poder tipificar la conducta incurrida, en determinar las pruebas necesarias, en la valoración de las circunstancias agravantes y atenuantes alrededor de la infracción y en la elección de la sanción a aplicarse, dentro del catálogo de sanciones habilitadas por la normativa (...)"

Recordemos que las normas sancionadoras suelen calificar que un determinado ilícito sea pasible de aplicarse una sanción determinada (por Ej. Multa o suspensión de derechos) pero delimita sus posibles alcances estableciendo rangos mínimos y máximos para cada tipo de infracción (...) con estos rangos dosifica los mínimos y máximos punitivos, según se trate de infracciones leves, graves y más graves. No obstante, dentro de estos linderos, la Administración preserva un nivel de discrecionalidad para elegir la cuantía de la sanción aplicable (...)"

(Subrayado agregado)

RESOLUCIÓN N° 374-2018-OS/TASTEM-S2

Ahora bien, considerando que MINSUR sólo ha cuestionado la estimación del beneficio ilegalmente obtenido, en aplicación del Principio de Congruencia Procesal, este Tribunal Administrativo sólo emitirá pronunciamiento sobre dicho aspecto¹⁴.

Al respecto, conviene anotar que según el numeral 2.5 del Rubro 2 de la Resolución N° 256-2013-OS/GG el beneficio ilegalmente obtenido es la ventaja económica que obtiene el infractor por la norma incumplida. El cálculo de este factor incluye los costos evitados (se relacionan con la postergación u omisión de las inversiones destinadas a garantizar las condiciones de seguridad de las actividades mineras) y/o el beneficio ilícito obtenido (utilidad generada como consecuencia del incumplimiento) de ser el caso.

Para la estimación del costo evitado deben considerarse los costos de todos los recursos (humanos y materiales) necesarios para garantizar la vigencia y observancia de las normas de seguridad; esto es, mediante el desarrollo de un escenario de cumplimiento que identifique el flujo esperado del costo de ejecutar la obligación en la forma, modo y/o oportunidad establecidas.

De la revisión de la Resolución N° 15-2018-OS/GSM se advierte que para el cálculo de la multa por infringir el artículo 38° del RPM se aplicó la metodología del costo evitado bajo un escenario en que la Planta de Molienda no operara debido a que no cuenta con la autorización de funcionamiento emitida por la DGM por lo que las escorias que son un sub producto de la fundición no serían trasladadas a dicha planta, sino que serían acumuladas en el depósito de escoria.

Por consiguiente, se consideró los siguientes conceptos por el ahorro de costo para el recrecimiento del depósito de escorias de la Planta de Beneficio "Funsur":

- Costos por especialistas encargados.¹⁵
 - Superintendente de Planta: Encargado de supervisar, controlar, coordinar y evaluar las actividades del recrecimiento del depósito de escorias, así como cautelar la seguridad de las operaciones. (S/. 17,869.58 mensuales)
 - Ingeniero Geotecnista: Responsable de monitorear las condiciones del depósito de escorias a fin que sea estable cuando se realice el recrecimiento. (S/. 12,698.75 mensuales)

¹⁴ En atención al Principio de Congruencia Procesal, que forma parte del Principio de Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, los pronunciamientos de las entidades deben guardar relación con aquello que es materia de controversia dentro del procedimiento.

Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

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.

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

¹⁵ Ante la ausencia de regulación expresa sobre los sueldos de personal se toma en cuenta la información contenida en el Salary Pack.

- Costo de actividades
 - Trazo y replanteo: Consiste en remarcar el lindero del nuevo depósito de escorias. (S/.11,157.42)¹⁶
 - Movilización de equipos: es el 15% del valor del trazo y replanteo. (S/. 167.36)
 - Disposición de escorias: implica el carguío y transporte de escorias equivalente a S/. 352,327.63¹⁷ y la colocación de escorias equivalente a S/. 305,902.51.¹⁸

En esa línea, el cálculo de la multa se habría determinado conforme al siguiente cuadro:

CÁLCULO DE MULTA	
Beneficio ilícito asociado a la infracción (S/ agosto 2017)	737,761.85
Probabilidad de detección	100%
B/P (S/ agosto 2017)	737,761.85
Valor Tope de la escala, VT (S/)	40,500,000.00
Valor Base Q1 (S/)	737,761.85
Factor de circunstancia	0.60
Valor Base graduado	442,657.11
Valor de las Ventas, VV (S/)	1,893,042,740.98
1% del Valor de las Ventas (S/)	18,930,427.41
Monto del segundo valor base, M (S/)	442,657.11
Costo servicios no vinculados a la supervisión	4,534.26
Multa (S/)	447,191.37
Multa (en UIT):	110.42

Ahora bien, con respecto a lo que indica la apelante se tiene que el cálculo de la multa no se habría realizado tomando en consideración las utilidades que le habría generado a MINSUR operar la Planta de Molienda de Escorias sin contar con autorización, es decir no se aplicó la metodología del beneficio ilícito, sino que se aplicó la metodología del costo evitado conforme se explicó en los párrafos precedentes.

Asimismo, cabe reiterar que el beneficio ilegalmente obtenido es la ventaja económica que obtiene el infractor por la norma incumplida y en este caso sería todos los costos que no habría invertido MINSUR para recrecer el depósito de escorias debido a que su Planta no podría haber operado por no contar con una autorización de funcionamiento en el caso de un escenario de cumplimiento.

Por tal motivo, carece de sustento lo alegado por la recurrente que el costo evitado estaría relacionado al trámite de obtener la autorización de funcionamiento y ello no puede ser considerado así debido a que se vulneraría el Principio de Razonabilidad que dispone que la autoridad administrativa debe prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción

¹⁶ El costo por trazo y replanteo por metro cuadrado es igual a S/. 0.19 soles el cual es multiplicado por el área de almacenamiento del nuevo depósito de escorias que es igual a 58,400 metros cuadrados.

¹⁷ El costo de carguío y transporte es de S/. 3.57 por metro cúbico el cual es multiplicado por la capacidad de almacenamiento del nuevo depósito de escorias que es igual a 98,678.23 metros cúbicos.

¹⁸ El costo de colocación es de S/.3.10 por metro cúbico el cual es multiplicado por la capacidad de almacenamiento del nuevo depósito de escorias que es igual a 98,678.23 metros cúbicos.

Conforme a lo expuesto, ha quedado acreditado que el cálculo del beneficio ilegalmente obtenido se ha realizado conforme a la normativa vigente, tomado en consideración un escenario de cumplimiento y la norma incumplida, en este caso el artículo 38° del RPM.

En consecuencia, corresponde desestimar este extremo de la apelación.

Respecto a la ampliación de sus argumentos de apelación y al uso de la palabra.

6. Con relación a lo indicado en el literal h) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que conforme al artículo 33° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD, el agente supervisado puede solicitar el uso de la palabra al órgano sancionador o al órgano revisor. La denegatoria a dicha solicitud debe encontrarse debidamente motivada a fin de no vulnerar el derecho al debido procedimiento¹⁹.

Por su parte, de conformidad con el numeral 23.3 del artículo 23° del nuevo Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD, corresponde al Presidente de la Sala 2 del TASTEM aprobar la realización de informes orales cuando resulte necesario para resolver el caso²⁰.

Sobre el particular, cabe señalar que habiéndose revisado y analizado todos los actuados obrantes en el expediente, conforme se advierte de los considerandos expuestos precedentemente, esta instancia administrativa considera que ha contado con elementos de juicio suficientes para emitir su pronunciamiento sobre el presente caso, habiéndose señalado los motivos por los cuales se han desestimado los argumentos alegados por el recurrente.

En virtud de ello, el Presidente de esta Sala del TASTEM, con la conformidad de los demás Vocales que integran este Órgano Colegiado, considera que no corresponde acceder a la solicitud de informe oral formulada por el impugnante.

De otro lado, de la revisión del expediente, se verifica que la apelante a la fecha no ha presentado argumentos adicionales a su recurso de apelación, 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.

¹⁹ Resolución N° 040-2017-OS/CD

Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN
"Artículo 33.- Informe oral

El Agente Supervisado puede solicitar el uso de la palabra al órgano sancionador o al órgano revisor. La denegatoria a dicha solicitud debe encontrarse debidamente motivada a fin de no vulnerar el derecho al debido procedimiento."

²⁰ Resolución N° 044-2018-OS/CD

Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN

"Artículo 23.- Funciones de los Presidentes de las Salas de los Órganos Resolutivos

(...)

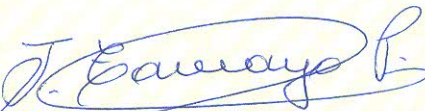
23.3. Disponer la realización de informes orales cuando lo considere necesario para resolver el caso, o si algún Vocal o el Secretario Técnico Adjunto se lo solicite o a pedido de parte. (...)"

SE RESUELVE:

Artículo 1°. - **DECLARAR INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por MINSUR S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 15-2018-OS/GSM de fecha 15 de junio del 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

