

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 093-2019-OS/TASTEM-S2

Lima, 11 de marzo de 2019

VISTO:

El Expediente N° 201800053025 que contiene el recurso de apelación interpuesto por **SOUTH AMERICA MINING INVESTMENTS S.A.C.**, representada por el señor Miguel Ángel Mananí Huamán, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 146-2019 de fecha 16 de enero de 2019, a través de la cual se le sancionó con multa por incumplir el Reglamento de Salud y Seguridad Ocupacional en Minería aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 146-2019 de fecha 16 de enero de 2019, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a SOUTH AMERICA MINING INVESTMENTS S.A.C., en adelante SOUTH AMERICA, con una multa total de 37.24 (treinta y siete con veinticuatro centésimas) UIT por incumplir el Reglamento de Salud y Seguridad Ocupacional en Minería aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM, en adelante RSSO; conforme al siguiente detalle:

N°	INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Infracción al artículo 400° del RSSO¹ Por no contar con un estudio de estabilidad física a condiciones actuales que garantice la seguridad de las operaciones del pad de lixiviación, donde se efectuaba el riego con solución cianurada. El último estudio de estabilidad física fue elaborado en el mes de julio de 2015.	Numeral 9.3 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD ²	4.84 UIT
2	Infracción al artículo 323° del RSSO³	Numeral 6.1.1. del Rubro B del Anexo de la Resolución	32.40 UIT

¹ RSSO

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

² Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD.

Anexo

Cuadro de Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera

Rubro B. Incumplimiento de disposiciones y normas técnicas de seguridad minera

9. Incumplimiento de normas de almacenamiento, depósito de concentrados, carbón activado y refinados; y, talleres de mantenimiento

9.3. Disposición y manejo de residuos mineros

Base legal: Artículo 400° del RSSO.

Sanción: Hasta 10,000 UIT

³ 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".

RESOLUCIÓN N° 093-2019-OS/TASTEM-S2

Para la operación del pad de lixiviación y depósito de desmonte no se contaba con la supervisión profesional a cargo de un ingeniero especializado y con experiencia en geotecnia.	de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD ⁴	
TOTAL		37.24 UIT ⁵

Como antecedentes relevantes, cabe señalar lo siguiente:

- Del 07 al 11 de agosto de 2017, se llevó a cabo una visita de supervisión a la Unidad Minera "Breapampa" de titularidad de SOUTH AMERICA⁶, conforme consta en el Acta de Supervisión obrante a fojas 3 y 4 del Expediente N° 201800053025, debidamente suscrita por los representantes de la administrada y OSINERGMIN.
- Con Oficio N° 1296-2018, notificado con fecha 03 de mayo de 2018, obrante a fojas 49 del expediente, la GSM comunicó a SOUTH AMERICA el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, adjuntando el Informe de Instrucción Inicio de PAS N° 1157 del 09 de abril de 2018 y otorgándole el plazo de siete (07) días hábiles para la presentación de sus descargos.
- Mediante escrito de registro N° 2018-53025 presentado con fecha 14 de mayo de 2018, la administrada remitió sus descargos al inicio del procedimiento.
- Con escrito de registro N° 2018-53025 presentado con fecha 20 de setiembre de 2018, SOUTH AMERICA remitió información complementaria.
- Con Oficio N° 592-2018-OS-GSM, notificado con fecha 21 de noviembre de 2018, se trasladó a la administrada el Informe Final de Instrucción N° 2519-2018 del 17 de noviembre de 2018, otorgándole el plazo de cinco (05) días hábiles para efectuar sus descargos.
- A través del escrito de registro N° 2018-53025, presentado con fecha 28 de noviembre de 2018, la administrada remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción N° 2519-2018.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

- Mediante escrito de registro N° 2018-53025 presentado con fecha 08 de febrero de 2019, la empresa SOUTH AMERICA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 146-2019 del 16 de enero de 2019, solicitando su nulidad, en atención a los siguientes fundamentos⁷:

⁴ Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD.

Anexo

Cuadro de Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera

Rubro B. Incumplimiento de disposiciones y normas técnicas de seguridad minera

6. Incumplimiento de normas de supervisión e inspecciones

6.1. Supervisión

6.1.1. Perfil profesional del supervisor

Base legal: artículo 323° del RSSO

Sanción: hasta 250 UIT

⁵ La determinación y graduación de la sanción se realizó en función a los criterios específicos aprobados por la Resolución de Gerencia General N° 035, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 03 de febrero de 2011; así como el Anexo I de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS-GG, publicada con fecha 23 de noviembre de 2013, aplicable en cuanto a la probabilidad de detección, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Complementaria Única de dicha resolución.

⁶ La Unidad Minera Breapampa se encuentra ubicada en el distrito de Chumpi, provincia de Parinacochas y departamento de Ayacucho.

⁷ SOUTH AMERICA adjunta copia del Diploma de Bachiller y título profesional de Alejandro Enmanuel Falconí Reyes. Al respecto, refiere que con dichos documentos acredita la subsanación voluntaria de los hechos imputados antes del inicio del procedimiento. Asimismo, adjunta la constancia del registro de

Sobre el Principio de Verdad Material

- a) La administrada señala que, de conformidad con el Principio de Verdad Material, previsto en el numeral 1.11 del Artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, la autoridad que instruye un procedimiento administrativo debe verificar plenamente todos los hechos que generaron la controversia, a fin de motivar sus decisiones; situación que no ocurrió en el presente caso, conforme a lo siguiente:



- **Respecto al incumplimiento N° 1**

La GSM se limitó a indicar que el Estudio de Estabilidad Física de su pad de lixiviación presentado inicialmente no fue elaborado por una empresa especializada en la materia y que el segundo Estudio fue remitido con posterioridad al inicio del procedimiento sancionador.

Sobre el particular, si bien el Estudio de Estabilidad elaborado por la consultora Estrategias S.A.C. fue realizado con fecha posterior al inicio del procedimiento, existe un primer Estudio elaborado previamente a la imputación de cargos por profesionales especializados de la Unidad de Operaciones de su representada. Sin embargo, OSINERGMIN desconoció esto último, aduciendo que no constituye una empresa especializada en la materia; afirmación que no es correcta, puesto que sus profesionales (ingeniero en Geología Alejandro Enmanuel Falconi Reyes con C.I.P. N° 214432 y el ingeniero minero Jesús Dextre Bayona con C.I.P. N° 106972) sí son especialistas en el rubro; cumpliéndose, en consecuencia, con las exigencias del artículo 400° del RSSO.

- **Respecto al incumplimiento N° 2**

La GSM manifestó que no procede eximirla de responsabilidad por subsanación voluntaria debido a que el profesional de su representada ostentó dicha condición con posterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador.



En relación con ello, el análisis efectuado por la autoridad administrativa no se ajusta a derecho, puesto que desconoce que la empresa sí subsanó voluntariamente los hechos detallados en el Acta de Supervisión antes del 03 de mayo de 2018 (inicio del procedimiento). En efecto, su trabajador, el ingeniero Alejandro Enmanuel Falconí Reyes, en dicho momento ya tenía la calidad de profesional para supervisar las operaciones del pad de lixiviación y botadero de desmonte, conforme el artículo 323° del RSSO exige.

A mayor abundamiento, si bien la Ley N° 28858 establece que para el ejercicio profesional de Ingeniero se debe contar con grado académico, ser titulado, colegiado y habilitado, el trabajador citado ostentaba la calidad de Ingeniero a la fecha de inicio del procedimiento, toda vez que obtuvo el grado de Bachiller con fecha 04 de noviembre de 2015, el título profesional de Ingeniero el 07 de febrero de 2018 y la colegiatura y habilitación el 09 de mayo de 2018.

Respecto al último aspecto, manifiesta que la incorporación al Colegio de Ingenieros del Perú requiere seguir procedimientos administrativos muchas veces burocráticos que inician con la presentación de la solicitud de incorporación, la cual demora en ser calificada, sobrepasando incluso el plazo legal.

Por lo expuesto, se ha vulnerado el Principio de Verdad Material, al no haberse verificado plenamente los hechos materia de *litis* para eximirla de responsabilidad por la subsanación voluntaria de la infracción.

Sobre el Principio de Razonabilidad y la debida motivación



- b) SOUTH AMERICA indica que la resolución impugnada no fue emitida en observancia del Principio de Razonabilidad, previsto en el numeral 3 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, puesto que no desarrolla los criterios contenidos en dicha disposición a efectos de la graduación de la multa, lo cual además configura una vulneración al Principio de Debido Procedimiento (debida motivación)⁸.

Sobre el particular, la resolución de primera instancia ha incurrido en una motivación aparente, pues no demostró que su representada cometió la infracción, obtuvo un beneficio, ocasionó un grave daño al interés público y perjuicio económico, fue reincidente y que existieron circunstancias de la comisión de la infracción; así como que hubo intencionalidad en la conducta infractora.

3. A través del Memorándum N° GSM-110-2019, recibido con fecha 26 de febrero de 2019, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre el Principio de Verdad Material

4. Respecto a lo indicado en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde señalar lo siguiente:

- En relación al incumplimiento N° 1:

De conformidad con el artículo 7° del RSSO, estabilidad física es el “comportamiento estable en el tiempo de los componentes o infraestructura operacional minera frente a factores exógenos y endógenos, que evita el desplazamiento de materiales, con el propósito de no generar riesgos de accidentes o contingencias”.

Asimismo, el artículo 400° del RSSO establece que el titular de la actividad minera debe presentar a la autoridad competente, cada dos (2) años, un estudio de estabilidad física de los depósitos de relaves, depósitos de desmontes, pilas de lixiviación y depósitos de escorias operativos, realizado por una empresa especializada en la materia, que garantice las operaciones de manera segura de dichos componentes.

Sobre el particular, en la visita de supervisión efectuada del 07 al 11 de agosto de 2017 en la Unidad Minera Breapampa se verificó que SOUTH AMERICA no contaba con un estudio de estabilidad física a condiciones actuales que garantice la seguridad de las operaciones del pad de lixiviación donde se efectuaba el riego con solución cianurada, siendo que el último estudio de estabilidad física fue elaborado en julio de 2015 por la empresa Anddes Asociados S.A.C.;

⁸ La recurrente cita las Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N° 03043-2006-PA/TC (fundamento 4), N° 00728-2008-HC/TC (fundamento 7) y N° 03943-2006-PA/TC (fundamento 4), referidos a la falta de motivación interna del razonamiento, la falta de motivación externa, la motivación insuficiente y la motivación sustancialmente incongruente.

RESOLUCIÓN N° 093-2019-OS/TASTEM-S2

es decir, hace más de dos (2) años, conforme consta en el Acta de Supervisión (ítem N° 1) y el reporte "Entrega de documentación" obrantes a fojas 3, 4, 7 y 8 del Expediente N° 201800053025.

Al respecto, de conformidad con el literal f) del numeral 1 del artículo 255° del T.U.O. de la Ley N° 27444, vigente a la fecha de inicio del procedimiento sancionador y emisión de la resolución impugnada, la subsanación voluntaria de la infracción administrativa con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos constituye una condición eximente de responsabilidad⁹.

Asimismo, de acuerdo al literal b) del numeral 15.3 del artículo 15° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, los incumplimientos de obligaciones sujetas a un plazo o momento determinado cuya ejecución posterior pudiese afectar la finalidad que persigue no son pasibles de subsanación¹⁰.

En el presente caso, se ha constatado que SOUTH AMERICA incurrió en el incumplimiento de una obligación sujeta a un plazo o momento determinado (cada dos años), siendo que su ejecución posterior afecta la finalidad de la disposición normativa: advertir oportunamente cambios en las condiciones de equilibrio del pad de lixiviación, a fin de garantizar que la operación de este componente se realice en forma segura.

En atención a lo señalado, el incumplimiento materia de análisis es insubsanable; por lo tanto, no se configura la condición eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria de la infracción antes del inicio del procedimiento, prevista en el literal f) del numeral 1 del artículo 255° del T.U.O. de la Ley N° 27444, para la cual se requiere concretamente una subsanación que no se dio en el presente caso por las consideraciones expuestas.

Ahora bien, de conformidad con el inciso g.3) del literal g) del numeral 25.1 del artículo 25° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, en los casos de incumplimientos no pasibles de subsanación constituye un factor atenuante la realización de acciones correctivas debidamente acreditadas por parte del Agente Supervisado para cumplir con la obligación infringida hasta la presentación de los descargos al inicio del procedimiento, aplicándose el valor de -5% en la graduación de la multa¹¹.

⁹ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
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°.

¹⁰ Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD

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

"Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción

(...)

15.3. No son pasibles de subsanación:

(...)

b) Aquellos incumplimientos de obligaciones sujetas a un plazo o momento determinado cuya ejecución posterior pudiese afectar la finalidad que persigue, o a usuarios o clientes libres que se encuentren bajo el ámbito de competencia de OSINERGMIN".

¹¹ Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD

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

"Artículo 25.- Graduación de multas

25.1. En los casos en que la multa prevista por el Consejo Directivo como sanción tenga rangos o topes de aplicación, se utilizan, según sea el caso, los siguientes criterios de graduación:

(...)

Con respecto a este punto, los estudios “Análisis de estabilidad de zona Sur Este del pad de lixiviación para el levantamiento de observaciones realizadas por OSINERGMIN” y “Análisis de estabilidad del pad y depósito de desmonte”, presentados por SOUTH AMERICAN mediante escrito del 20 de setiembre de 2018, fueron elaborados por la empresa Estrategias S.A.C. en julio de 2018; es decir, con posterioridad al vencimiento del plazo de presentación de descargos (14 de mayo de 2018). En consecuencia, no cabe la aplicación del factor atenuante del -5% por acciones correctivas, toda vez que éstas fueron realizadas fuera del plazo establecido.

Sin embargo, cabe señalar que dichos estudios fueron considerados por la primera instancia como costos postergados a julio de 2018 en el cálculo de multa, conforme consta en la resolución impugnada (páginas 9 y 10).

Por otro lado, respecto al estudio “Análisis de Estabilidad de zona sur este del pad de lixiviación para el levantamiento de observaciones realizadas por OSINERGMIN”, remitido mediante escrito del 14 de mayo de 2018 (dentro del plazo para presentar descargos), corresponde precisar que dicho documento¹² no acredita la realización de acciones correctivas, ya que fue elaborado por SOUTH AMERICA y el artículo 400° del RSSO dispone que una empresa especializada en la materia es la que debe realizar el estudio de estabilidad física y no el propio titular minero.

Al respecto, es importante precisar que, para cumplir con la finalidad de la norma de garantizar la seguridad de las operaciones de los componentes mineros, en el caso del pad de lixiviación se requiere que el estudio contenga resultados que hayan sido determinados por una empresa especializada que, lógicamente, no sea el titular minero, en aras de asegurar la imparcialidad y objetividad del análisis.

- En relación al incumplimiento N° 2:

El artículo 323° del RSSO establece que “para la operación de los depósitos de relaves, pads 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”.

De otro lado, el artículo 1° “Requisitos para el ejercicio profesional” de la Ley N° 28858 dispone que todo profesional que ejerza labores propias de Ingeniería y de docencia de la Ingeniería requiere poseer grado académico y título profesional otorgado por una universidad nacional o extranjera debidamente revalidado en el país, estar colegiado y encontrarse habilitado por el Colegio de Ingenieros del Perú, constituyendo ámbitos del ejercicio profesional del ingeniero, entre otros, gerencias, supervisiones, inspecciones y auditorías especializadas¹³.

g) Circunstancias de la comisión de la infracción. Para efectos del cálculo de la multa se consideran los siguientes factores atenuantes:

(...)

g.3) Para los supuestos indicados en el numeral 15.3 del artículo 15, constituye un factor atenuante la realización de acciones correctivas, debidamente acreditadas por parte del Agente Supervisado, para cumplir con la obligación infringida hasta la presentación de los descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador. En estos casos el factor atenuante será de -5%”.

¹² De la revisión del Estudio obrante a fojas del 56 al 71 del expediente se observa que no cuenta con fecha de emisión o elaboración, por lo que se considera como tal la fecha de presentación del escrito de descargos al cual fue adjuntado (14 de mayo de 2018).

¹³ Ley N° 28858

“Artículo 1.- Requisitos para el ejercicio profesional

Todo profesional que ejerza labores propias de Ingeniería y de docencia de la Ingeniería, de acuerdo a la Ley que autoriza a los Colegios de Arquitectos del Perú y al Colegio de Ingenieros del Perú para supervisar a los profesionales de Arquitectura e Ingeniería de la República, N° 16053, requiere poseer grado académico y título profesional otorgado por una universidad nacional o extranjera debidamente revalidado en el país, estar colegiado y encontrarse habilitado por el Colegio de Ingenieros del Perú. Son ámbitos del ejercicio profesional del ingeniero, entre otros, los siguientes:

RESOLUCIÓN N° 093-2019-OS/TASTEM-S2

De las normas citadas, se concluye que un ingeniero especializado y con experiencia en geotecnia es el que deberá realizar la supervisión permanente de las operaciones de los depósitos de relaves, pads de lixiviación y depósitos de desmonte (botaderos), constituyendo esta labor uno de los ámbitos del ejercicio profesional del ingeniero, por lo que éste requiere contar con grado académico, título profesional y estar colegiado y habilitado por el Colegio de Ingenieros del Perú para efectuar dicha actividad (ejercer).

En el presente caso, en la visita realizada a la Unidad Minera Breapampa del 07 al 11 de agosto de 2017, se verificó que SOUTH AMERICA incumplía la obligación establecida en el artículo 323° del RSSO, al no contar con la supervisión profesional a cargo de un ingeniero especializado y con experiencia en geotecnia para la operación del pad de lixiviación y depósito de desmonte, conforme consta en el Acta de Supervisión (ítem 2) y en el reporte "Entrega de documentación", obrantes a fojas 03, 04, y del 07 al 09 del Expediente N° 201800053025.

Ahora bien, sobre lo alegado por SOUTH AMERICA en relación a que subsanó el incumplimiento con anterioridad al inicio del procedimiento (03 de mayo de 2018¹⁴), al contar ya con el Ingeniero especializado (Alejandro Enmanuel Falconí Reyes), corresponde indicar que de la revisión de los medios probatorios remitidos por la administrada se observa que el Diploma de Bachiller en Ingeniería Geológica fue otorgado por el Rector de la Universidad Nacional de Cajamarca en favor de dicha persona con fecha 16 de noviembre de 2015. Al respecto, se verifica que el 04 de noviembre de 2015 el Consejo Universitario de dicha casa de estudios confirió el citado grado académico; sin embargo, el diploma fue "dado y firmado en Cajamarca el 16 de noviembre de 2015".

Asimismo, se constata que la Universidad Nacional de Cajamarca confirió el título profesional de Ingeniero Geólogo a Alejandro Enmanuel Falconí Reyes el 07 de mayo de 2018, momento en el cual el Diploma fue dado y firmado, independientemente de que dicha persona hubiese optado dicho título con fecha 07 de febrero de 2018.

Lo expuesto guarda concordancia con la consulta web realizada en el Registro Nacional de Grados Académicos y Títulos Profesionales de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria, conforme consta a fojas 232 del Expediente N° 201800053025, en la cual se verifica que efectivamente el grado de Bachiller en Ingeniería Geológica y el título de Ingeniero Geólogo fueron otorgados el 16 de noviembre de 2015 y el 07 de mayo de 2018, respectivamente.

En igual sentido, del documento "Constancia de Registro de Solicitud" (fojas 257) remitido por SOUTH AMERICA en su recurso de apelación, se constata que la solicitud de colegiatura virtual presentada por Alejandro Enmanuel Falconí Reyes fue registrada con fecha 09 de mayo de

- a) Las labores de realización de estudios técnicos, propuestas u ofertas técnicas, anteproyectos, esquemas técnicos, proyectos, absolución de consultas y asesorías técnicas, avalúos, peritajes, planificación y esquemas de funcionamiento de obras y servicios de ingeniería, informes técnicos, planos, mapas, cálculos, presupuestos y valuaciones con todos sus anexos, croquis, minutas, estudios preliminares y estudios definitivos; gerencias, supervisiones, inspecciones y auditorías especializadas; coordinaciones y direcciones de obras, procesos de ingeniería o sus servicios conexos; operación, mantenimiento y reparación de las mismas, incluyendo los aspectos informáticos y de sistemas, gestión de calidad, medio ambiente, estudios de impacto ambiental, entre otras. Estas labores deben ser efectuadas, firmadas y refrendadas por profesionales inscritos y hábiles en el Colegio de Ingenieros del Perú.
- b) Queda establecido que deberán ser colegiados los profesionales ingenieros, incluidos los ingenieros extranjeros que se encuentren ejerciendo, en forma dependiente o independiente, o presten servicios temporales realizando estudios, en la operación y servicios, en la agricultura, en la investigación, en el mantenimiento, en la construcción, en la administración, en la auditoría y en las ventas, en las diferentes especialidades de la ingeniería, entre otras: administrativa, agronómica, agrícola, civil, económica, eléctrica, electromecánica, electrónica, telecomunicaciones, forestal, de sistemas, geológica, geográfica, topográfica, informática, industrial, industria alimentaria, mecánica, metalúrgica, minería, pesquería, petróleo, petroquímica, química, textil, transportes, sanitaria, ambiental, zootecnia, así como de aquellas especialidades que se creen y que cuenten con escuelas o facultades en las universidades peruanas o del extranjero y que estén oficialmente reconocidas en el Perú".

¹⁴ Con la notificación del Oficio N° 1296-2018 del 30 de abril de 2018.

2018, siendo importante precisar que, de la búsqueda realizada en la página web del Colegio de Ingenieros del Perú, se visualiza que la incorporación se dio el día 13 de junio de 2018, conforme consta en el reporte "Detalle de los Datos del Colegiado" obrante a fojas 233 del Expediente N° 201800053025.

Al respecto, en el supuesto que existieran dilaciones en el trámite de incorporación al Colegio de Ingenieros del Perú, como la administrada alega, en el presente caso la solicitud de colegiatura fue presentada con posterioridad al inicio del procedimiento sancionador.

De todo lo expuesto, se evidencia que Alejandro Enmanuel Falconí Reyes obtuvo el grado académico de Bachiller en Ingeniería Geológica con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos; sin embargo, la obtención del título de Ingeniero Geólogo y su incorporación al Colegio de Ingenieros del Perú se dio con posterioridad al inicio del procedimiento.

Por lo tanto, se verifica que SOUTH AMERICA no subsanó el incumplimiento al artículo 323° del RSSO antes del inicio del presente procedimiento (3 de mayo de 2018), toda vez que el señor Alejandro Enmanuel Falconí Reyes (contratado del 1 de diciembre de 2017 al 31 de enero de 2018 y del 1 de febrero de 2018 al 31 de enero de 2019), en dicho momento, aún no cumplía con los requisitos para ejercer profesionalmente como Ingeniero y, en consecuencia, realizar la actividad de supervisión permanente del pad de lixiviación y el depósito de desmonte, de conformidad con el artículo 1° de la Ley N° 28858, puesto que no contaba con el título profesional ni estaba colegiado y habilitado.

En consecuencia, no se verifica la configuración de la condición eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria de la infracción con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos, prevista en el literal f) del numeral 1 del artículo 255° del T.U.O. de la Ley N° 27444.

Sin perjuicio de ello, la subsanación de la infracción efectuada con posterioridad al inicio del procedimiento sancionador ha sido considerada por la primera instancia como factor atenuante (-10%) en el cálculo de multa, de conformidad con el inciso g.2) del literal g) del numeral 25.1 del artículo 25° y el numeral 15.2 del artículo 15° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD¹⁵.

Por lo indicado en los párrafos precedentes, los incumplimientos N° 1 y 2 se encuentran debidamente acreditados, no configurándose la condición eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador; en el caso del primero, por tratarse de una infracción insubsanable y, respecto al segundo, en virtud a que

¹⁵ Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD

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

"Artículo 15.- Subsanción voluntaria de la infracción

(...)

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.

"Artículo 25.- Graduación de multas

25.1. En los casos en que la multa prevista por el Consejo Directivo como sanción tenga rangos o topes de aplicación, se utilizan, según sea el caso, los siguientes criterios de graduación:

(...)

g) Circunstancias de la comisión de la infracción. Para efectos del cálculo de la multa se consideran los siguientes factores atenuantes:

(...)

g.2) La subsanación voluntaria de la infracción con posterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador".

RESOLUCIÓN N° 093-2019-OS/TASTEM-S2

SOUTH AMERICA no efectuó la subsanación antes de la notificación de la imputación de cargos.

En consecuencia, no se constata vulneración alguna al Principio de Verdad Material, previsto en el numeral 1.11 del Artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444¹⁶, que exige la verificación plena de los hechos que sirven de motivo a las decisiones de la autoridad administrativa, puesto que la resolución impugnada fue emitida en observancia de dicho precepto, conforme se ha expuesto en el presente numeral.

Por lo tanto, no se verifica la configuración de las causales de nulidad previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 10° del T.U.O. de la Ley N° 27444¹⁷, correspondiendo desestimar este extremo del recurso de apelación.

Sobre el Principio de Razonabilidad y la debida motivación

5. En relación a lo indicado en el literal b) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde señalar que, de la revisión de la Resolución N° 146-2019, se verifica que dicho acto administrativo fue emitido en observancia del Principio de Razonabilidad, previsto en el numeral 3 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444¹⁸, conforme a lo siguiente:

- Los incumplimientos a los artículos 400° y 323° del RSSO se encuentran debidamente acreditados, de acuerdo a lo expuesto en el numeral precedente; por lo tanto, se constata la existencia de un beneficio resultante de la comisión de las infracciones por parte de SOUTH AMERICA, constituido por los costos evitados y/o postergados; es decir, las inversiones no realizadas o postergadas por el titular minero para dar cumplimiento a la normativa vigente.

Así, respecto al incumplimiento al artículo 400° del RSSO, en la resolución impugnada se consideraron costos postergados en el cálculo del beneficio ilegalmente obtenido, en virtud a las inversiones posteriores realizadas por SOUTH AMERICA para contar con un Estudio de

¹⁶ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

T.U.O. de la Ley N° 27444

"Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

(...)

1.11. Principio de Verdad Material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas. (...)".

¹⁷ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo 10.- Causales de nulidad

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

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

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

¹⁸ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

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:

(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su 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".

RESOLUCIÓN N° 093-2019-OS/TASTEM-S2

Estabilidad Física a condiciones actuales del pad de lixiviación elaborado por una empresa especializada en la materia, conforme consta en las páginas 8 y 9 de la mencionada resolución.

Por otro lado, respecto al incumplimiento al artículo 323° del RSSO, se consideraron costos evitados, en atención a las inversiones no realizadas por la administrada para contar con un Ingeniero especializado y con experiencia en geotecnia encargado de la supervisión de la operación del pad de lixiviación y el depósito de desmonte, correspondientes a los períodos comprendidos desde la fecha en que SOUTH AMERICA asumió la titularidad de la Unidad Breapampa (12 de mayo de 2017) hasta la fecha de detección de la infracción (11 de agosto de 2017) y desde este último momento hasta la fecha en que la persona contratada por el titular minero se incorpora al Colegio de Ingenieros del Perú y se encuentra habilitada para ejercer como Ingeniero (13 de junio de 2018) y, en consecuencia, realizar la actividad de supervisión de los citados componentes mineros. Lo indicado se encuentra detallado en las páginas 10 y 11 de la Resolución N° 146-2019.

- En la página 7 de la resolución de sanción se menciona que, de conformidad con la Disposición Complementaria Única de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG, en este caso corresponde asignar un valor de 100% para el factor “probabilidad de detección”.

Al respecto, la supervisión realizada a la Unidad Minera Breapampa se efectuó de acuerdo a la programación anual de supervisión a realizarse en las unidades mineras con la finalidad de verificar el cumplimiento de la normativa vigente (supervisiones operativas); situación en la cual corresponde la aplicación de dicho valor de acuerdo a la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG.

- En el cálculo de multa no se consideraron los criterios de gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido y el perjuicio económico causado, siendo importante precisar que el numeral 3 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444 no exige que todos los criterios de graduación enlistados en dicha norma deban ser aplicados, sino los que correspondan a efectos de que la sanción sea proporcional al incumplimiento y que la comisión de la infracción no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas o asumir la sanción.

En atención a lo expuesto, la primera instancia consideró la aplicación del beneficio ilegalmente obtenido, siendo importante mencionar que en el supuesto que se hubieran considerado los criterios de gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido y el perjuicio económico causado, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución de Gerencia General N° 035, correspondía que los valores asignados a dichos factores sean sumados con el beneficio, obteniéndose una multa mayor.

- En las páginas 7 y 10 de la resolución impugnada se analizó el criterio de “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”, determinando que SOUTH AMERICA no es reincidente en la comisión de las infracciones a los artículos 400° y 323° del RSSO, por lo que no se aplicó dicho factor agravante.
- En la resolución impugnada sí se evaluó la aplicación del criterio de las “circunstancias de la comisión de la infracción”. Al respecto, de conformidad con lo dispuesto en el inciso g.1) del literal g) del artículo 25° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, en las páginas 8 y 10 de la resolución de sanción se indicó que la administrada no reconoció su responsabilidad en la comisión de las infracciones; por lo tanto, no se aplicó el

beneficio de reducción de multa por reconocimiento.

De igual modo, de conformidad con el inciso g.2) del literal g) del citado artículo 25°, se determinó que SOUTH AMERICA subsanó el incumplimiento al artículo 323° del RSSO con posterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador, por lo que se aplicó el factor atenuante de -10% en el cálculo de la multa, conforme consta en las páginas 10 y 11 de la Resolución N° 146-2019.

Asimismo, en virtud a que las acciones de la administrada para contar un Estudio de Estabilidad Física actualizado del pad de lixiviación elaborado por una empresa especializada (incumplimiento al artículo 400° del RSSO) fueron realizadas con posterioridad al plazo otorgado para la presentación de los descargos al inicio del procedimiento, no correspondía la aplicación del factor atenuante de -5% por acciones correctivas previsto en el inciso g.3 del literal g) del artículo 25° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, conforme se indica en la página 8 de la resolución de sanción.

- Respecto a la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor, cabe mencionar que, de conformidad con el Principio de Culpabilidad, previsto en el numeral 10 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444¹⁹, la responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva.

Sobre el particular, el artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, en concordancia con el numeral 23.1 del artículo 23° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD²⁰, establece que la responsabilidad administrativa por los incumplimientos a la normativa de competencia de OSINERGMIN es objetiva. En ese sentido, basta la verificación del incumplimiento para determinar la responsabilidad del sujeto infractor.

De acuerdo a lo manifestado, por ley se ha establecido el régimen de responsabilidad administrativa objetiva respecto a los incumplimientos a las normas de competencia de OSINERGMIN, conforme se ha indicado en la página 7 de la resolución impugnada. Por lo tanto, no corresponde la aplicación de la responsabilidad subjetiva y, en consecuencia, no cabe

¹⁹ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

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:

(...)

10. Culpabilidad.- La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva".

²⁰ Ley N° 27699

Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN

"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. (...)".

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

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

"Artículo 23.- Determinación de responsabilidad

23.1. La responsabilidad administrativa por el incumplimiento de la normativa o de las disposiciones emitidas por OSINERGMIN es determinada de forma objetiva conforme a lo previsto en los artículos 1 y 13 de las Leyes N° 27699 y 28964, respectivamente".

RESOLUCIÓN N° 093-2019-OS/TASTEM-S2

evaluar la existencia de intencionalidad en la conducta infractora.

Por lo expuesto en los párrafos precedentes, se constata que los criterios de graduación aplicados en el cálculo de multa por los incumplimientos N° 1 y 2, en concordancia con el Principio de Razonabilidad, sí fueron debidamente motivados en la Resolución N° 146-2019.

En consecuencia, no se verifica vulneración alguna a los Principios de Razonabilidad y de Debido Procedimiento, previstos en el numeral 3 del artículo 246° y el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444²¹.

Por lo tanto, no se verifica la configuración de las causales de nulidad previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 10° del T.U.O. de la Ley N° 27444, correspondiendo desestimar este extremo del recurso de apelación.

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

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por **SOUTH AMERICA MINING INVESTMENTS S.A.C.** contra la Resolución N° 146-2019 de fecha 16 de enero de 2019 y, en consecuencia, **CONFIRMAR** dicha resolución en todos sus extremos, por las consideraciones expuestas en la presente resolución.

Artículo 2°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Héctor Adrián Chávarry Rojas, José Luis Harmes Bouroncle y Sergio Enrique Cifuentes Castañeda.


HÉCTOR ADRIÁN CHÁVARRY ROJAS
PRESIDENTE

²¹ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
T.U.O. de la Ley N° 27444

"Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1.2. Principio del Debido Procedimiento.-

Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; (...) 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. (...)".