

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 186-2019-OS/TASTEM-S2

Lima, 11 de junio de 2019

VISTO:

El Expediente N° 201800053232 que contiene el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA SAN VALENTÍN S.A., representada por el señor José Manuel Calle García, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 844-2019 de fecha 4 de abril de 2019, a través de la cual se la declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 3072-2018 del 13 de diciembre de 2018 que la sancionó con multa por incumplir el Reglamento de Procedimientos Mineros aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 3072-2018 de fecha 13 de diciembre de 2018, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a COMPAÑÍA MINERA SAN VALENTÍN S.A., en adelante SAN VALENTÍN, con una multa total de 52.23 (cincuenta y dos con veintitrés centésimas) UIT por incumplir el Reglamento de Procedimientos Mineros aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, en adelante RPM, conforme al siguiente detalle:

N°	INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Al artículo 37° del RPM¹ Por instalar dos mesas vibratorias marca Deister de 4.54 m x 1.80 m del circuito de flotación de plomo, sin contar con la autorización de construcción otorgada por la Dirección General de Minería del MINEM (DGM).	Numeral 1.1 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD ²	33.05 UIT

¹ Decreto Supremo N° 018-92-EM

Reglamento de Procedimientos Mineros

"Artículo 37.- Entregados los avisos conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y, de no mediar oposición, la Dirección General de Minería deberá evaluar si la solicitud se adecúa a las normas de seguridad, vivienda, salud, bienestar minero e impacto ambiental y expedir Resolución, en un plazo que no excederá de treinta (30) días hábiles. La Resolución expedida por la Dirección General de Minería que autoriza la construcción de la planta, permitirá al interesado solicitar las servidumbres y expropiaciones que pudieran ser necesarias. La construcción de los depósitos de relaves y/o plataformas (PAD) de lixiviación, de acuerdo al proyecto aprobado, podrá ser ejecutada en más de una etapa; la misma que será autorizada por la Dirección General de Minería o gobierno regional, según corresponda, previo informe técnico favorable del Ministerio de Energía y Minas, a través de la Dirección General de Minería. Culminada la construcción de cada etapa, el titular minero comunicará a la autoridad competente, a fin de que esta última autorice su funcionamiento. En el caso que se formule oposición, ésta se tramitará con arreglo a las normas sobre oposición contenidas en la Ley y el presente Reglamento."

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

1. Incumplimiento de autorizaciones de construcción y funcionamiento para concesiones y componentes mineros

1.1. Autorización de construcción

Base legal: artículo 37° del RPM

Multa: hasta 10,000 UIT

2	Infracción al artículo 38° del RPM³ Por operar el Depósito de Relaves N° 3 sin contar con la autorización de funcionamiento de la Dirección General de Minería (DGM) del MINEM.	Numeral 1.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD ⁴	19.18 UIT
TOTAL			52.23 UIT⁵

Como antecedentes relevantes, cabe señalar los siguientes:

- Del 24 al 26 de octubre de 2017, se llevó a cabo una visita de supervisión a la Planta de Beneficio "San Pedro" de titularidad de San Valentín⁶, con el propósito de verificar el cumplimiento de la normativa vigente, conforme consta en el Acta de Supervisión obrante a fojas 4 y 5 del expediente, debidamente suscrita por los representantes de la administrada, quienes no consignaron observaciones.
- Con Oficio N° 1101-2018 notificado con fecha 18 de abril de 2018, conforme consta en la cédula de notificación obrante a foja 33 del expediente, se comunicó a SAN VALENTÍN el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, adjuntando el Informe de Instrucción Inicio de PAS N° 1146-2018 del 6 de abril de 2018 y otorgándole el plazo de siete (7) días hábiles para la presentación de sus descargos.
- Mediante escrito de registro N° 2018-53232, remitido con fecha 11 de mayo de 2018, la administrada presentó sus descargos al inicio del procedimiento.
- Con Oficio N° 483-2018-OS-GSM, notificado el 6 de octubre de 2018, se trasladó a la administrada el Informe Final de Instrucción N° 2106-2018 del 3 de octubre de 2018, otorgándole el plazo de cinco (5) días hábiles para la remisión de sus descargos.
- A través del escrito presentado con fecha 15 de octubre de 2018, SAN VALENTÍN solicitó una ampliación del plazo para la remisión de sus descargos al Informe Final de Instrucción N° 2106-2018.
- Con Oficio N° 514-2018-OS-GSM, la GSM comunicó a la administrada que su solicitud resultaba improcedente.

³ Decreto Supremo N° 018-92-EM

Reglamento de Procedimientos Mineros

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

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

1. Incumplimiento de autorizaciones de construcción y funcionamiento para concesiones y componentes mineros

1.2. Autorización de funcionamiento

Base legal: artículo 38° del RPM

Multa: hasta 10,000 UIT

⁵ La determinación y graduación de la sanción se realizó de conformidad con el artículo 25° del Reglamento aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD y los Criterios Específicos para la graduación de las sanciones por falta de autorización de construcción y/o funcionamiento en concesiones de beneficio aprobados por la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS-GG.

⁶ La Planta de Beneficio San Pedro se encuentra ubicada en el distrito de Laraos, provincia de Yauyos y departamento de Lima.

g) Mediante escrito remitido con fecha 26 de octubre de 2018, SAN VALENTÍN presentó alegatos complementarios.

- 
2. Con escrito remitido con fecha 11 de enero de 2019, SAN VALENTÍN interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera del 13 de diciembre de 2018.
 3. Mediante Resolución N° 844-2019 del 4 de abril de 2019, la GSM declaró fundado en parte el recurso de reconsideración citado, en el extremo de la multa por la infracción al artículo 38° del RPM, reduciéndose la multa total de 52.23 (cincuenta y dos con veintitrés centésimas) UIT a 51.18 (cincuenta y uno con dieciocho centésimas) UIT.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

4. Mediante escrito de registro N° 2018-53232 presentado con fecha 2 de mayo de 2019, la empresa SAN VALENTÍN interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 844-2019 del 4 de abril de 2019, solicitando su nulidad⁷, en atención a los siguientes fundamentos:

- a) Con fecha 31 de octubre de 2017, se publicó el Decreto Supremo N° 37-2017-EM que modificó el RPM, estableciendo los supuestos que requieren de la modificación de la concesión de beneficio y los que se encuentran exceptuados.

Al respecto, de conformidad con los numerales 35.4 y 35.5 del artículo 35° del RPM modificado por el Decreto Supremo N° 37-2017-EM, no es necesario tramitar la modificación de la concesión de beneficio, esto es, solicitar la autorización de construcción y funcionamiento cuando el proyecto de modificación: i) cuenta con certificación ambiental, ii) se trate de componentes auxiliares y iii) se encuentren dentro del área de concesión de beneficio.



Sobre el particular, los componentes auxiliares se encuentran definidos en el numeral 4.6 del artículo 4° del Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para la Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento minero aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-EM, como *“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”*.

Aunado a ello, el numeral 35.5 del artículo 35° del RPM establece expresamente que los criterios y demás precisiones para la aplicación de los supuestos señalados en el párrafo anterior son establecidos mediante Resolución Ministerial. Es así que, mediante la Resolución Ministerial N° 501-2017-MEM-DM, se aprobaron los referidos criterios técnicos, los cuales determinaron que no requieren una modificación de la concesión de beneficio las *“1.6. variaciones no significativas en la ingeniería de detalle que definan la construcción de los*

⁷ Adjunta el cargo de presentación de la demanda de revisión judicial del procedimiento de ejecución coactiva de Osinergmin por afectación al debido procedimiento y notificación defectuosa de la Resolución N° 343-2017-OS/TASTEM-S2 y Resolución N° 1 de Ejecución Coactiva. Esta demanda está en trámite en el Expediente N° 03337-2019-O-1801-SP-CAA-01.

Asimismo, la administrada fundamenta su recurso de apelación en el numeral 27.1 del artículo 27° y el numeral 35.6 del artículo 35° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

componentes aprobados con la autorización de construcción y que se encuentren dentro de los parámetros de la certificación ambiental del proyecto”.



De lo expuesto, refiere que este criterio considera expresamente a las modificaciones que se realicen en componentes aprobados en la autorización de construcción de la concesión de beneficio; es decir, aquellos componentes que sí intervienen en la actividad de beneficio. No obstante, el criterio limita su alcance a que sean variaciones no significativas en la ingeniería de detalle de los referidos componentes y que éstos, a su vez, se encuentren dentro de los parámetros de la certificación ambiental.

Asimismo, la Resolución Ministerial N° 501-2017-MEM-DM establece en su artículo 2° que, para los proyectos que se encuentren en alguno de los literales de su Anexo (que no requieren la modificación de la concesión de beneficio), el titular minero debe comunicarlo a la DGM dentro del plazo de cinco (5) días hábiles de iniciada la obra. A su vez, la DGM deberá remitir a Osinergmin dicha comunicación para los fines de su competencia.

Conforme a esto, para ejecutar las obras que califican en alguno de los supuestos previstos en el Anexo de la cita resolución, no se requiere que el titular minero lo comunique a la DGM con anterioridad, sino cuando éstas ya se encuentran en desarrollo. Así, la comunicación posterior a la DGM no es un requisito para que las obras sean calificadas dentro de los supuestos establecidos, pudiendo existir obras que no hayan sido comunicadas en el plazo respectivo a la DGM, lo cual no invalidaría su calificación y ejecución.

- b) De acuerdo al Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 248° del T.U.O. de la Ley, para imponer una sanción necesariamente una norma debe tipificar como infracción de forma expresa e inequívoca la respectiva conducta u omisión, a fin que los administrados estén en condiciones de prever de manera suficiente y adecuada las consecuencias de sus actos⁸.



Sobre el particular, SAN VALENTÍN indica que el Estudio de Impacto Ambiental aprobado en 2010 contempla a la Planta Concentradora de la Unidad Minera San Valentín y el proceso de flotación que en ésta se realiza. En el año 2012, fue aprobada la instalación y funcionamiento de 12 componentes adicionales.

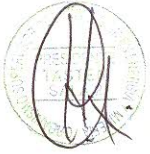
Ahora bien, en el presente caso, las dos (2) mesas vibratorias materia del presente procedimiento tenían como finalidad la mejora de la calidad del concentrado de plomo producto de la flotación. Asimismo, las mesas se encontraban dentro de las instalaciones de los equipos en el “*circuito de flotación celdas*”, scavenger zinc, sin emplear un área adicional. Como se observa en el Informe Técnico presentado, las mesas vibratorias solo complementan los objetivos de la Planta Concentradora, a fin de que el resultado de los concentrados tenga un menor contenido de arsénico y se coloque como tal en la industria.

Por lo tanto, las mesas califican como un componente auxiliar, según la definición prevista en el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 040-2014. Lo anterior se confirma con el hecho de que las mesas no eran imprescindibles para el proceso de beneficio de plomo, tal es así que fueron retiradas sin afectar el funcionamiento de la Planta Concentradora.

En ese sentido, la Planta Concentradora cuenta con certificación ambiental (EIA del 2010) y las

⁸ Respecto al Principio de Tipicidad cita el literal d del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política, así como la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0187-2009-PA/TC. Asimismo, cita a Morón Urbina, Juan Carlos, en *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444*, Gaceta Jurídica, Lima, pp. 413-414 y a Gamero, Eduardo y Fernández, Severiano, en *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Undécima edición, 2014, Tecnos, Madrid, p. 832.

mesas vibratorias son componentes absolutamente auxiliares a aquella y están instaladas en el área de flotación, que como parte de la Planta Concentradora se encuentra en el área que tiene certificación ambiental y concesión de beneficio. Por lo tanto, las mesas vibratorias cumplen con las condiciones establecidas en el numeral 35.5 del artículo 35° del RPM, modificado por el Decreto Supremo N° 37-2017, por lo que su instalación y funcionamiento no requirieron la modificación de la concesión de beneficio de San Valentín.



Asimismo, en el Informe Técnico remitido a Osinergmin se verifica que el diseño y la construcción de las mesas no han modificado sustantivamente a la Planta Concentradora ni a sus equipos, por lo que califica estrictamente con el criterio 1.6 de la Sección A del Anexo de la Resolución Ministerial N° 501-2017-MEM-DM.

De otro lado, el artículo 3° de la Resolución Ministerial N° 501-2017-MEM-DM establece que la DGM remitirá a Osinergmin la comunicación que efectúan los administrados en el marco de dicha norma para los fines de su competencia. En ese sentido, la Resolución Ministerial N° 501-2017-MEM-DM le reconoce a Osinergmin la facultad de supervisar, fiscalizar y sancionar, considerando las disposiciones de dicha norma. Por lo tanto, esta entidad sí puede pronunciarse sobre la calificación de las mesas vibratorias como parte del criterio 1.6 de la Sección A del Anexo de la Resolución Ministerial N° 501-2017-MEM-DM, a fin de determinar si se incumplieron o no los artículos 37° y 38° del RPM cuando estos son materia de imputación.

Ahora bien, el criterio 1.6 de la sección A del Anexo de la Resolución Ministerial N° 501-2017-MEM-DM contempla variaciones no significativas en la ingeniería de detalle que definan la construcción de los componentes aprobados con autorización de construcción de la concesión de beneficio y que se encuentren dentro de los parámetros de la certificación ambiental. De lo indicado, se evidencia que la ingeniería de detalle aprobada en una autorización de construcción, que es exigida en la norma, es la que corresponde al componente que será modificado y no la ingeniería de detalle de las variaciones no significativas que se proyectan realizar. Sin embargo, la Resolución N° 844-2019 señaló que las variaciones no significativas también deberían contar con ingeniería aprobada en una autorización de construcción. Ello resulta contradictorio con el citado criterio 1.6 previsto para variaciones que no necesitan de autorización de construcción ni de funcionamiento.



En efecto, la ingeniería de detalle a la que hace referencia el criterio 1.6 es la de la Planta Concentradora (al ser ésta el objeto de la variación no significativa), la cual sí cuenta con autorización de construcción.

Por lo expuesto, de acuerdo al numeral 35.5 del artículo 35° del RPM y de la Resolución Ministerial N° 501-2017-MEM-DM, la instalación y funcionamiento de las mesas vibratorias identificadas en la supervisión no requirieron de la modificación de la concesión de beneficio, por lo que SAN VALENTÍN no se encontraba obligada a gestionar una autorización de construcción para la instalación de las mesas ni una autorización de funcionamiento para operarlas.

De otro lado, refiere que en su escrito de descargos indicó que las mesas vibratorias se encontraban en vías de regularización mediante los instrumentos legales respectivos, sin mencionar que éstos necesariamente sean la autorización de construcción o de funcionamiento como parte de una modificación de la concesión de beneficio, ya que como ha expuesto, la obligatoriedad de obtener tales autorizaciones no aplica a las mesas vibratorias, respecto de las cuales corresponde la comunicación posterior a la DGM, lo cual es parte del alcance de la Resolución Ministerial N° 501-2017-MEM-DM y no de los artículos 37°

y 38° materia de sanción.

De lo indicado, de acuerdo al Principio de Tipicidad, se encuentra proscrita la interpretación extensiva del contenido de las infracciones. Sobre el particular, en el presente caso se sancionó a SAN VALENTÍN por la comisión de las infracciones previstas en los numerales 1.1 y 1.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD (no contar con autorización de construcción /no contar con la autorización de funcionamiento), siendo importante precisar que se encuentran fuera de estos tipos infractores aquellos supuestos que no requieren la modificación de la concesión de beneficio establecidos en el numeral 35.5 del artículo 35° del RPM, ni los previstos en el criterio 1.6 de la Sección A del Anexo de la Resolución Ministerial N° 501-2017-MEM-DM.

Por lo tanto, considerando que la instalación y funcionamiento de las mesas vibratorias se subsume en el supuesto previsto en el criterio 1.6 mencionado, se encuentra excluida del cumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 37° y 38° del RPM. En ese sentido, la atribución de responsabilidad por infracciones a los numerales 1.1 y 1.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD se ha realizado bajo una interpretación extensiva de su contenido, incluyendo indebidamente variaciones que se enmarcan en el criterio 1.6. Dicha interpretación extensiva constituye una vulneración al Principio de Tipicidad, por lo que la resolución impugnada contiene un vicio de nulidad, de acuerdo al numeral 1 del artículo 10° del T.U.O. de la Ley N° 27444.

- c) De acuerdo a los artículos 37° y 38° del RPM, la autorización de construcción y la autorización de funcionamiento no son independientes, sino que ambas se encuentran relacionadas recíprocamente como medio-fin, en tanto se construye para que, luego, pueda utilizarse el respectivo componente de beneficio. Tanto es así que, de conformidad con el TUPA del MINEM, la autorización de construcción y la autorización de funcionamiento se encuentran en un mismo procedimiento administrativo (ítem N° 40), aun cuando se dividan en dos etapas.

Asimismo, la conducta de modificar la concesión de beneficio también puede realizarse mediante un Informe Técnico Minero, de acuerdo al artículo 4° del Decreto Supremo N° 1-2015-EM, el cual permite realizar la construcción y funcionamiento con un solo acto administrativo.

Ahora bien, el numeral 1.1 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD tipifica como infracción el incumplimiento al artículo 37° del RPM (no contar con autorización de construcción en el marco de la concesión de beneficio) y el numeral 1.2 al incumplimiento al artículo 38° del RPM (no contar con autorización de funcionamiento en el marco de la concesión de beneficio).

Sobre el particular, mediante los tipos infractores citados se han previsto las infracciones por no contar con las autorizaciones que componen el procedimiento de concesión de beneficio. Esto es, que la conducta referida a no contar con una concesión de beneficio está dividida a pesar de que tanto la construcción como el funcionamiento están ligadas y se reconducen a una sola (la concesión de beneficio).

De los hechos expuestos, la instalación y funcionamiento de las mesas vibratorias deben ser entendidas como una sola conducta antijurídica, de acuerdo al Principio de Concurso de Infracciones previsto en el numeral 6 del artículo 248° del T.U.O. de la Ley N° 27444, en la medida que ambas son acciones estrechamente vinculadas, ya que solo pueden funcionar las

mesas vibratorias si han sido instaladas y viceversa (solo se han instalado las mesas para que funcionen)⁹.

En efecto, si bien son actos administrativos distintos, estos constituyen una disgregación del mismo procedimiento de obtención de la concesión de beneficio, ya que se advierte que la conducta que constituye incumplimiento por no contar con dichas autorizaciones es la de haber realizado actividades de beneficio sin contar con la concesión.

En el presente caso se aplicaron las sanciones previstas para cada una de las infracciones imputadas, lo cual vulnera el Principio de Concurso de Infracciones, configurándose la causal de nulidad prevista en el numeral 1 del artículo 10° del T.U.O. de la Ley N° 27444.

- d) Con el Informe de desinstalación de mesas vibratorias de la Planta Concentradora San Pedro del 15 de mayo de 2018, SAN VALENTÍN comunicó que completó los trabajos de desinstalación de las mesas vibratorias supervisadas en el año 2017¹⁰.

Al respecto, de acuerdo al numeral 15.2 del artículo 15° y el artículo 25° del Reglamento aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, la subsanación voluntaria con posterioridad al inicio del procedimiento constituye un criterio atenuante para la determinación de la sanción a imponer.

Sobre el particular, de acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española, subsanar es “reparar o remediar un defecto o resarcir un daño”. En doctrina, reparar es la “(...) acción de reponer las cosas al estado anterior”¹¹.

En el presente caso, al 15 de mayo de 2018, SAN VALENTÍN había desinstalado voluntariamente las mesas vibratorias, lo que constituye una adecuación a los artículos 37° y 38° del RPM, ya que no se presenta en la realidad el hecho que determinó el supuesto incumplimiento; demostrándose que, luego del inicio del procedimiento, se subsanaron voluntariamente las dos infracciones imputadas.

En consecuencia, en el cálculo de multa debió considerarse como atenuante la subsanación realizada, de acuerdo al numeral 15.2 del artículo 15° y el literal g.2 del numeral 25.1 del artículo 25° del Reglamento aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

Sin embargo, en la Resolución N° 3072-2018, ratificada por la Resolución N° 844-2019, se indicó que no era suficiente retirar las mesas vibratorias para que la actuación de su representada sea calificada como una subsanación, ya que con ello no se acreditaba el cumplimiento de las supuestas normas infringidas. Asimismo, en la Resolución N° 844-2019 se mencionó que la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG exige que la subsanación voluntaria se produce con la obtención de las autorizaciones de construcción y funcionamiento.

Sobre el particular, la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG no establece que

⁹ Respecto al Principio de Concurso de Infracciones cita a Morón Urbina, ob. cit., p. 430.

¹⁰ Adjunta listado de actividades para la desinstalación y registros fotográficos.

¹¹ Cita a Nanclares, Juliana y Gómez, Ariel, “La reparación: una aproximación a su historia, presente y prospectivas”, en *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, N° 33, 2017, Bogotá, p. 65.

la obtención posterior de las autorizaciones de construcción y funcionamiento sean los únicos supuestos que califican como subsanación de los incumplimientos a los artículos 37º y 38º del RPM. Cabe precisar que esta norma solo contempla el supuesto en el cual la construcción y funcionamiento de los componentes sin autorización (inicial) perduran, lo cual no ocurre en el presente caso.



Considerando las definiciones de los términos “subsanar” y “reparar” de la RAE y la doctrina, se tiene que el defecto en este caso habría sido instalar y operar las mesas vibratorias sin obtener previamente las autorizaciones de construcción y funcionamiento, respectivamente. En ese escenario, en la etapa anterior a la instalación y operación de las mesas, no existía tal defecto, por lo que no se incumplían los artículos 37º y 38º del RPM. Siguiendo lo anterior, con la desinstalación de las mesas se ha repuesto al estado anterior el defecto contenido en los supuestos incumplimientos a los artículos 37º y 38º del RPM.

De otro lado, respecto a que no debe admitirse la desinstalación de las mesas vibratorias como una reparación del defecto detectado, ya que con ello se convalidaría que el titular puede realizar actividades sin obtener las autorizaciones y se vulneraría la finalidad pública de estas, indica que la subsanación voluntaria se encuentra recogida en el ordenamiento jurídico peruano como eximente y atenuante, correspondiendo su aplicación en los casos en los que se configura, de acuerdo al Principio de Legalidad.

La calificación de la desinstalación de las mesas vibratorias, como subsanación voluntaria en este caso, no involucra en modo alguno una vulneración de la finalidad pública de las autorizaciones de construcción y funcionamiento, ya que el único efecto sería la atenuación de las sanciones a imponer y no la aplicación de un eximente.

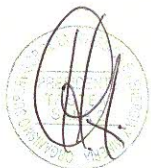


- e) Las Resoluciones N° 3072-2018 y N° 844-2019 contienen un cálculo errado de las multas impuestas, lo cual vulnera los Principios de Legalidad y Razonabilidad, así como las reglas que rigen la metodología del cálculo de las multas que Osinergmin puede imponer.

Al respecto, tanto el numeral 3 del artículo 248º del T.U.O. de la Ley N° 27444 como los Criterios Específicos para la Graduación de las Sanciones por falta de autorización de construcción y/o funcionamiento en concesiones de beneficio aprobados por la Resolución de Gerencia General N° 256-2013, establecen que el cálculo de la multa debe realizarse considerando el beneficio ilegalmente obtenido por el administrado, el cual consistirá en todos los costos evitados o ingresos ilegalmente obtenidos por este como producto de la comisión de la infracción, aplicando sobre este concepto la probabilidad de detección, así como los factores agravantes o atenuantes de ser el caso.

Ahora bien, de acuerdo al Principio de Verdad Material, las autoridades tienen el deber de verificar los hechos sobre los que fundamentan sus decisiones. Necesariamente, dicha actividad involucrará que se actúen y valoren todos los medios de prueba autorizados por la legislación.

Asimismo, de conformidad con el numeral 10 del artículo 64º del T.U.O. de la Ley N° 27444, las entidades deben llevar a cabo sus actuaciones en la forma menos gravosa posible para los administrados. En relación con ello, mediante la Resolución N° 129-2016-OS/TASTEM-S2, el TASTEM reconoció la aplicación del Principio *Pro Homine* en el procedimiento administrativo sancionador, el cual establece que las causas deben ser resueltas siguiendo la interpretación que les resulte más favorable a los administrados.



De igual modo, de acuerdo al Principio de Presunción de Veracidad, la documentación que presenten los administrados en un procedimiento administrativo goza de presunción de certeza sobre los hechos que afirman. Solo puede vencerse esta presunción si se cuenta con prueba suficiente en contrario. En el numeral 19.2 del artículo 19º y el numeral 21.2 del artículo 21º del Reglamento aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD reconocen expresamente la aplicación de este principio, al indicar que “la documentación que presente el Agente Supervisado se presume cierta, en calidad de declaración jurada, salvo prueba en contrario y bajo las responsabilidades de ley”.

Respecto al cálculo de multa por el incumplimiento N° 1, señala que en la Resolución N° 3072-2018 se consignó como valor de inversiones: mesas vibratorias e instalación (S/ oct. 2017) el monto de S/ 135 052.80 en el Cuadro N° 1 Valor de Inversiones. Para determinar el valor de ventas en la Resolución N° 3072-2018 se consideraron las ventas de concentrado de plomo y zinc realizadas en el año fiscal 2017 por un total de US\$ 3 286, 968.00, que al tipo de cambio promedio del 2017 dio como resultado un valor de S/ 43 343, 754.76.

Asimismo, en la Resolución N° 3072-2018 se indicó que la Declaración Estadística Mensual (ESTAMIN) responde a la producción de la Planta de Beneficio y que la Declaración Anual Consolidada se corresponde con la suma contenida en el ESTAMIN, por lo que se trata de la misma información. Por lo tanto, la GSM opta por utilizar la información del ESTAMIN del año 2017 para calcular el valor de las ventas.

Al respecto, en la Resolución N° 844-2019 se indicó que “tal como se señaló en la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 3072-2018, el numeral 3.1.1 “Autorización de construcción” de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG dispone que, para establecer el ‘Valor de Ventas’, se deben considerar las ventas realizadas por la empresa en el ejercicio fiscal anterior al año del informe que sustenta el cálculo, lo que en el presente caso incluye el valor de ventas de concentrado de plomo y zinc”.



Sobre el particular, conforme ha acreditado, las mesas vibratorias fueron instaladas para complementar a la Planta Concentradora, a fin de obtener concentrados de plomo de mejor calidad con menor contenido de arsénico. En ningún punto del Informe Técnico que presentó se menciona que las mesas vibratorias también mejoran la producción de concentrados de zinc. Cabe indicar, incluso, que en diversos fragmentos de la Resolución N° 3072-2018 se indica que la finalidad de las mesas vibratorias es la mejora de la producción del plomo.

Por lo tanto, el valor de ventas solo debe considerar las ventas del concentrado de plomo, ya que incluir el concentrado de zinc implicaría extender los alcances del cálculo del beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción sancionada (vinculada a las mesas vibratorias que solo inciden en el concentrado de plomo), lo cual vulnera el Principio de Razonabilidad.

Para una determinación razonable del “Valor de Ventas”, presentó copia simple de la Declaración Anual Consolidada del 2017 (presentada al MINEM el 22 de junio de 2018 vía el sistema Extranet). En esta declaración se acredita que la totalidad de concentrado de plomo vendido en el 2017 asciende a S/ 9 869,794.75, cifra que se desprende del archivo Excel “Liquidaciones de Venta 2017 RG SAN VALENTIN S.A. FINAL” (sección 1.7.7 de la Declaración Anual Consolidada del 2017).

Si bien en dicho archivo Excel no se consigna expresamente el monto de S/ 9 869,794.75, cabe indicar que dicho documento se elaboró para cumplir con la Declaración Anual Consolidada

RESOLUCIÓN N° 186-2019-OS/TASTEM-S2

(DAC) del 2017 sin la necesidad de distinguir entre los concentrados de plomo y zinc. Sin embargo, el monto de S/ 9 869,794.75 se obtiene de la suma total de las cantidades asignadas en la columna de "valor neto recib./la empresa S/" por cada venta de concentrado de plomo realizada en el año 2017¹².



De lo indicado, los criterios específicos para calcular el valor de ventas establecen que únicamente se considere lo reportado en ESTAMIN, empero la DAC se encuentra regulada, tiene carácter de declaración jurada y contiene información de las ventas anuales de los titulares mineros. En ese sentido, disponiéndose de información de igual calidad, se debe aplicar el numeral 10 del artículo 64º del T.U.O. de la Ley N° 27444 y el Principio Pro Homine para determinar el valor de las ventas de la forma menos gravosa posible y más favorable al administrado; es decir, considerando el valor de ventas de concentrado de plomo consignado en la DAC 2017 (S/ 9 869,794.75).

Por otro lado, habiendo demostrado que subsanó el incumplimiento con posterioridad al inicio del procedimiento, pero antes de su resolución, debe aplicarse el factor atenuante en el cálculo de la multa. Por lo tanto, no es válido no reconocer dicho factor cuando el supuesto concreto no se encuentra previsto en alguna de las condiciones del numeral 3.1.1 de los criterios específicos, ya que ello constituye una contravención al Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, lo cual es causal de nulidad del acto administrativo, de acuerdo al numeral 1 del artículo 10º del T.U.O. de la Ley N° 27444.

En ese sentido, en el presente caso corresponde aplicar el criterio a) del numeral 3.1.1 citado. Así, considerando que el valor base es S/ 137, 163.81 y el 1% del valor de las ventas del 2017 es S/ 98, 697.95, correspondería graduar este último valor de acuerdo al criterio a) mencionado, obteniéndose el monto de S/ 6,858.19 (0.05 x S/ 137,163.81), el cual equivale a 1.65 UIT¹³.



Respecto al cálculo de multa por el incumplimiento N° 2, refiere que en la Resolución N° 3072-2018 se consideró que el periodo para calcular la multa era hasta el 31 de agosto de 2018. Sin embargo, en atención a la prueba nueva que presentó en su recurso de reconsideración en la Resolución N° 844-2019, se consideró que "al 15 de mayo de 2018 las mesas vibratorias habían sido desinstaladas (...) por lo que corresponde considerar dicha fecha para determinar el periodo ilícito asociado a la infracción".

Asimismo, en la Resolución N° 844-2019 se consideró que "(...) conforme a lo manifestado por SAN VALENTÍN y la información adjunta al recurso de reconsideración, el *ratio* de rentabilidad del ejercicio 2017 fue de 6.28%, lo que será utilizado para el recálculo de la multa".

En base a lo indicado, en la Resolución N° 844-2019 se realizó el recálculo de la multa. Al respecto, con el nuevo cálculo el beneficio ilícito asciende a S/ 15,458.00 (3.68 UIT). Sin embargo, en la resolución impugnada se consideró que la multa mínima a imponer debía ser 18.13 UIT (S/ 76,146.00 al valor actual de la UIT), la cual habría sido determinada en la Resolución N° 292-2016-OS/TASTEM-S2.

Sobre el particular, el monto de 18.13 UIT fue determinado en base a un análisis estadístico de 41 multas impuestas por los incumplimientos a los artículos 37º y 38º del RPM con montos

¹² Adjunta cuadro con la suma total de las ventas de concentrado de plomo del 2017.

¹³ Adjunta cuadro de cálculo de multa con dicha operación.



menores a 100 UIT. En aplicación de ese análisis que no figura en la resolución impugnada ni en la de sanción, se indicó que la medida poblacional se encuentra en el rango de 18.13 UIT (límite inferior) y 34.32 UIT (límite superior). Así, de conformidad con el numeral 10 del artículo 66° del T.U.O. de la Ley N° 27444 y para que la multa sea disuasiva, se optó por aplicar la multa con límite inferior de 18.13 UIT por, supuestamente, resultar más favorable.

Al respecto, la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD establece para los incumplimientos materia de análisis un tope máximo de multa de 10,000 UIT, mas no indica tope mínimo alguno o que este deba ser calculado según el promedio mínimo de un determinado grupo de multas. En ese sentido, ni la GSM ni el TASTEM se encuentran facultados a reglamentar dicho monto mínimo. Por el contrario, para determinar las multas debe aplicar el Principio de Razonabilidad y las normas reglamentarias establecidas para tal fin. Por lo tanto, la aplicación de una sanción mínima de 18.13 UIT es contraria al Principio de Legalidad.

Asimismo, SAN VALENTÍN alega que la aplicación de la multa de 3.68 UIT sí genera una situación aflictiva económica, ya que es menos beneficioso (disuasivo) el incumplimiento que la sanción de 3.68 UIT. De hecho, la aplicación de la multa mínima en la Resolución N° 292-2016-OS/TASTEM-S2 se realizó en un caso en el que el administrado tenía una sanción de 0 UIT, situación distinta al presente procedimiento.



De igual modo, ante una multa de 3.68 UIT y otra de 18.13 UIT, la que resulta menos gravosa es la primera, por lo que no puede sustentarse la multa de 18.13 UIT en el numeral 10 del artículo 66° del T.U.O. de la Ley N° 27444. Además, la multa de 3.68 UIT tiene sustento en la información revisada por la GSM, lo que no ocurre con la multa de 18.13 UIT, por lo que se vulnera el Principio de Verdad Material.

5. A través del Memorándum N° GSM-241-2019, recibido con fecha 8 de mayo de 2019, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

6. En relación a lo alegado en los literales a) y b) del numeral 4 de la presente resolución, corresponde indicar que, de acuerdo a los artículos 37° y 38° del RPM, tanto la construcción como la operación de la Planta y sus componentes son autorizados por la DGM.

Al respecto, de la revisión de la Resolución N° 053-2012-MEM-DGM/V del 2 de febrero de 2012 y la Resolución N° 146-2012-MEM-DGM/V del 8 de mayo de 2012, la DGM autorizó a SAN VALENTÍN la instalación y operación, respectivamente, de doce (12) componentes adicionales en la Concesión de Beneficio "San Pedro", entre los cuales no se encuentran las dos (2) mesas vibratorias marca Deister del circuito de flotación encontradas en la supervisión efectuada del 24 al 26 de octubre de 2017, conforme consta en el Acta de Supervisión y los registros fotográficos obrantes a fojas 4, 5 y 6 del Expediente.

Ahora bien, de acuerdo al numeral 35.5 del artículo 35° del RPM, modificado por el Decreto Supremo N° 37-2017-EM, el titular de la actividad minera se encuentra exceptuado de la obligación de iniciar un procedimiento de modificación de concesión de beneficio o de solicitar la aprobación de un Informe Técnico Minero, siempre que el proyecto a modificar:

- "1. Cuenten 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 auxiliares para la aplicación de los supuestos señalados en el párrafo anterior, son establecidos mediante Resolución Ministerial”.

Asimismo, el numeral 4.6 del artículo 4° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-EM define a los componentes mineros principales y auxiliares de acuerdo a lo siguiente:

“Principales.- *Son aquellos componentes relacionados directamente con la extracción y procesamiento del recurso mineral, tales como: tajo, labor subterránea, pad de lixiviación y depósito de relaves con sus instalaciones conexas, la planta de procesamiento y los almacenes de concentrados de minerales en zona portuaria, depósito de desmonte, sistema(s) de transporte de relaves, canteras de piedra, entre otros.*

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”.*



De lo citado se evidencia que la diferencia entre los componentes principales y auxiliares no es la temporalidad de uso, sino la función que desempeñan en la actividad minera. Así, los componentes principales están vinculados directamente con la actividad de extracción y procesamiento del recurso mineral, y los componentes auxiliares son aquellos que complementan las funciones y fines de los componentes principales para obtener y colocar los productos mineros en la industria.

Al respecto, en el Informe Técnico Minero “Diseño, funcionamiento de mesas vibratorias para la disminución del contenido de arsénico del concentrado de plomo, planta concentradora San Pedro, Cía. Minera San Valentín S.A.” presentado por SAN VALENTÍN mediante escrito del 24 de noviembre de 2017 (fojas 93 al 114), se indica:

“1. RESUMEN (...)

El proyecto trata sobre el diseño, construcción, funcionamiento de mesas concentradoras gravimétricas usando tecnología limpia para la disminución del contenido de Arsénico con la obtención del concentrado de plomo de calidad.

Este diseño se basa en una mesa que mediante la vibración o movimiento, separa partículas minerales micrométricas de diferente peso específico, este proceso no utiliza ningún reactivo químico contaminante para el medio ambiente, solo se requiere agua.

Los resultados del empleo de gravimetría, para la Cía. Minera San Valentín han sido obtener concentrados comercializables de plomo, con una eliminación del As entre un 85% hasta 93% a través de los relaves (...)

4. JUSTIFICACIÓN ECONÓMICA

Lo más importante de la implementación de la mesa gravimétricas, es la disminución del contenido

de Arsénico del concentrado de plomo contaminado de flotación, mejorándose el valor agregado del producto. (...)

9. INGENIERÍA DETALLADA DEL PROCESO METALÚRGICO

9.1. DESCRIPCIÓN DEL PROCESO (...)

9.1.3. SECCIÓN FLOTACIÓN (...)

b. CIRCUITO DE SEPARACIÓN PLOMO/COBRE, CONCENTRACIÓN GRAVIMÉTRICA DE PLOMO

Las espumas de la celda D-18 dúplex (3era limpieza bulk) ingresan a la celda D-21 (separación Pb/Cu), donde luego de dos limpiezas se obtiene un concentrado Pb, este concentrado a una densidad de 1108 grs/lit se alimenta a la primera mesa vibratoria cuyos concentrado y medios constituye el primer concentrado de mesas, las colas de la primera mesa alimentan a la segunda mesa vibratoria, igual el concentrado y medios se juntan con el producto de la primera mesa, los relaves de la segunda mesa se depositan en cochas para obtener concentrado de plomo de segunda (...)"

De lo indicado se concluye que las mesas vibratorias participan directamente en el proceso de beneficio, reduciendo el contenido de arsénico del concentrado de plomo de flotación; por lo tanto, son componentes que están directamente relacionados con el procesamiento del plomo, con independencia que hayan sido retiradas posteriormente. En efecto, el retiro de las mismas no genera que sean calificadas como componentes auxiliares, ya que su función no ha sido complementar los objetivos de la actividad de concentración del plomo, sino que es parte de esta, al mejorar el valor agregado del producto, obteniéndose un concentrado final comercializable.

En adición a ello, los criterios técnicos para la aplicación de los supuestos de excepción previstos en el numeral 35.5 del artículo 35° del RPM, son los siguientes:

"A.- PARA PROYECTOS DE MODIFICACIÓN DE CONCESIÓN DE BENEFICIO

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.

1.2 Construcción, reubicación o mejoramiento de líneas de conducción de agua potable para consumo humano, sistemas de contingencia para manejo de aguas de no contacto.

1.3 Instalaciones relacionadas a los sistemas de seguridad y salud ocupacional: sistema contra incendios, sistema de iluminación, pararrayos, cercos de seguridad, pozas de aguas de no contacto, tuberías, pozas de contingencia de aguas de no contacto, implementación de coberturas y cerramiento vertical de edificaciones.

1.4 Construcción de depósitos de almacenamiento temporal por el periodo establecido en la certificación ambiental (topsoil, material de préstamo, desmontes). No incluye almacenamiento de mineral, relaves, rípios de lixiviación y escorias.

1.5 Instalación o constitución de nuevos puntos de monitoreo ambiental o su reubicación, siempre que cuente con el instrumento de gestión ambiental aprobado y vigente.

1.6 Variaciones no significativas en la ingeniería de detalle que definan la construcción de los componentes aprobados con la autorización de construcción y que se encuentren dentro de los parámetros de la certificación ambiental del proyecto".

Al respecto, las mesas vibratorias del circuito de flotación de plomo no se subsumen en ninguno de los supuestos de excepción contemplados en la norma. En ese sentido, estos componentes no califican dentro del supuesto previsto en el numeral 1.6 citado, como la administrada alega, ya que no constituyen "variaciones no significativas" en la ingeniería de detalle que definan la construcción de componentes que hayan sido aprobados con la respectiva autorización de

construcción.

En efecto, es claro que estas mesas vibratorias no son variaciones no significativas de otros componentes aprobados, sino más bien son equipos independientes adicionales de la Planta Concentradora que cumplen su propia función, conforme se desprende del Informe Técnico citado en el cual se verifican en la sección "Ingeniería detallada del proyecto metalúrgico" las diferentes secciones del proceso y sus componentes, observándose las secciones de chancado, molienda, flotación (circuito de flotación bluk, circuito de separación plomo/cobre, concentración gravimétrica de plomo y circuito de flotación zinc) y espesamiento, en las que cada una tiene sus propios componentes, y en los circuitos cada equipo cumple una labor específica en el ciclo de beneficio.

Por lo tanto, las mesas vibratorias encontradas en la supervisión de Osinergmin no califican como componentes auxiliares por lo que no podrían subsumirse en el supuesto de excepción previsto en el numeral 35.5 artículo 35° del RPM, en concordancia con el Anexo de la Resolución Ministerial N° 501-2017-MEM-DM.

A mayor abundamiento, cabe precisar que el artículo 2° de la Resolución Ministerial N° 501-2017-MEM-DM establece lo siguiente:

"Artículo 2.- Comunicación a la autoridad competente

2.1. El titular de actividad minera cuyo proyecto se encuentre en alguno de los literales del Anexo de la presente Resolución Ministerial, comunica a la Dirección General de Minería o Gobierno Regional correspondiente, dentro del plazo de cinco días hábiles de iniciadas las obras, la siguiente información:

- a. Especificaciones técnicas y planos del proyecto de modificación;*
- b. Documentación que acredite que cuenta con la autorización de uso de terreno superficial;*
- c. Número de resolución que aprueba el instrumento de gestión ambiental dentro del cual se encuentra el o los componentes auxiliares materia de comunicación; o número de resolución que da conformidad a la Memoria Técnica Detallada (MTD), en su caso;*
- d. Documento del Gerente General o el órgano que haga sus veces que apruebe el plan de minado o su modificación, en caso corresponda.*

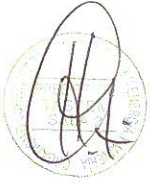
2.2 El titular de actividad minera comunica además a la Dirección General de Minería o Gobierno Regional correspondiente, todas aquellas modificaciones aprobadas por la Gerencia General o el órgano que haga sus veces, a que hace referencia el párrafo 76.2 del artículo 76 del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por el Decreto Supremo N° 018-92-EM, dentro del plazo de diez días hábiles contados a partir de dicha aprobación.

Artículo 3.- Comunicación a las entidades fiscalizadoras

Presentada la información señalada en el artículo anterior, la Dirección General de Minería o el Gobierno Regional correspondiente remite al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - Osinergmin y el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental - OEFA, la comunicación del titular de actividad minera en el plazo de diez días hábiles de recibida, para los fines de su competencia".

Al respecto, Osinergmin no ha sido informado por la DGM sobre alguna comunicación de SAN VALENTÍN vinculada a los supuestos de excepción previstos en el numeral 35.5 del artículo 35° del RPM, en concordancia con el Anexo de la Resolución Ministerial N° 501-2017-MEM-DM. Asimismo, SAN VALENTÍN no ha acreditado durante el trámite del procedimiento que comunicó a la DGM respecto a que su proyecto se encontraría (según alega) en alguno de los supuestos establecidos en el Anexo de la Resolución Ministerial N° 501-2017-MEM-DM.

Por lo expuesto, se concluye que SAN VALENTÍN se encontraba obligada al cumplimiento de los artículos 37° y 38° del RPM, por lo que debía contar con las respectivas autorizaciones de la DGM para instalar y operar las mesas vibratorias, lo cual no ocurrió en el presente caso conforme se verificó en la supervisión efectuada del 24 al 26 de octubre de 2017.



En consecuencia, SAN VALENTÍN sí incurrió en las infracciones previstas en los numerales 1.1 y 1.2 del Rubro B de la Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera (incumplimiento de autorizaciones de construcción y funcionamiento para concesiones y componentes mineros), por lo que no se vulneró el Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 248° del T.U.O. de la Ley N° 27444¹⁴.

En ese sentido, no se configura la causal de nulidad prevista en el numeral 1 del artículo 10° del T.U.O. de la Ley N° 27444¹⁵, correspondiendo desestimar este extremo del recurso de apelación.

7. Respecto a lo indicado en el literal c) del numeral 4 de la presente resolución, cabe indicar que, de acuerdo al Principio de Concurso de Infracciones previsto en el numeral 6 del artículo 248° del T.U.O. de la Ley N° 27444, “cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes”. (Subrayado agregado).

En relación a lo alegado por la administrada, cabe precisar que en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del MINEM (TUPA) aprobado por Decreto Supremo N° 038-2014-EM, literal B.3 “Instalaciones adicionales sin modificar la capacidad instalada y sin ampliación de área”, del procedimiento denominado “Caso B: Modificación de Concesión de Beneficio”, se tienen dos etapas puntuales, la primera referida a la evaluación de la solicitud y autorización de construcción y la segunda vinculada a la inspección de verificación y la autorización de funcionamiento.



Sobre el particular, el hecho de que la autorización de construcción y la autorización de funcionamiento sean obtenidas dentro del “procedimiento de modificación de concesión de beneficio” no implica que las acciones realizadas por la administrada, verificadas en la supervisión del 24 al 26 de octubre de 2017, sean una misma conducta, ya que se trata de dos conductas distintas: a) instaló las mesas vibratorias sin autorización de construcción y b) operó las mesas vibratorias sin autorización de funcionamiento; lo cual es independiente de que haya realizado ambas con la finalidad económica de mejorar la calidad del plomo.

¹⁴ Decreto Supremo N° 004-2019-JUS
TUO de la Ley N° 27444

“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria. A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda. En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras”.

¹⁵ Decreto Supremo N° 004-2019-JUS
TUO de la Ley N° 27444

“Artículo 10.- Causales de nulidad

(...)

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°.

(...).”.

RESOLUCIÓN N° 186-2019-OS/TASTEM-S2

Asimismo, respecto a que el artículo 4° del Decreto Supremo N° 1-2015-EM permite realizar la construcción y funcionamiento con un solo acto administrativo, cabe señalar que esta norma establece disposiciones para los casos de presentación de un Informe Técnico Minero, indicando en su numeral 4.3 que “La Dirección General de Minería debe emitir la Resolución de conformidad respecto al Informe Técnico Minero para la autorización de la construcción y funcionamiento del proyecto de modificación, en el plazo máximo de quince (15) días hábiles de presentado el Informe, caso contrario se tendrá por aprobada la solicitud; sin perjuicio que la autoridad minera emita la respectiva resolución administrativa”.



De acuerdo a lo indicado, se evidencia que la DGM aprueba el Informe Técnico Minero para autorizar la construcción y funcionamiento del proyecto; es decir, emite ambas autorizaciones, siendo importante precisar que esto no implica en modo alguno que construir y operar sean la misma conducta, así los titulares sean autorizados para ello mediante un único procedimiento.

Por lo tanto, SAN VALENTÍN realizó dos conductas que califican como dos infracciones distintas: instalar sin autorización y operar sin autorización, previstas en los numerales 1.1 y 1.2 del Rubro B del Cuadro de Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD.

En consecuencia, no se vulneró el Principio de Concurso de Infracciones, por lo que no se configura la causal de nulidad prevista en el numeral 1 del artículo 10° del T.U.O. de la Ley N° 27444. Por lo tanto, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación.

8. Respecto a lo indicado en el literal d) del numeral 4 de la presente resolución, cabe señalar que, de acuerdo al numeral 15.3 del artículo 15° y el literal g.2 del numeral 25.1 del artículo 25° del Reglamento aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, la subsanación voluntaria de la infracción con posterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador es un criterio atenuante en la graduación de la sanción.



Sobre el particular, la administrada presentó el Informe de Desinstalación de mesas vibratorias de la Planta Concentradora San Pedro – Compañía Minera San Valentín S.A.” del 15 de mayo de 2018 (no suscrito por profesional alguno), en el cual se observa en el registro fotográfico de fecha 15 de mayo de 2018 que las mesas vibratorias fueron retiradas.

Sin embargo, cabe precisar que el retiro de las mesas vibratorias, luego del inicio del procedimiento, no constituye una subsanación de los incumplimientos a los artículos 37° y 38° del RPM (por haber construido y operado sin las autorizaciones de la DGM), toda vez que no implica la obtención de las correspondientes autorizaciones de construcción y funcionamiento antes del inicio del procedimiento sancionador, de conformidad con el literal j) del numeral 15.3 del artículo 15° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, que establece como insubsanables a los incumplimientos relacionados con la obtención de autorizaciones exigibles para un actividad que fueran obtenidas o regularizadas con posterioridad al inicio del procedimiento sancionador.

Asimismo, dichas acciones tampoco acreditan una paralización definitiva de las actividades efectuadas sin autorización, ya que, conforme se evidencia en el registro fotográfico del 15 de mayo de 2018, las bases de las mesas vibratorias que forman parte de su diseño permanecen en

el área de flotación¹⁶; no constatándose, en consecuencia, la efectiva paralización o cese de las actividades de instalación y operación de las mesas vibratorias.

Por lo tanto, no corresponde la aplicación del factor atenuante por subsanación establecido en el literal g.2 del numeral 25.1 del artículo 25° del Reglamento aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.



De otro lado, cabe indicar que la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG establece la aplicación de atenuantes en el cálculo de multa en tres supuestos específicos relacionados a los incumplimientos a los artículos 37° y 38° del RPM: a) cuando la autorización es solicitada antes del inicio de la supervisión y es aprobada antes de la emisión de la resolución de sanción de primera instancia, b) cuando la autorización es solicitada antes del inicio de la supervisión y no es aprobada hasta antes de la emisión de la resolución de sanción de la primera instancia y c) cuando la autorización es solicitada después del inicio de la supervisión y hasta antes de la emisión de la resolución de sanción de la primera instancia.

Sobre el particular, SAN VALENTÍN no ha acreditado encontrarse en algunos de los citados supuestos, por lo que no corresponde la aplicación de los atenuantes previstos en la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG

Por lo expuesto, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación.

9. Respecto a lo indicado en el literal e) del numeral 4 de la presente resolución, cabe mencionar que la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG establece que en el cálculo de multa por las infracciones a los artículos 37° y 38° del RPM se considerará la capacidad de generación de riqueza de los agentes económicos, para lo cual se tomará en cuenta el 1% de las ventas del ejercicio fiscal inmediato anterior (VV) al año del Informe que sustenta el cálculo de multa.



De lo señalado se evidencia que la metodología establece la aplicación de las ventas del ejercicio fiscal anterior; es decir, todas las ventas, pues no establece distinción alguna respecto a los minerales relacionados con los incumplimientos, ya que lo que se pretende es medir la capacidad de riqueza total del titular minero. Por lo tanto, lo alegado por la recurrente respecto a que se considere solo el total de concentrado de plomo vendido en el año 2017 carece de sustento.

Ahora bien, precisamente con esta metodología se determina cuánto ha vendido el titular minero en el año 2017 a efectos de compararlo con el valor base (valor de inversiones necesarias para ejecutar el proyecto) y verificar que este último no supere las ventas totales del titular, lo cual no vulnera el numeral 10 del artículo 66° del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS¹⁷, ni el Principio Pro Homine reconocido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia dictada en el Expediente N° 02005-2009-PA/TC, toda vez que en la determinación del valor se está considerando, conforme se ha expuesto, la capacidad de riqueza del infractor.

De otro lado, cabe señalar que la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG establece que, para la determinación de la multa, se considerará el valor del beneficio ilegalmente obtenido;

¹⁶ Las bases de concreto forman parte del diseño de las mesas vibratorias, conforme consta en el Informe Técnico Minero obrante a fojas 93 al 114 del expediente, en el cual se observa que las bases son parte del ítem "Ingeniería de Detalle de obras civiles" del Diseño de las mesas vibratorias.

¹⁷ T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo 66.- Derechos de los administrados

(...)

10. A que las actuaciones de las entidades que les afecten sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible".

sin embargo, en la metodología también se establece lo siguiente: *“en ningún caso la multa resultará inferior al 0.01 del tope de multa (VT), considerando que la sanción a ser aplicada no debe resultar más ventajosa para el infractor que cumplir con las normas establecidas y en ningún caso el resultado de la misma puede incentivar el incumplimiento para realizar actividades sin autorizaciones”*.

De lo expuesto, se tiene que no podrá aplicarse una multa inferior al 0.01 del tope de multa (10000 UIT de acuerdo a la Tipificación); es decir, 100 UIT.

Al respecto, en la Sesión Plena efectuada el 19 de diciembre de 2016, el pleno de los vocales del TASTEM debatió en torno a la imposición de dicha multa mínima, pues si bien estaba dentro del rango dispuesto por la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS-GG, carece de un sustento económico legal que lo respalde; razón por la que debía imponerse la multa que efectivamente corresponda.

Sobre el particular, en la Resolución N° 292-2016-OS/TASTEM-S2 del 20 de diciembre de 2016, la Sala 2 del TASTEM señaló que correspondía establecer un criterio que permita la graduación de la infracción dentro de los rangos establecidos en la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS-GG y que tenga un sustento objetivo, considerando la existencia de casos en los que la multa resultante no era disuasiva para el infractor respecto a la comisión de la conducta ilícita.

Es así que del análisis estadístico de 41 (cuarenta y un) multas impuestas por infracciones a los artículos 37° y 38° del RPM con montos inferiores a 100 (cien) UIT, se obtuvo que la media muestral de la multa asciende a 26.35 (veintiséis con treinta y cinco centésimas) UIT, su desviación estándar es de 20.61 (veinte con sesenta y un centésimas) UIT y, considerando el valor estadístico Z (1.96), que da un intervalo de confianza del 95%, la media poblacional se encuentra en el rango de 18.13 (dieciocho con trece centésimas) UIT (límite inferior) y 34.32 (treinta y cuatro con treinta y dos centésimas) UIT (límite superior). (Subrayado nuestro)

Por lo tanto, en atención a que el promedio del total de las multas impuestas por las infracciones a los artículos 37° y 38° del RPM se encuentra dentro del rango señalado, se estableció como criterio la imposición de una multa no menor de 18.13 (dieciocho con trece centésimas) UIT como sanción para dichos incumplimientos, al resultar más favorable al administrado.

En el presente caso, para el incumplimiento al artículo 38° del RPM, si bien el resultado del cálculo de la multa ascendía a 3.68 (tres con sesenta y ocho centésimas) UIT, se aplicó el criterio dispuesto mediante la Resolución N° 292-2016-OS/TASTEM-S2, considerando la multa mínima disuasiva de 18.13 UIT.

Sobre el particular, la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG establecía la imposición de una multa no menor de 100 UIT, la cual correspondía ser aplicada para los incumplimientos a los artículos 37° y 38°. Sin embargo, en observancia del Principio de Razonabilidad, el TASTEM estableció, como criterio, la multa mínima disuasiva de 18.13 UIT, lo cual resulta más favorable a los administrados en relación a la multa mínima establecida reglamentariamente (100 UIT).

Por lo tanto, tampoco se verifica en este extremo vulneración del numeral 10 del artículo 66° del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, ni del Principio *Pro Homine*. Asimismo, la aplicación de la multa disuasiva de 18.13 UIT no constituye una vulneración del Principio de Verdad Material, pues la sanción ha sido impuesta al haberse acreditado la

comisión de la infracción. Finalmente, es importante señalar que las multas son impuestas en observancia del Principio de Razonabilidad, que establece que la comisión de la conducta sancionable no debe resultar más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

Por lo expuesto, corresponde 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 COMPAÑÍA MINERA SAN VALENTÍN S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 844-2019 de fecha 4 de abril de 2019 y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus extremos.

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