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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 432-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 13 de noviembre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201600143109 que contiene el recurso de apelación interpuesto por GOLD FIELDS LA CIMA S.A., representada por la señora Inés Patricia Nuñovero Rojas, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1766-2017 de fecha 19 de octubre del 2017, mediante la cual se le sancionó con multa por incumplir el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución N° 1766-2017, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a GOLD FIELDS LA CIMA S.A., en adelante GOLD FIELDS, con una multa de 59.56 (cincuenta y nueve con cincuenta y seis centésimas) UIT, por incumplir el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, en adelante el RPM conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Al artículo 38° del RPM[1] Por operar el concentrador gravimétrico, marca Falcon, modelo SB 5200B; y, la bomba vertical de pulpa 2" x 36", sin contar con la autorización de funcionamiento de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas.	Numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD[2]	59.56 UIT
TOTAL		**59.56 UIT[3]**

[1] Decreto Supremo N° 018-92-EM.
"Artículo 38.- Concluidas la construcción e instalación de la planta, el interesado dará aviso a la Dirección General de Minería para que proceda a ordenar una inspección a fin de comprobar que las mismas se han efectuado de conformidad con el proyecto original, en lo que se refiere a seguridad e higiene minera e impacto ambiental. (...) Si la inspección fuere favorable, la Dirección General de Minería otorgará el título de la concesión. Dicha resolución autorizará el funcionamiento de la planta, (...)"

[2] Resolución N° 286-2010-OS/CD.
Anexo
Rubro B. Incumplimiento de normas técnicas de seguridad mincra
1. Incumplimiento de normas de diseño, instalación, construcción, montaje, operación, proceso, control de terreno
1.3 En concesiones de beneficio (Plantas concentradoras, instalaciones pirometalúrgicas y plantas hidrometalúrgicas, lixiviación y refinerías)
1.3.2 Autorización de funcionamiento
Base legal: Art. 38° del RPM, Art. 18°del TUO LGM, Arts. 42° y 50° del Rgto. TUO LGM y Art. 26° literal s) y 299°del RSSO. Resolución Directoral Nº 1073-2008-MEM-DGM
Multa: Hasta 10,000 UIT.

[3] La determinación y graduación de la sanción se realizó en función a los criterios específicos aprobados por Resolución N° 256-2013-OS-GG, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 23 de noviembre de 2013. Asimismo, tomando en consideración lo dispuesto en el artículo 25° de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017 OS/CD.

Como antecedentes relevantes, cabe señalar los siguientes:

a) Con fecha 7 al 8 de julio de 2016, se llevó a cabo la supervisión a la planta de beneficio "Cerro Corona" de titularidad de GOLD FIELDS[4], a cargo de supervisores designados por OSINERGMIN.

b) A través del Oficio N° 38-2017 notificado a GOLD FIELDS el 23 de enero de 2017, que obra a fojas 36 del expediente, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.

c) Por escrito presentado el 9 de febrero de 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201600143109, GOLD FIELDS remitió sus descargos.[5]

d) Mediante el Oficio N° 588-2017-OS-GSM notificado a GOLD FIELDS el 4 de octubre de 2017, se remitió al Informe Final de Instrucción N° 732-2017.

e) Por escrito presentado el 13 de octubre de 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201600143109, GOLD FIELDS remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción.

2. Mediante escrito presentado el 13 de noviembre de 2017 registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201600143109, GOLD FIELDS interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1766-2017, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a la vulneración de los Principios de Legalidad y Debido Procedimiento.

a) De acuerdo al Principio de Legalidad regulado en el sub numeral 1.1 del numeral 1 del artículo IV de la Ley N° 27444 las autoridades administrativas deben actuar con respecto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

El Principio del Debido Procedimiento previsto en el sub numeral 1.2 del numeral 1 del artículo IV de la Ley N° 27444 dispone que los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento, los cuales comprenden entre otros a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

Según los artículos 37° y 38° del RPM para realizar actividades constructivas y operar instalaciones o nuevos componentes dentro de una concesión de beneficio es preciso contar con autorización de construcción y funcionamiento emitidas por la Dirección General de Minería.

Asimismo, de acuerdo al literal b) del artículo 35° del RPM en concordancia con el procedimiento 41, caso B.3 del Texto Único de Procedimientos Administrativos del Ministerio

[4] La planta de beneficio "Cerro Corona" de titularidad de GOLD FIELDS se encuentra ubicada en [redacted]

[5] Con escrito presentado el 25 de enero del 2017 GOLD FIELDS solicitó prórroga del plazo para presentar sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador, lo cual le fue concedido a través del Oficio N° 23-2017-OS-GSM otorgándole por única vez un plazo adicional de siete (7) días hábiles.

de Energía y Minas aprobado por Decreto Supremo N° 061-2006-EM, en adelante TUPA del MEM, vigentes a la fecha de la supervisión que motivó el inicio del presente procedimiento sancionador, uno de los requisitos para iniciar el trámite de modificación de concesiones de beneficio por implementación de instalaciones adicionales sin modificar la capacidad instalada lo constituye el instrumento de gestión ambiental que aprueba la viabilidad ambiental del proyecto.

Ahora bien, de acuerdo a la Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-EM, publicado con fecha 12 de noviembre de 2014, se reguló un procedimiento administrativo especial para tramitar la obtención de certificación ambiental y la modificación de concesiones de beneficio por parte de aquellos titulares mineros que a la fecha de publicación de dicha norma, cuenten con instrumento de gestión ambiental vigente y hayan realizado modificación de sus concesiones sin haber obtenido las autorizaciones respectivas. Precisa que el Decreto Supremo N° 040-2014-EM entró en vigencia el 14 de marzo del 2015.

En ese sentido, los titulares mineros que se acogieran al procedimiento especial debían declarar los componentes construidos sin autorización y obtener la aprobación de la memoria técnica por parte de la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros, en adelante DGAAM, el cual constituía el instrumento de gestión ambiental, para que esta comunique a la DGM y se habilite la tramitación del procedimiento de modificación de la concesión de beneficio.

En dicho contexto, indica que el 9 de junio de 2015 presentó a la DGAAM la declaración de los componentes a regularizar, entre ellos, el concentrador gravimétrico y la bomba vertical de pulpa, materia de imputación. El 19 de octubre de 2015 presentó a la DGAAM la memoria técnica detallada, elaborada por la consultora [redacted]

Es así que, el 07 de octubre de 2016 la DGAAM emitió la Resolución Directoral N° 295-2016-MEM-DGAAM mediante la cual se aprobó su memoria técnica y dispuso la notificación de dicha resolución a la DGM para que evalúe el inicio del procedimiento de modificación de la concesión de beneficio "Cerro Corona".

En atención a dicha aprobación, en fecha 8 de noviembre de 2016 solicitó la modificación de su concesión de beneficio "Cerro Corona" para regularizar la instalación, entre otros, del concentrador gravimétrico y la bomba vertical.

De acuerdo al TUPA del MEM vigente en el mes de noviembre de 2016 el plazo para la tramitación del procedimiento de modificación de concesiones de beneficio era de 92 días hábiles, por lo que la DGM contaba hasta el 17 de marzo de 2017 para concluir el procedimiento con la emisión de la autorización de funcionamiento.

Al respecto, la DGM cumplió con emitir dentro del plazo legal la autorización de construcción (Resolución N° 089-2017-MEM-DGM/V del 2 de febrero de 2017) lo cual no sucedió con la autorización de funcionamiento (Resolución N° 0510-2017-MEM-DGM/V de fecha 05 de junio de 2017) que aprobó la operación de los componentes materia de imputación quedando subsanado el ilícito.

Por ende, la recurrente señala que al seguir el procedimiento especial habilitado por el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-EM se debe evaluar el presente caso en función a tal procedimiento y no conforme al procedimiento regular como lo realizó la GSM lo cual contraviene lo dispuesto en el mencionado reglamento.

En consecuencia, la resolución impugnada se habría emitido vulnerando los Principios de Legalidad y Debido Procedimiento.

Con relación al cumplimiento del procedimiento regulado en la Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-EM.

b) De acuerdo al Principio de Razonabilidad recogido en el sub numeral 1.4 del numeral 1 del artículo IV de la Ley N° 27444, las decisiones de la autoridad administrativa cuando imponga sanciones debe adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar a fin que responda a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

De conformidad con las Leyes N° 28964 y 29901 complementadas con el Decreto Supremo N° 088-2013-PCM, la finalidad pública del OSINERGMIN relacionada con sus funciones de fiscalización en el ámbito de las actividades mineras consiste en garantizar que los titulares mineros desarrollen sus operaciones de manera segura.

En atención a ello, cuando se evalúen los hechos relacionados a presuntas infracciones administrativas y la imposición de multas, el regulador debe ponderar, cuando los administrados aseguren la finalidad pública, la subsanación del incumplimiento.

Al respecto, reitera lo señalado en el literal anterior con relación al procedimiento especial que siguió para obtener la autorización de construcción y funcionamiento de los componentes materia de imputación indicando que la demora en el inicio del procedimiento de modificación de la concesión de beneficio "Cerro Corona" para obtener la autorización de funcionamiento no fue su responsabilidad.

En efecto, señala que no podía iniciar el referido procedimiento mientras no contase con la aprobación del instrumento ambiental el cual fue emitido por la DGAAM después de casi 1 año de solicitado. Ante la demora el 05 de setiembre de 2016 solicitó la aprobación de la modificación de su concesión para incluir el concentrador gravimétrico y la bomba vertical de pulpa lo cual fue declarado improcedente por no contar con el instrumento ambiental.

Asimismo, indica que en las autorizaciones de construcción y funcionamiento la DGM no formuló ninguna observación al expediente técnico de la modificación de su concesión, por lo que la duración del trámite de estos es responsabilidad del MEM y no de la recurrente.

No obstante, dado que obtuvo la autorización de funcionamiento de los componentes materia de imputación cumplió la finalidad pública cautelada por el OSINERGMIN consistente en garantizar el desarrollo seguro de las operaciones minera por lo que carece de sentido imponerle una sanción.

Por lo expuesto, solicita que se valore su comportamiento durante el procedimiento de tramitación en el marco del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-EM, así

como el de modificación de concesión de beneficio que fueron iniciados oportunamente y que la demora no le puede ser atribuible a la recurrente, sino a la autoridad.

Asimismo, de conformidad con el Principio de Razonabilidad se determine que no corresponde atribuirle responsabilidad alguna ya que cumplió con el procedimiento especial regulado en el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-EM iniciado el 09 de junio de 2015, antes de la supervisión que motivó el inicio del presente procedimiento, el mismo que le habilitó iniciar el procedimiento de modificación de su concesión y obtener la autorización de funcionamiento con lo que se cumplió la finalidad de garantizar el desarrollo seguro de las operaciones mineras.

Con respecto a la subsanación del incumplimiento.

c) De acuerdo a la Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-EM en concordancia con la Ley N° 29325, se estableció expresamente la subsanación voluntaria y el archivo del procedimiento en los siguientes casos: a) Que no se haya iniciado el procedimiento, b) se trate de infracción subsanable y c) no se haya generado riesgos o daños.

Si bien el referido decreto es una norma de carácter ambiental, ha regulado una habilitación especial para el inicio del procedimiento de modificación de concesiones de beneficio por lo que su ámbito de aplicación también comprende la obtención de las autorizaciones de construcción y funcionamiento. Además, dicho decreto ha sido incluido en la base legal del procedimiento de modificación de concesiones de beneficio contemplado en el TUPA del MEM.

Por consiguiente, dado que los dispositivos legales antes mencionados con aplicables al presente caso, indica que ha cumplido los requisitos antes descritos.

- Inexistencia de un Procedimiento Administrativo Sancionador en trámite: cumplió debido a que se acogió al procedimiento especial el 09 de junio de 2015, más de un año antes de la supervisión realizada por OSINERGMIN y del inicio del procedimiento.
- Carácter subsanable de la infracción: En la resolución impugnada se señaló que se subsanó la presente infracción con la obtención de la autorización de funcionamiento. Además, el TASTEM en diferentes resoluciones con respecto a este ilícito ha dispuesto el archivo cuando se obtiene la autorización de funcionamiento.
- Ausencia de riesgos y daños: En la resolución impugnada se indica que la infracción fue detectada sin haberse generado una afectación concreta.

Por ende, solicita que se archive el presente procedimiento por esta infracción.

Sobre el cálculo de la multa

Respecto a la vulneración del Principio del Debido Procedimiento y del Derecho a la Defensa.

d) El Principio del Debido Procedimiento se proyecta como un conjunto de derechos dentro de los cuales se encuentra el derecho de defensa y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

Con relación al derecho de defensa en el marco del procedimiento sancionador, garantiza a los administrados la posibilidad de formular argumentos de descargo en resguardo de sus derechos e intereses legítimos, ofrecer y producir pruebas, solicitar el uso de la palabra, impugnar las decisiones que se adopten en el mismo entre otros.

A su vez el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho, regulado en el numeral 4 del artículo 3° y el numeral 6.1 del artículo 6° de la Ley N° 27444, constituye un requisito de validez de los actos administrativos y debe ser expresa mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes al caso específico, así como la exposición de las razones jurídicas y normativas que justifican el acto adoptado.

Al respecto, indica que la resolución impugnada vulnera el derecho a la debida motivación en lo relativo al cálculo del beneficio ilegalmente obtenido o factor "B" debido a que se indica el monto de S/. 788,892.88 omitiendo la siguiente información:

- De acuerdo a la Resolución N° 256-2013-OS/CD el factor B se compone de costos evitados y/o la utilidad derivada de la infracción; sin embargo, en la resolución no se acota si se consideran ambos o uno de ellos.
- Si bien en el pie de página N° 5 de la resolución se hace referencia a la variación de la utilidad no es posible comprobar que se haya considerado solo tal concepto y no algún costo evitado, ya que se desconocen los montos aplicados.
- En el supuesto negado que solo se hayan considerado utilidades:

    - No se indica cual es tipo de utilidad considerada (bruta, operativa, antes de impuestos o neta) más aun cuando no existe ninguna norma que defina el tipo de utilidad a aplicar.
    - Se indica que el periodo ilícito comprende desde enero de 2012 hasta junio del 2017, es decir, un total de 5 años y 5 meses, pero no se señala cuáles son los montos de las utilidades consideradas para cada año.
    - No se identifican los IPC utilizados para traer a valor presente, es decir, a soles de agosto de 2017, los montos de las utilidades del 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016.

- En el segundo párrafo del pie de página N° 5 se hace alusión a *"ratios de ingresos, costos y utilidades de GOLD FIELDS en el periodo de la infracción"*; sin embargo, no se señala cuáles son los valores de tales ratios ni como se llegó a ellos.
- Se hace referencia a *"incrementos de porcentaje de recuperación"* mas no se define cuáles son los valores de tales incrementos

Asimismo, señala que aun cuando en el mencionado pie de página N° 5 se consigna lo que sería la fórmula de cálculo del factor "B" ésta no es útil ya que al no contar con la información antes descrita no es posible emplearla para validar el resultado obtenido.

En ese sentido, indica que se le habría vulnerado su derecho de defensa y el debido procedimiento por cuanto solo se consignó el valor total obtenido del factor "B" y no los insumos y valores utilizados a fin de que pueda verificar que estén correctos. Además, en el expediente tampoco obra ningún informe económico que detalle el cálculo del factor "B".

Agrega que en fecha 31 de octubre del 2017 solicitó a la GSM información complementaria de cómo se obtuvo el factor "B" lo cual no le fue proporcionado a la fecha por lo que cuando cuente con dicha información presentará un escrito de ampliación.
No obstante, el hecho que se proporcione la información solicitada relacionada al cálculo del beneficio ilegalmente obtenido no implica que no se haya vulnerado el Principio del Debido Procedimiento debido a que la resolución de sanción fue emitida sin la misma y a la fecha de interposición del recurso no se cuenta con dicho detalle.

Respecto a la vulneración de los Principios de Razonabilidad y de Predictibilidad o Confianza Legítima.

e) En el numeral 10 del artículo 64° de la Ley N° 27444 se ha dispuesto como derecho de los administrados que las actuaciones de las entidades que les afecten sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible.

El Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima regulado en el sub numeral 1.15 del numeral 1 del artículo IV de la Ley N° 27444, dispone que las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

En dicho contexto, indica que en el primer párrafo del pie de página N° 5 de la resolución de sanción se indica lo siguiente: *"Periodo ilícito para el concentrador gravimétrico y la bomba vertical de pulpa desde enero de 2012 (fecha que empieza a operar el concentrador gravimétrico según Informe N° 167-2017-MEM-DGM-DTM/PB (...) hasta el 05 de julio de 2017 (fecha en la que GOLD FIELDS obtiene su autorización de funcionamiento según Resolución N° 0510-2017-MEM-DGM/V (...)"*

De ello advierte que la GSM utilizó el periodo comprendido entre el mes de enero de 2012 hasta julio de 2017, es decir, 5 años y 5 meses para el cálculo del beneficio ilícito lo cual resulta totalmente desproporcionado y contraviene el criterio adoptado por la Sala 2 del TASTEM en la Resolución N° 224-2016-OS/TASTEM-S2 conforme a las siguientes consideraciones:

- Sobre la ausencia de regulación del plazo máximo aplicable al cálculo del beneficio ilegalmente obtenido y la aplicación del Principio de Razonabilidad indica lo siguiente:
  - El plazo máximo aplicable al cálculo del beneficio ilegalmente obtenido no se encuentra regulado en ninguna norma administrativa, hecho que lesiona su derecho a la seguridad jurídica y la predictibilidad dado que el plazo que se aplique depende exclusivamente de la actuación del OSINERGMIN.
  - En efecto, mientras más demore el regulador en iniciar el procedimiento sancionador y en efectuar el cálculo de la multa mayor será el nivel de la multa en claro perjuicio del administrado a pesar de no ser responsable por ello.
  - La ausencia de regulación no debe ser un factor que agrave la situación del administrado en la medida que es responsabilidad de la agencia de fiscalización advertir tales defectos y promover su subsanación.
  - Para el cálculo de este factor es preciso que se considere la aplicación del criterio de razonabilidad y no uno de carácter puramente punitivo como lo hizo la GSM en el sentido que las actuaciones de la administración deben ser lo menos gravosos posibles.

- Sobre el criterio del TASTEM en torno al plazo máximo aplicable al cálculo del beneficio ilegalmente obtenido y la aplicación del Principio de Predictibilidad o Confianza Legítima.
  - En el numeral 6 de la parte considerativa de la Resolución N° 224-2016-OS/TASTEM-S2 de fecha 19 de octubre de 2016 se estableció que el plazo máximo aplicable para el cálculo de los costos evitados es de 270 días hábiles que es el plazo máximo para la tramitación de los procedimientos sancionadores iniciados en el marco de la Resolución N° 272-2012-OS/CD.
  - Considerando que las utilidades al igual que el costo evitado son un componente del factor "B" y que el presente procedimiento se inició en función a la Resolución N° 272-2012-OS/CD, en aplicación del Principio de Predictibilidad debió aplicarse el plazo máximo de 270 días a efectos de realizar el cálculo del beneficio ilícito.

Por consiguiente, indica que se habría infringido los Principios de Razonabilidad y Predictibilidad al aplicar un plazo de más de 5 años para el cálculo del factor "B" y no tomar en cuenta el antecedente fijado por el TASTEM en la Resolución N° 272-2012-OS/CD.

En consecuencia, solicita que se calcule la multa impuesta en función al criterio adoptado en la mencionada resolución.

Respecto a la vulneración del Principio de Verdad Material.

f) El Principio de Verdad Material recogido en el sub numeral 1.11 del numeral 1 del artículo IV de la Ley N° 27444 dispone que la autoridad administrativa competente verifica plenamente los hechos que le 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.

De acuerdo al numeral 171.1 del artículo 171° de la Ley N° 27444 en concordancia con el sub numeral 1.3 del numeral 1 del artículo IV de la Ley N° 27444 establece que la carga de la prueba se rige por el Principio de Impulso de Oficio, según el cual las autoridades deben regir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.

A su vez, el Principio de Presunción de Licitud regulado en el numeral 9 del artículo 246° de la Ley N° 27444 dispone que las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

De lo anterior se desprende que en los procedimientos administrativos sancionadores la carga de la prueba recae sobre la administración la cual debe acreditar los hechos imputados debido a que se debe presumir que los administrados han actuado apegados a la norma mientras no se tenga evidencia en contrario.

En dicho contexto reitera lo indicado en el pie de página N° 5 de la resolución de sanción: "Periodo ilícito para el concentrador gravimétrico y la bomba vertical de pulpa desde enero de 2012 (fecha que empieza a operar el concentrador gravimétrico según Informe N° 167-2017-MEM-DGM-DTM/PB (...)

Al respecto, señala que en el Informe N° 167-2017-MEM-DGM-DTM/PB que sustenta la Resolución N° 0510-2017-MEM-DGM7V que contiene la autorización de funcionamiento del concentrador gravimétrico y la bomba vertical, no se indica que éstos hayan entrado en operación en enero del 2012 y el OSINERGMIN en ejercicio de su función supervisora no ha verificado que tal afirmación sea cierta.
Asimismo, tal aseveración del inicio de operaciones es contradictorio con lo indicado en el sub numeral 4.1 del numeral 4 de la parte considerativa de la resolución de sanción, en la cual se consigna como fecha de conclusión de la instalación y montaje de los aludidos componentes el mes de marzo de 2012.

Por lo que no puede considerarse el mes de enero del 2012 como término inicial de operación de los componentes materia de imputación lo cual vulneraría el Principio de Verdad Material.

Agrega que en caso existiese algún documento de otra entidad sobre la supuesta fecha de inicio de los componentes en cuestión, no resultaría válido para el presente procedimiento, por cuanto OSINERGMIN es la autoridad fiscalizadora en materia minera y le corresponde a este y no a otra entidad probar el incumplimiento. Además, durante la supervisión efectuada del 07 al 08 de julio de 2016 se verificó la operación de los componentes en cuestión, fecha que debería considerarse para el cálculo de la multa.

El referido criterio ha sido adoptado por el TASTEM en la Resolución N° 117-2017-OS/TASTEM-S2 en la que se indica que para el cálculo de la multa se debe considerarse la fecha en que se desarrolló la supervisión y no una fecha anterior.

Por consiguiente, dado que OSINERGMIN no ha verificado durante alguna supervisión que los componentes materia de imputación hayan operado desde el mes de enero de 2012, no se debe considerar tal fecha sino el mes de julio de 2016 de conformidad con la Resolución N° 117-2017-OS/TASTEM-S2 y el Principio de Verdad Material.

Respecto a la vulneración de los Principio de Legalidad y de Predictibilidad o Confianza Legítima.

g) La recurrente indica que en el cálculo de la multa se habría incluido el concepto denominado "Costos servicios no vinculados a la supervisión" el cual no se encuentra recogido en la Resolución N° 256-2013-OS/GG ni en la Ley N° 27444.

Además, en caso de justificar su inclusión se debe especificar a qué servicios se refiere y acreditar que la recurrente tiene la obligación de pagar, sobre todo si se considera que cumple con pagar el aporte de regulación con el cual se financian las labores de supervisión, fiscalización y sanción de OSINERGMIN.

Por lo tanto, dado que dicho concepto no está reconocido legalmente se ha producido una trasgresión al Principio de Legalidad por lo que el TASTEM debe retirar dicho concepto del cálculo de la multa, caso contrario se estaría avalando un insumo ilegal en la graduación de la sanción, además que cualquier costo administrativo del OSINERGMIN ya se encuentra cubierto con el aporte por regulación.

Asimismo, señala que en diferentes resoluciones[6] de sanción por infringir el artículo 38° del RPM no se habría incluido dicho concepto por lo tanto se debe excluir en el presente caso del

[6] Resolución de Gerencia General N° 20444-2013 de fecha 29 de noviembre de 2013.

cálculo de la multa, caso contrario se estaría vulnerando el Principio de Predictibilidad; exhortando a primera instancia que se abstenga de incluir dicho concepto en el cálculo de las multas.

Con relación a la ampliación de sus argumentos de apelación.

h) Se reserva su derecho a ampliar los argumentos expuestos en su recurso de apelación.

3. A través del Memorándum N° GSM-434-2017, recibido con fecha 20 de noviembre del 2017, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

4. Mediante escrito presentado el 22 de noviembre del 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201600143109, GOLD FIELDS presentó argumentos adicionales a su recurso de apelación, de acuerdo a lo siguiente:

Respecto a la vulneración del Principio de Verdad Material.

a) GOLD FIELDS manifiesta que es importante determinar y probar la fecha a partir de la cual se inició la operación del concentrador gravimétrico y la bomba vertical de pulpa dado que incide directamente en la valorización del beneficio ilegalmente obtenido. En efecto, mientras mayor sea el lapso transcurrido entre la fecha de configuración del ilícito y la fecha de subsanación o individualización de la multa, mayor será el beneficio ilegalmente obtenido (factor "B"). Además, el factor "B" constituye una variable relevante en las infracciones al artículo 38° del RPM dado que es el primer valor base a partir del cual se obtiene la multa final aplicable.

Al respecto, la GSM ha considerado el mes de enero de 2012 como fecha en la cual se habría iniciado la operación de los componentes antes indicados sustentándose en el Informe N° 167-2017-MEM-DGM-DTM/PB del 02 de junio de 2017; no obstante, como ya expuso en su recurso de apelación de la lectura de dicho informe no se desprende ello, además es contradictorio con lo que indica la propia GSM en la resolución de sanción de que la instalación y montaje del concentrador gravimétrico y la bomba vertical habrían culminado en el mes de marzo de 2012.

Por lo tanto, ante la evidente contradicción de la GSM respecto a la fecha de inicio de operación de los componentes materia de imputación y considerando que no existe evidencia generada en el marco de un procedimiento de supervisión del OSINERGMIN respecto a dicha fecha, se debe utilizar como fecha de inicio la de la supervisión que motivó el inicio del presente procedimiento administrativo en donde se constató la operación del concentrador gravimétrico y la bomba vertical de pulpa, es decir julio de 2016, conforme al criterio adoptado en la Resolución N° 117-2017-OS/TASTEM-S2.

Respecto a la fecha de instalación del concentrador gravimétrico y la bomba vertical de pulpa considerada en el Informe N° 167-2017-MEM-DGM-DTM/PB.

b) La recurrente indica que de acuerdo a los numerales 4.3 y 4.5 del Rubro IV del Informe N° 167-2017-MEM-DGM-DTM/PB que sustenta la autorización de funcionamiento del concentrador gravimétrico y la bomba vertical de pulpa, la instalación de dichos componentes concluyó en

---

Resolución de Gerencia General N° 1136-2014 de fecha 17 de julio de 2014.
Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 661-2016 de fecha 04 de marzo de 2016.
Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 793-2016 de fecha 22 de marzo de 2016.
Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1392-2016 de fecha 09 de mayo de 2016.

noviembre de 2012, por lo que queda desvirtuado lo indicado por la GSM de que los equipos hayan iniciado su operación en enero de 2012.

Ahora bien, precisa que los datos relacionados al comportamiento de los componentes del proceso metalúrgico de "Cerro Corona" se gestionan a través del sistema informático PI SYSTEM y de su revisión se ha podido advertir que el concentrador gravimétrico registra datos desde el 25 de noviembre de 2012, donde la variable analizada fue flujo de agua. Posteriormente, dicho equipo estuvo sujeto a un periodo de prueba a efectos de evaluar los principales parámetros operativos hasta alcanzar su funcionamiento a capacidad nominal (a plena carga) el mes de mayo de 2013.

Lo registrado en el sistema informático PI SYSTEM es congruente con lo indicado en el Informe N° 167-2017-MEM-DGM-DTM/PB, ya que en este último se indica que la instalación de los equipos materia de imputación concluyó en noviembre de 2012, mes en el cual se iniciaron las pruebas en el concentrador gravimétrico.

Por ende, en caso se desestime lo indicado en el literal anterior, se debe considerar como fecha de inicio de operación de los equipos materia de imputación el mes de mayo de 2013 para calcular el beneficio ilegalmente obtenido. Debiéndose precisar que el periodo de prueba no puede ser considerado como funcionamiento ya que es una etapa previa para lograr el acondicionamiento del equipo y puede alcanzar su operación a toda carga.

Respecto al cálculo erróneo del beneficio ilegalmente obtenido.

c) De acuerdo al Cuadro N° 1: Cálculo de multa y al pie de página N° 5 de la Resolución N° 1766-2017; así como el Oficio N° 669-2017-OS-GSM el cual recién le fue notificado el 13 de noviembre de 2017, el factor "B" estimado por la primera instancia tendría un valor de S/. 788,892.88, el mismo que se calculó teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

- El periodo ilícito considerado fue desde enero de 2012 (fecha en la que erróneamente la GSM indica que el concentrador gravimétrico habría empezado a operar) hasta el 05 de junio de 2017 (fecha en la cual subsanó la infracción al obtener la autorización de funcionamiento mediante Resolución N° 0510-2017-MEM-DGM/V).
- Se calcularon las "utilidades" (U) generada desde enero de 2012 a junio de 2017 excluyéndose los resultados del 2015 y 2016, por tratarse de pérdidas; obteniéndose un resultado final de S/. 1,156,836,937.82
- La fórmula de cálculo empleada fue la siguiente:

$$B = U_1\left(\frac{\Delta U\%}{\Delta U\% + 1}\right)$$

Donde:

$$\Delta U\% = \frac{I_0}{U_0}\left(\left(1 + \Delta_{P\%}\right) \times \left(1 + 1 + \Delta_{Q\%}\right) - 1\right) - \frac{C_0}{U_0}\Delta_{C\%}$$

Δ_p%: -0.19%
Δ_q%: 0.53%
Δ_c%: 0.46%
I_0/U_0: 271.11%

C_0/U_0: 171.11%

Se reemplazaron los valores y se obtuvo una ΔU%: 0.1099%

- Posteriormente, se determinó el valor final del factor "B" mediante un segundo reemplazo en la fórmula de cálculo, donde "U" fue ajustado por el valor agregado de los procesos metalúrgicos equivalente a 62.13%; obteniéndose un resultado final de S/. 788,892.88.

$$B = \text{S/. } 1{,}156{,}836{,}937.82 \times 62.13\% \left(\frac{0.1099\%}{0.1099\% + 1}\right)$$

B = S/. 788,892.88

De lo indicado se puede advertir que el cálculo de primera instancia no es correcto debido a que se considera como fecha de inicio de la infracción el mes de enero de 2012 el cual no se encuentra probado y como se explicó se debe considerar como fecha de inicio el mes de mayo de 2013.

Considerando la mencionada fecha, la recurrente propone el cálculo del beneficio ilícito conforme a lo siguiente:

- El periodo ilícito comprende desde mayo de 2013 hasta el 04 de junio de 2017.
- Se consideran las utilidades netas (U) generadas de mayo a diciembre de 2013, 2014 y de enero a junio de 2017:

  - Cálculo de las utilidades del 2013: Se toman las utilidades netas del II trimestre de dicho año, equivalente a S/. 18,916,000.00 y se prorratean entre los meses de abril, mayo y junio, obteniéndose un total de S/. 12,679,956.04 para los meses de mayo y junio.[7] Posteriormente, se agregan las utilidades generadas de julio a diciembre, obteniéndose un total de S/.171,740,956.04 de mayo a diciembre del 2013.[8]

  - Se incluyen todas las utilidades del 2014, equivalente a S/. 192,341,000.00
  - No se consideran las pérdidas netas del 2015 y 2016.

  - Cálculo de las utilidades del 2017: La utilidad generada del 01 de enero al 23 de junio de 2017 ascienden a S/. 88,029,000.00 la cual se prorratea para obtener las utilidades del 01 de enero al 04 de junio de 2017 lo que arroja un total de S/. 78,416,637.93[9].

[7] De acuerdo al Estado de Resultados disponible en el portal web de la Superintendencia del Mercado de Valores las utilidades netas para el II trimestre del año 2013 ascienden a S/. 18,916,000.00, las cuales se prorratean entre los meses de abril, mayo y junio, conforme al siguiente detalle:

Prorrateo de utilidades del II Trimestre del 2013		
Meses	Días	Utilidades por mes S/.
Abril-2013	30	6,236,043.96
Mayo-2013	31	6,443,912.09
Junio-2013	30	6,236,043.96
Total días	91	

[8] Considerando que las utilidades netas totales del 2013 son de S/. 271,557,000.00 y que las utilidades del I trimestre de dicho año (enero a marzo) son S/. 93,580,000.00; las utilidades de mayo a diciembre de 2013 ascienden a S/. 171,740,956.04.

[9] El prorrateo se realiza en forma mensual conforme al siguiente detalle:

Prorrateo de utilidades del 01 al 24 de junio de 2017		
Meses	Días	Utilidades por mes S/.
Enero-2017	31	15,683,327.59
Febrero-2017	28	14,165,586.21

- Los valores de las utilidades netas del 2013 y 2014 se actualizan a la fecha de subsanación (junio 2017) en función al índice de precios al consumidor; a efectos que de que se puedan sumar con las utilidades del 2017. No se actualizan las utilidades del 2017, por cuanto éstas ya se encuentran expresada en soles de junio de 2017.[10]

- Se mantiene la fórmula de cálculo y los valores asignados a las variaciones porcentuales de precios, extracción y costos, ratios por ingresos, costos y utilidades; así como el valor agregado del proceso metalúrgico empleado por la GSM.

- A la sumatoria de las utilidades del 2013, 2014 y 2017 igual a S/. 483,809,723.82 se le aplica la variación porcentual de utilidad calculada por la GSM (0.1099%) y el valor agregado de la fase metalúrgica (62.13%), obteniéndose un beneficio ilícito a la fecha de subsanación igual a S/. 329,986.83

- El beneficio ilícito se actualiza hasta la fecha de cálculo de la multa considerada por la GSM, es decir a agosto de 2017, obteniéndose un total de S/. 332,844.99.

Sobre la aplicación de la metodología de cálculo aprobada por Resolución N° 256-2013-OS-GG.

d) De conformidad con la metodología aprobada por Resolución N° 256-2013-OS-GG para el cálculo de la multa se debe tomar en cuenta la probabilidad de detección, factor de gradualidad relacionado a las circunstancias de la comisión de la infracción y el valor de ventas y no hace mención alguna a los costos de servicios no vinculados a la supervisión.

En tal sentido, la recurrente procede a realizar el cálculo de la multa tomando en cuenta el beneficio ilícito obtenido en el literal anterior y los factores considerados en la Resolución N° 256-2013-OS-GG, sin considerar los costos de servicios no vinculados a la supervisión:

Descripción	Monto
Beneficio ilícito asociado a la infracción (S/. agosto 2017)	332,844.99
Probabilidad de detección	100%
B/P	332,844.99
Valor tope, VT (S/.)	40,500,000.00
Valor base, Q1 (S/.)	332,844.99
Factor de gradualidad	30%
Valor base graduado	99,853.50
Valor de ventas, VV (S/.)	1,055,010,534.33
1% del valor de ventas (S/.)	10,550,105.34
Monto del segundo valor base, M	99,853.50
Multa (S/.)	99,853.50
Multa en UIT	**24.66**

Marzo-2017	31	15,683,327.59
Abril-2017	30	15,177,413.59
Mayo-2017	31	15,683,327.59
Junio-2017	23	11,636,017.24
Total	174	

10

Año	Utilidad Neta (S/.)	IPC Promedio del año de generación de utilidades	IPC fecha de la subsanación-junio 2017	Utilidad ajustada a la fecha de subsanación-junio 2017
2013	171,740,956.04	112.52	127	193,846,303.18
2014	192,341,000.00	115.47	127	211,546,782.71
2017	78,416,637.93	-	-	78,416,637.93

Teniendo en cuenta el cuadro precedente la multa total aplicable por infringir el artículo 38° del RPM es de 24.66 UIT.

En consecuencia, solicita que se reduzca la multa impuesta de 59.56 UIT a 24.66 UIT considerando que no corresponde aplicar la multa mínima de 100 UIT según lo dispuesto por el TASTEM en la Resolución N° 292-2016-OS/TASTEM-S2 del 20 de diciembre de 2016.

CUESTIÓN PREVIA

Corrección de error material

5. Antes de proceder al análisis de los recursos de apelación, es pertinente señalar que en la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1766-2017 de fecha 19 de octubre del 2017, se ha verificado la existencia de un error material en el primer párrafo del pie de página N° 5 en donde se señala lo siguiente:

> *"Periodo ilícito para el concentrador gravimétrico y la bomba vertical de pulpa desde enero de 2012 (fecha en la que empieza a operar el concentrador gravimétrico según **Informe N° 167-2017-MEM-DGM-DTM/PB, fojas 84**) (...)"*

Al respecto, de la revisión del expediente se advierte que a fojas 84 obra el Informe N° 789-2016-MEM-DGAAM/DNAM/DGAM/D en el que se indica que el concentrador gravimétrico inicio su operación en enero de 2012; en tal sentido, se habría consignado erróneamente el número de informe.

Por tal motivo, considerando que dicho error material no altera el sentido de la citada resolución, en aplicación del numeral 201.1 del artículo 201° de la Ley N° 27444, corresponde proceder de oficio a rectificarlo; precisando que lo correcto es consignar: *"según Informe N° 789-2016-MEM-DGAAM/DNAM/DGAM/D"* [11]

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a la infracción al artículo 38° del RPM.

6. Con relación a los argumentos contenidos en los literales a), b) y c) del numeral 2 de la presente resolución, es importante precisar que el artículo 103° de la Constitución Política, en concordancia con el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, recoge la regla de la aplicación inmediata de la ley, lo que significa que desde su entrada en vigencia ésta se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas existentes[12]. Por su parte, el artículo 109° de la Constitución Política dispone

---

[11] Ley N° 27444.
Artículo 201°. - Rectificación de errores
201.1 Los errores materiales o aritméticos en los actos administrativos pueden ser rectificados con efecto retroactivo, en cualquier momento, de oficio o a instancia de los administrados, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión.

[12] Constitución Política del Perú de 1993
"Artículo 103°. - (...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. (...)"

"Artículo 109°. - (...) La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte."

que las normas son obligatorias a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Ahora bien, el 03 de junio de 1992 se publicó el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, el cual entró en vigencia al día siguiente de su publicación. Los artículos VI y VII del Título Preliminar de la citada ley establecen que el ejercicio de las actividades mineras (exploración, explotación, labor general, beneficio y transporte minero) se realizan exclusivamente bajo el sistema de concesiones, al que se accede bajo procedimientos que son de orden público.[13]

Posteriormente, el 08 de septiembre de 1992 se publicó el Reglamento de Procedimientos Mineros aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, en adelante RPM, el cual entró en vigencia al día siguiente de su publicación. De acuerdo a su artículo 2° la tramitación de los procedimientos mineros que siguen los interesados se rigen por este reglamento.[14]

Según el artículo 38° del RPM, que regula aspectos vinculados al procedimiento para la obtención de concesiones de beneficio y su modificación, una vez concluidas la construcción e instalación de la planta de beneficio en función a la autorización de construcción previamente otorgada, el interesado deberá dar aviso a la DGM a efectos de que dicha autoridad disponga la inspección de la construcción realizada, conforme al expediente técnico presentado por éste. Si la inspección resulta favorable, la DGM otorga la concesión y autoriza el funcionamiento de la planta, en caso se haya solicitado el otorgamiento de la concesión; o sólo emitirá la autorización de funcionamiento, tratándose de solicitudes de modificación de la concesión.

Lo señalado guarda congruencia con la tramitación de los procedimientos administrativos previsto en el Texto Único de Procedimiento Administrativos del Ministerio de Energía y Minas aprobado por Decreto Supremo N° 061-2006-EM, vigente a la fecha de la instalación de los equipos materia de imputación, en cuyo inciso c) del Ítem CM03 se indica que para instalaciones adicionales sin modificar la capacidad de una concesión de beneficio, se debe presentar una solicitud con la memoria descriptiva del proyecto para que se evalué y se otorgue la autorización de construcción. Posteriormente, se inspecciona la construcción y si se realizó conforme al proyecto original se otorga la autorización para su funcionamiento.[15]

---

[13] Decreto Supremo N° 014-92-EM
"VI. Son actividades de la industria minera, las siguientes: cateo, prospección, exploración, explotación, labor general, beneficio, comercialización y transporte minero. (...)
VII. El ejercicio de las actividades mineras, excepto el cateo, la prospección y la comercialización, se realiza exclusivamente bajo el sistema de concesiones, al que se accede bajo procedimientos que son de orden público. Las concesiones se otorgan tanto para la acción empresarial del Estado, cuanto de los particulares, sin distinción ni privilegio alguno. (...)"

[14] Decreto Supremo N° 018-92-EM
Artículo 1.- Toda mención que se haga en este Reglamento a la Ley debe entenderse referida a la Ley General de Minería, cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado por el Decreto Supremo Nº 014-92-EM. Artículo 2.- El presente Reglamento rige la tramitación de los procedimientos mineros que siguen los interesados ante los órganos jurisdiccionales administrativos contemplados en el Título décimo segundo de la Ley.

[15] Texto Único de Procedimiento Administrativos del Ministerio de Energía y Minas aprobado por Decreto Supremo N° 061-2006-EM.
"CM01 Otorgamiento de Concesión de Beneficio.
(...)
CM03 Modificación a la Concesión de Beneficio.
(...)
c) Para instalaciones adicionales sin modificar la capacidad.
Requisitos:
Solicitud de acuerdo al formato, consignando en número de RUC.
Memoria descriptiva del proyecto, indicando plazo de instalación
Base Legal: D.S. N° 018-92-EM (Arts. 36°, 37°, 38, 51°, 52°)
Nota: En el procedimiento ordinario para las instalaciones adicionales sin modificar la capacidad de una concesión de beneficio se tiene dos etapas puntuales: la primera es la evaluación de la solicitud y la autorización de construcción y la última comprende la inspección de verificación y la autorización de funcionamiento de éstas instalaciones (el informe de inspección debe ser favorable). (...)"

De las normas citadas, se advierte que tanto la autorización de construcción como la autorización de funcionamiento se deben obtener antes de construir y operar respectivamente la instalación adicional que pretenda tener el Titular Minero en su concesión de beneficio, normas que eran de pleno conocimiento de GOLD FIELDS debido a que ya había realizado este procedimiento para otras instalaciones adicionales.

En efecto, mediante Resolución N° 0038-2015-MEM-DGM/V del 23 de enero del 2015 se le autorizó la construcción de obras civiles, instalación de equipos (nuevos) e instalaciones auxiliares de la planta concentradora indicándole que cuando se culmine la construcción comunique a la Dirección General de Minería previo a la autorización de funcionamiento de conformidad con la normativa vigente. (fojas 14 del expediente)

Asimismo, mediante Resolución N° 0310-2015-MEM-DGM/V del 16 de julio del 2015 se autorizó la instalación y funcionamiento del Chancador de Cono Enduron SP-200 en la concesión de beneficio "Cerro Corona" (fojas 16 del expediente) y mediante Resolución N° 0239-2015-MEM-DGM/V del 10 de junio de 2015 se autorizó el funcionamiento de 11 (once) componentes adicionales en la concesión de beneficio "Cerro Corona" (fojas 22 del expediente).

No obstante, durante la supervisión realizada del 7 al 8 de julio del 2016 en la unidad minera "Cerro Corona" se habría constatado que un concentrador gravimétrico y una bomba vertical de pulpa se habrían instalado y se encontraban operando sin autorización de construcción y funcionamiento conforme al Acta de Supervisión obrante a fojas 5 del expediente.

Al respecto, como bien lo indicó GOLD FIELDS en su recurso de apelación, el 09 de junio de 2015 se acogió al procedimiento de adecuación establecido en la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 040-2014-EM para regularizar la inclusión del concentrador gravimétrico y la bomba vertical en su proceso de beneficio.

Es así que mediante Resolución Directoral N° 295-2016-MEM-DGAAM del 07 de octubre de 2016 (fojas 87), se aprobó la Memoria Técnica Detallada de la unidad minera "Cerro Corona" del concentrador gravimétrico y la bomba vertical y otros componentes, lo cual presentó para solicitar la modificación de la concesión de beneficio "Cerro Corona" para incorporar el concentrador gravimétrico habiendo la DGM aprobado la construcción mediante Resolución N° 089-2017-MEM-DGM/V del 2 de febrero de 2017 (fojas 73 a 75) y el funcionamiento mediante Resolución N° 510-2017-MEM-DGM/V del 5 de junio de 2017 (fojas 76 a 79) en vías de regularización. (subrayado agregado)

Cabe precisar que de acuerdo al Informe N° 167-2017-MEM-DGM-DTM/PB, que obra a fojas 78 del expediente, que sustentó la Resolución N° 0510-2017-MEM-DGM/V que autoriza el funcionamiento de los componentes materia de imputación, en el mes de noviembre del 2012 se habría finalizado su instalación y conforme al recurso de apelación de GOLD FIELD su operación a capacidad plena inició en el mes de mayo de 2013.

De lo anterior se puede advertir que, el concentrador gravimétrico y la bomba vertical de pulpa se habrían instalado en el año 2012 y al año siguiente habrían comenzado a operar. Posteriormente, la recurrente en el año 2015 habría comenzado el trámite respectivo para obtener tanto la autorización de construcción como la de funcionamiento de dichos componentes.

En tal sentido, obtuvo la autorización de funcionamiento en vías de regularización lo cual evidencia el incumplimiento al artículo 38° del RPM debido a que como ya se indicó en los párrafos

precedentes dicha autorización se obtiene antes y no después de la operación de los componentes que forman parte de la concesión de beneficio. Por consiguiente, el procedimiento al que hace referencia la apelante lo realizó en vías de regularización. (subrayado agregado)

Aunado a ello, de la revisión de la Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-EM se advierte que la presentación de la adecuación para obtener la modificación del certificado ambiental realizada antes de iniciado el procedimiento sancionador se rige por lo dispuesto en el artículo 11° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.[16]

Lo anterior, no tiene relevancia en el presente caso por cuanto no se le está imputando a la recurrente no contar con certificación ambiental lo cual es de competencia del OEFA. Además, antes de la entrada en vigencia del mencionado reglamento se encontraban vigentes los Decretos Supremos N° 016-93-EM y N° 053-99-EM los cuales regulaban todo lo concerniente para obtener el certificado ambiental.

No obstante, de conformidad al artículo 15° de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD en concordancia con el artículo 255° de la Ley N° 27444 corresponde eximir de responsabilidad al administrado si subsana la infracción antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador.[17]

Al respecto, se tiene que el presente procedimiento se inició el 23 de enero de 2017 con la notificación del Oficio N° 38-2017 a la recurrente y la autorización de funcionamiento la habría obtenido el 5 de junio del 2017 con la emisión de la Resolución N° 510-2017-MEM-DGM/V; por tanto, no corresponde eximirle de su responsabilidad.

---

[16] Decreto Supremo N° 040-2014-EM
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES
"Cuarta.- Adecuación de operaciones El titular minero que a la fecha de publicación de la presente norma, cuente con instrumento de gestión ambiental vigente y haya realizado actividades, ampliaciones y/o ejecutado proyectos de actividades mineras, tales como exploración, explotación, beneficio, cierre o actividades conexas o vinculadas a éstas y/o construido componentes o realizado modificaciones, sin haber obtenido previamente la modificación de su Certificación Ambiental, sin perjuicio de las sanciones que pudiera corresponder, debe adecuar dichas operaciones, conforme a lo que se dispone a continuación. El titular deberá declarar ante la autoridad ambiental competente y el OEFA, las actividades y/o proyectos y/o componentes que a la fecha de publicación de la presente norma, se hayan ejecutado total o parcialmente, sin contar con la correspondiente modificación de su Certificación Ambiental, en el plazo improrrogable de sesenta (60) días hábiles, contados desde la entrada en vigencia de la presente norma. (...)
5. Para el acogimiento a la adecuación, el titular debe desistirse previamente de cualquiera impugnación ante autoridad administrativa o judicial respecto de las actividades, proyectos o componentes a adecuarse, así como acreditar el pago de multas y/o el cumplimiento de las sanciones que se le hubieran impuesto a la fecha por la autoridad fiscalizadora. En caso de no haberse iniciado procedimiento sancionador la presentación de la adecuación se regirá por el artículo 11° de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. (...)"

Ley N° 29325
"Artículo 11.- Funciones generales (...)
b) Función supervisora directa: comprende la facultad de realizar acciones de seguimiento y verificación con el propósito de asegurar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la regulación ambiental por parte de los administrados. Adicionalmente, comprende la facultad de dictar medidas preventivas. La función supervisora tiene como objetivo adicional promover la subsanación voluntaria de los presuntos incumplimientos de las obligaciones ambientales, siempre y cuando no se haya iniciado el procedimiento administrativo sancionador, se trate de una infracción subsanable y la acción u omisión no haya generado riesgo, daños al ambiente o a la salud. En estos casos, el OEFA puede disponer el archivo de la investigación correspondiente. (...)

[17] Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD
"Artículo 15°. - Subsanación voluntaria de la infracción
15.1 La subsanación voluntaria de la infracción solo constituye un eximente de responsabilidad cuando se verifique que los incumplimientos detectados fueron subsanados antes del inicio del procedimiento sancionador.
15.2 La subsanación voluntaria de la infracción con posterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador no exime al Agente Supervisado de responsabilidad ni sustrae la materia sancionable, sin perjuicio que pueda ser considerado como un criterio atenuante para efectos de la graduación de sanción. (...)
j) Incumplimientos relacionados con la obtención de autorizaciones exigibles para una actividad, que fueran obtenidas o regularizadas con posterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador. (...)"

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. (...)"

Empero, dado que obtuvo la autorización de funcionamiento antes de que se emita la resolución de sanción y la solicitó después de la supervisión se consideró como un factor atenuante en el cálculo de la multa de acuerdo a lo dispuesto en la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG.

Por lo expuesto, corresponde desestimar el recurso de apelación en estos extremos.

Sobre el cálculo de la multa

7. Respecto a los argumentos contenidos en los literales d), e), f) y g) del numeral 2 y en los literales a), b), c) y d) del numeral 4 de la presente resolución, se tiene que el Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, dispone que la autoridad administrativa debe prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. En tal sentido, este Principio prescribe que las sanciones deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observarse los siguientes criterios de graduación:

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

Al respecto, Morón Urbina (2009) sostiene que la determinación y graduación de las sanciones administrativas aplicables al interior de los procedimientos administrativos sancionadores, bajo determinados parámetros claramente definidos por el Principio de Razonabilidad, se encuentra dentro del ámbito de la potestad discrecional con que cuenta la administración, con el propósito de individualizar, en un caso específico, la consecuencia jurídica aplicable una vez verificada la comisión de la infracción administrativa[18].

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

---

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

En efecto, sobre la aplicación del Principio de Razonabilidad, el referido jurista nacional explica lo siguiente:
"(...) *cuando la ley autoriza a una autoridad pública la aplicación de sanciones administrativas le apodera de una competencia marcadamente discrecional que se trasunta en el margen de apreciación subjetiva que tiene para poder tipificar la conducta incurrida, en determinar las pruebas necesarias, en la valoración de las circunstancias agravantes y atenuantes alrededor de la infracción y en la elección de la sanción a aplicarse, dentro del catálogo de sanciones habilitadas por la normativa* (...)
Recordemos que las normas sancionadoras suelen calificar que un determinado ilícito sea pasible de aplicarse una sanción determinada (por Ej. Multa o suspensión de derechos) pero delimita sus posibles alcances estableciendo rangos mínimos y máximos para cada tipo de infracción (...) con estos rangos dosifica los mínimos y máximos punitivos, según se trate de infracciones leves, graves y más graves. No obstante, dentro de estos linderos, la Administración preserva un nivel de discrecionalidad para elegir la cuantía de la sanción aplicable (...)""
(Subrayado agregado)

En el presente procedimiento se imputó a GOLD FIELDS la infracción tipificada en el numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD, la cual establece como sanción aplicable una multa de hasta 10,000 UIT.
En tal sentido, a efectos de determinar y graduar la sanción dentro de dicho tope máximo, la GSM aplicó la mencionada Resolución N° 256-2013-OS/GG, cuyo contenido dispone la observancia de todos y cada uno de los criterios de graduación comprendidos en el Principio de Razonabilidad, mencionado al inicio del presente numeral.

En atención a ello, en el numeral 5 de la parte considerativa de la Resolución N° 1766-2017 la primera instancia estableció la multa correspondiente a la infracción al artículo 38° del RPM, a través del cálculo del beneficio ilícito, determinación de los factores agravantes y atenuantes y aplicación de la metodología aprobada.

Ahora bien, considerando que GOLD FIELDS sólo ha cuestionado la estimación del beneficio ilegalmente obtenido y los costos de servicios no vinculados a la supervisión, en aplicación del Principio de Congruencia Procesal, este Tribunal Administrativo sólo emitirá pronunciamiento sobre dichos aspectos[19].

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

De la revisión de la Resolución N° 256-2013-OS/GG se advierte que para el cálculo del beneficio ilícito se consideró la utilidad generada como consecuencia del incumplimiento, lo cual se puede advertir del pie de página N° 5 de dicha resolución. Para el periodo ilícito se consideró que el concentrador gravimétrico y la bomba vertical de pulpa iniciaron su operación en enero del 2012 según el Informe N° 789-2016-MEM-DGAAM/DNAM/DGAM/D[20] (fojas 84) hasta el 5 de junio de 2017 fecha en la cual obtuvo la autorización de funcionamiento según la Resolución N° 0510-2017-MEM-DGM/V (fojas 79).

No obstante, de la revisión del expediente se advierte que si bien de acuerdo al Informe N° 789-2016-MEM-DGAAM/DNAM/DGAM/D los componentes materia de imputación habrían iniciado su operación en enero del 2012 ello no es congruente con los siguientes documentos:

---

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

Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.
Título Preliminar
Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo (...)
1.2. Principio del debido procedimiento. - Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

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

[20] Conforme a la corrección de error material que se realizó en el numeral 5 de la presente resolución.

- Según el Informe N° 039-2017-MEM-DGM-DTM/PB, que sustentó la Resolución N° 089-2017-MEM-DGM/V que autoriza la construcción de los componentes materia de imputación, la ejecución del proyecto habría tenido una duración de 292 días aproximadamente en el año 2012. (fojas 74 del expediente)
- Según el Cronograma de construcción y montaje del concentrador gravimétrico, obrante a fojas 94 del expediente, la instalación del concentrador gravimétrico habría iniciado el 08 de febrero de 2012 y habría finalizado el 30 de marzo de 2012; y, la instalación de la bomba vertical habría iniciado el 15 de febrero de 2012 y habría finalizado el 29 de marzo de 2012. (fojas 94 del expediente)
- Según el Informe N° 167-2017-MEM-DGM-DTM/PB, que sustentó la Resolución N° 0510-2017-MEM-DGM/V que autoriza el funcionamiento de los componentes materia de imputación, su instalación se ejecutó entre los meses de agosto a noviembre de 2012. (fojas 78 del expediente)

De ello se advierte que existen incongruencias entre los documentos citados no habiendo certeza de cuando se habría iniciado la operación de los componentes materia de imputación y tal como indicó la apelante si se considera que la construcción de los componentes habría finalizado en noviembre del 2012, conforme al último documento citado, no es posible que hayan operado en enero del 2012 (fecha que se utilizó para el cálculo de la multa).

Ahora bien, GOLD FIELDS sostiene en su recurso de apelación que según su sistema informático PI SYSTEM los componentes materia de imputación habrían iniciado su funcionamiento a capacidad nominal (a plena carga) en el mes de mayo de 2013 lo cual es razonable considerando que todos los documentos citados hacen referencia a que en el año 2012 se habría realizado la instalación del concentrador gravimétrico y la bomba vertical.

Por consiguiente, se debe considerar dicha información (que los componentes materia de imputación empezaron a operar desde mayo del año 2013) como declaración jurada conforme lo establece el artículo 85° del Reglamento General de OSINERGMIN[21]. En igual sentido, el artículo 42° de la Ley N° 27444, señala que toda Declaración Jurada se presume verificada por quien hace uso de ella, así como de contenido veraz para fines administrativos[22].

De otro lado, corresponde indicar que el criterio de "costo por servicios no vinculados a lo supervisión" se sustenta en el Principio de Razonabilidad citado al disponer que "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, si bien es un criterio que se ha venido utilizando para darle carácter disuasivo a las multas, de la revisión del cálculo de la multa por infringir el artículo 38° del RPM, se verifica que

---

[21] Decreto Supremo N° 054-2001-EM
Reglamento General de OSINERGMIN
"Artículo 85.- Carácter de la Información presentada a OSINERGMIN.
Toda la información que se presente o proporcione a los funcionarios de un órgano de OSINERGMIN tendrá el carácter de declaración jurada. (...)"

[22] Asimismo, conforme con el artículo 174° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, no son objeto de probanza, entre otros, aquellos que hechos alegados por las partes cuya prueba consta en los archivos de la entidad y los sujetos a presunción de veracidad:
"Ley N° 27444:
Artículo 174.- Hechos no sujetos a actuación probatoria No será actuada prueba respecto a hechos públicos o notorios, respecto a hechos alegados por las partes cuya prueba consta en los archivos de la entidad, sobre los que se haya comprobado con ocasión del ejercicio de sus funciones, o sujetos a la presunción de veracidad, sin perjuicio de su fiscalización posterior."

no se ha motivado las razones de su aplicación en el presente caso, conforme exige el Principio de Debido Procedimiento, por lo que no corresponde ser incluido.

Por lo tanto, corresponde recalcular la multa por esta infracción excluyendo dicho concepto y considerando que el período ilícito inicia desde el mes de mayo del 2013 hasta el mes de junio del 2017, conforme a los siguientes cuadros:

Cuadro N° 1: Cálculo de las utilidades netas de GOLD FIELDS en el periodo de infracción:

Periodo	Utilidad Neta	Días	Utilidad neta en infracción (S/)	Utilidad Neta en infracción (S/ agosto 2017)
2013 mayo-diciembre	271,557,000.00	245	182,277,986.30	206,637,379.46
2014	192,341,000.00	365	192,341,000.00	211,234,860.09
2015	-292,569,000.00	365	0	0
2016	-99,1999,000.00	366	0	0
2017 enero-marzo	69,091,000.00	92	17,414,717.81	17,414,717.81
2017 abril-junio	32,637.120.50	66	5,901,506.72	5,901,506.72
Total Utilidad del periodo ilícito - GOLD FIELDS (S/.)				441,188,464.08
Total Utilidad del periodo ilícito - "Planta Concentradora Santander" (S/.)				441,188,464.08
Total Utilidad del período ilícito - Fase metalúrgica (S/.)				274,110,392.73
Factor de participación del concentrador gravimétrico y de la bomba vertical				0.11%
Factor B - Beneficio Ilícito				300,863.87

Cuadro N° 2: Cálculo de la multa

Descripción	Monto
Beneficio ilícito asociado a la infracción (S/ agosto 2017)	300,863.87
Probabilidad de detección	100%
B/P (S/)	300,863.87
Valor tope la escala, VT (S/)	40,500,000.00
Valor Base Q1 (S/)	300,863.87
Factor de circunstancia	0.30[23]
Valor Base Graduado	90,259.16
Valor de las Ventas, VV (S/)	1,055,010,534.33
1% del Valor de las Ventas (S/)	10,550,105.34
Monto del segundo valor base, M (S/)	90,259.16
Multa (S/)	90,259.16
Multa (UIT)	**22.29**

En ese sentido, corresponde declarar fundado el recurso de apelación respecto al cálculo de la multa la cual se reduce de 59.56 (cincuenta y nueve con cincuenta y seis centésimas) UIT a 22.29 (veintidós con veintinueve centésimas) UIT.

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.

[23] Factor considerado por primera instancia para realizar el cálculo de la multa de acuerdo al sub numeral 5.1 del numeral 5 de la Resolución N° 1766-2017 del 19 de octubre del 2017.

SE RESUELVE:

Artículo 1°. – RECTIFICAR de oficio la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N°1766-2017 de fecha 19 de octubre del 2017, de acuerdo a lo expuesto en el numeral 5 de la presente resolución.

Artículo 2°. – Declarar **FUNDADO EN PARTE** el recurso de apelación interpuesto por GOLD FIELDS LA CIMA S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1766-2017 de fecha 19 de octubre del 2017 respecto al cálculo de la multa, por las razones expuestas en el numeral 7 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3°. - Determinar que la multa total que corresponde pagar a GOLD FIELDS LA CIMA S.A. se reduce de 59.56 (cincuenta y nueve con cincuenta y seis centésimas) UIT a 22.29 (veintidós con veintinueve centésimas) UIT.

Artículo 4°. – Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por GOLD FIELDS LA CIMA S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1766-2017 de fecha 19 de octubre del 2017; respecto a la determinación de su responsabilidad administrativa por la infracción al artículo 38° del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM y; en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en tal extremo.

Artículo 5°. - Declarar agotada la vía administrativa.

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

JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE