

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 172-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 26 de junio de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201300134405 que contiene el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA MILPO S.A.A., representada por el señor Dionisio Olavide Alfaro, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1656-2016 de fecha 30 de mayo del 2016, mediante la cual se le sancionó por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 1656-2016, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a COMPAÑÍA MINERA MILPO S.A.A., en adelante MILPO, con una multa de 43.55 (cuarenta y tres con cincuenta y cinco centésimas) UIT, por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM, en adelante RSSO, conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Infracción al artículo 299° del RSSO¹ Durante la supervisión al depósito de relaves "El Porvenir", que cuenta con autorización de funcionamiento aprobada mediante Resolución N° 356-2010-MEM-DGM/V del 18 de septiembre del 2010, se verificaron los siguientes incumplimientos: - Las tuberías que colectan las aguas filtradas no están conectadas al medidor de caudal instalado en la parte interior de la caseta de instrumentación. - Las aguas filtradas no son conducidas, aguas abajo, hacia el canal de descarga existente.	Numeral 1.3.2 del Rubro B ³	43.55 UIT

¹ RSSO

"Artículo 299°. - Los depósitos de relaves, pilas de lixiviación (PADs) y botaderos se fiscalizarán de acuerdo a la autorización de funcionamiento del proyecto aprobado por la autoridad minera competente. Para la operación de los depósitos de relaves, pilas de lixiviación (PADs) y depósitos de desmonte (botaderos), el titular minero está obligado a contar permanentemente con supervisión profesional a cargo de un ingeniero especializado y con experiencia en geotecnia."

³ Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD

Anexo: Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras
Rubro B - Incumplimiento de Normas Técnicas de Seguridad Minera

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

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

1.3.2 Autorización de funcionamiento

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

Sanción: Hasta 10,000 UIT

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

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

RESOLUCIÓN N° 172-2018-OS/TASTEM-S2

- No cuenta con canales de coronación. ²		
- No cuenta con cerco perimétrico alrededor del depósito.		
TOTAL		43.55 UIT⁴

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- Del 22 al 24 de agosto del 2013 se efectuó una supervisión a la unidad minera "El Porvenir", de titularidad de MILPO, a cargo de supervisores designados por OSINERGMIN.⁵
 - A través del Oficio N° 1226-2014 notificado a MILPO el 01 de octubre del 2014, que obra a fojas 277 del expediente, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.
 - Por escrito presentado el 10 de octubre del 2014, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201300134405, MILPO remitió sus descargos y solicitó el uso de la palabra.
 - A través del Oficio N° 257-2015-OS-GFM, se comunicó a MILPO la programación de la audiencia de informe oral para el día 22 de abril del 2015 a las 09:00 horas.
 - El 22 de abril del 2015, no se llevó a cabo el informe oral solicitado por MILPO debido a la inasistencia de sus representantes en la fecha y hora programada.
2. Mediante escrito del 24 de junio del 2016, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201300134405, MILPO interpuso su recurso de apelación contra la Resolución N° 1656-2016 solicitando se declare su nulidad, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a la recomendación referida a la construcción de componentes asociados al sistema de drenaje del depósito de relaves.

- La administrada indica que la supervisión realizada del 22 al 24 de agosto del 2013 al depósito de relaves se sustentó en los parámetros y recomendaciones formuladas por la Dirección General de Minería en el Informe N° 285-2010-MEM-DGM-DTM/PB, que sustentó la Resolución N° 356-2010-MEM-DGM/V de fecha 18 de septiembre del 2010, mediante la cual se le autorizó el funcionamiento del recrecimiento de relaves hasta la cota 4,4043 msnm, lo cual originó que se le imputen los siguientes incumplimientos:
 - Las tuberías que colectan las aguas filtradas no están conectadas al medidor de caudal instalado en la parte interior de la caseta de instrumentación.

² Este extremo de la infracción fue archivado, según el artículo 1° de la Resolución N° 1656-2016.

⁴ Cabe precisar que para la determinación y graduación de las sanciones se consideraron los criterios, metodología y la probabilidad de detección aplicados, que fueron aprobados por las Resoluciones de Gerencia General N° 035 y 256-2013 publicadas en el Diario Oficial El Peruano con fecha 03 de febrero de 2011 y 23 de noviembre de 2013, respectivamente.

⁵ Debe precisarse que en fecha 4 de junio de 2014 se transfirió la unidad minera "El Porvenir" de Compañía Minera Milpo S.A.A. a Milpo Andina Perú S.A.C. por Escritura Pública inscrita el 5 de junio del 2014 en la partida electrónica N° 12131860 del Registro de Personas Jurídicas de la Zona Registral IX-sede Lima. Empero mediante el oficio N° 321-2016-OS-GSM, se le informó a Compañía Minera Milpo S.A.A., que como la transferencia fue posterior a la supervisión no procede su solicitud de seguir el procedimiento contra Milpo Andina Perú S.A.C.

- Las aguas filtradas no son conducidas, aguas abajo, hacia el canal de descarga existente.

Sin embargo, estas obligaciones fueron modificadas; es decir, la construcción de los componentes asociados al sistema de drenaje del depósito de relaves, recomendada durante la supervisión se modificó y se encuentra prevista en la Resolución N° 429-2013-MEM-DGM/V de fecha 15 de noviembre del 2013, sustentada en el Informe N° 357-2013-MEM-DGM- DTM/PB, mediante la cual la Dirección General de Minería autorizó la construcción del recrecimiento del dique del depósito de relaves hasta la cota 4,100 msnm.

En esa oportunidad, propuso que para las aguas procedentes de filtración realizará un manejo exclusivo en el sistema de "control de afloramiento de agua", el cual se controlará en la estructura "buzón de monitoreo"; las aguas que sean captadas por la red de drenaje instalada en el talud de la presa se conducirán a la "poza de monitoreo". Todo el sistema servirá para el tratamiento respectivo antes de ser vertidas a la "estructura de descarga" la cual pertenece al "nuevo canal de descarga" construido y que tiene incorporado un flujometro.

Es así que, para las aguas procedentes de filtración construyó un nuevo sub drenaje, lo cual fue corroborado en la inspección efectuada por la Dirección General de Minería previo a que se autorice el funcionamiento del depósito de relaves a la cota 4,047 msnm, llevada a cabo el 27 de marzo del 2015, lo cual se acredita con la Resolución Directoral N° 612-2015-MEM/DGM de fecha 12 de junio del 2015, sustentada en el Informe N° 184-2015-MEM-DGM-DTM/PB, mediante la cual se autorizó el funcionamiento del recrecimiento del depósito de relaves hasta la cota 4,047 msnm.

Por lo tanto, la sanción respecto a estas infracciones carece de asidero, debido a que las recomendaciones que se dieron durante la supervisión se incorporaron en el expediente del recrecimiento de relaves aprobado por Resolución Directoral N° 429-2013-MEM-DGM/V y su funcionamiento hasta la cota 4,047 msnm fue aprobado por Resolución Directoral N° 612-2015-MEM/DGM.

En cuanto a contar con un cerco perimétrico alrededor del depósito de relaves.

La obligación de MILPO es continuar con las negociaciones para implementar el cerco perimétrico.

- b) Indica que se le sancionó por infringir el artículo 299° del RSSO debido a que no construyó un cerco perimétrico alrededor del depósito de relaves incumpliendo así la recomendación del Informe N° 285-2010-MEM-DGM-DTM/PB de inspección de verificación de la construcción y acondicionamiento del recrecimiento de la presa de relaves "El porvenir", que autoriza el funcionamiento del depósito de relaves, en la cual se señala lo siguiente:

"La titular minera debe instalar un cerco perimétrico (vivo o fijo) que impida el ingreso de personas no autorizadas y animales al depósito de relaves "El Porvenir". Plazo 45 días calendario."

Empero, esta recomendación contenida en el informe antes mencionado fue impugnada ante el Consejo de Minería, el cual mediante Resolución N° 736-2012-MEM/CM resolvió

ordenar a la Dirección General de Minería evaluar el estudio hidrológico de las quebradas Milpo y Tingovado a fin de determinar la idoneidad de la recomendación formulada en el informe antes mencionado; en consecuencia, mediante Resolución Directoral N° 131-2013-MEM-DGM-DTB/PB de fecha 20 de mayo del 2013 sustentada en el Informe N° 150-2013-DGM-DTB/PB, la Dirección General de Minería resolvió lo siguiente:



"La empresa minera debe continuar con las gestiones para instalar el cerco perimétrico que impida el ingreso de personas no autorizadas y animales al depósito de relaves "El porvenir."

De ello se advierte que la Dirección General de Minería ha merituado los hechos que dificultan la construcción del cerco perimétrico en el depósito de relaves, los cuales califican como una situación de fuerza mayor debidamente acreditada por MILPO. (negrita y subrayado del administrado)



Ahora bien, ni la empresa supervisora, ni OSINERGMIN consideraron lo dispuesto en la Resolución Directoral N° 131-2013-MEM-DGM-DTB/PB y la GSM la interpretó incorrectamente señalando que MILPO debe continuar con las gestiones para instalar el cerco perimétrico; sin embargo, el tenor de la misma es clara en cuanto a "CONTINUAR CON LAS GESTIONES"; lo cual en modo alguno supondría "IMPLEMENTAR" el cerco perimétrico, y esta interpretación contraviene el deber regulado en el numeral 8) del artículo 75° de la ley N° 27444. (negrita y subrayado del administrado)

Asimismo, se habría vulnerado el debido procedimiento regulado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, debido a que la GSM no tomó en consideración que cuando se realizó la supervisión, la Dirección General de minería ya había modificado el contenido de la recomendación referida a la construcción del cerco perimétrico en el depósito de relaves, por la impugnación hecha por la recurrente, lo cual hubiera determinado no iniciar este procedimiento ni mucho menos sancionarla por una obligación que incumplió por encontrarse en una causal de fuerza mayor.

El centro poblado San Juan de Milpo impide a MILPO la construcción del cerco perimétrico, lo cual califica como un caso de fuerza mayor.

- c) El centro poblado San Juan de MILPO se opone a la construcción del cerco perimétrico del depósito de relaves, por ello la administrada a tratado de dialogar con el centro poblado, es así que mediante Carta de fecha 23 de septiembre del 2010 remitida al presidente de la junta de administración local, solicitó autorización para la implementación del cerco perimétrico lo cual fue rechazado mediante Carta de fecha 29 de septiembre del 2010.

Posteriormente, mediante Carta del 04 de octubre del 2010 comunicó al presidente del centro poblado el programa de inicio de trabajos; sin embargo, mediante Carta N° 042-2010-CCSFAY-PC las autoridades y la población no han dado su consentimiento. Todo ello, corrobora que la recurrente ha intentado ejecutar la obra no siendo posible por la negativa del centro poblado y si se hace caso omiso originaría un conflicto social con posibles pérdidas materiales y personales.

Esta situación es un caso de fuerza mayor regulado en el artículo 1315° del Código Civil y conforme al artículo IX del Título P

reliminar del Código Civil sus disposiciones se aplican supletoriamente a situaciones jurídicas de otras leyes siempre que no exista incompatibilidad. En atención a ello, el administrado podrá eximirse de responsabilidad sólo si logra acreditar de manera fehaciente la ruptura de nexo causal, ya sea por caso fortuito, fuerza mayor o hecho determinante de tercero; como sucede en el presente caso. (negrita y subrayado del administrado)

Por lo tanto, no es válido imputar a la administrada un incumplimiento que se debe a un hecho de fuerza mayor, sin perjuicio de ello se sigue con las negociaciones con el centro poblado para adquirir sus propiedades llegándose a un acuerdo preliminar en el cual se ejecutaría el cerco perimétrico en paralelo a la construcción del canal de coronación del depósito de relaves, siendo que el arribo definitivo será comunicado a la Dirección General de Minería siguiendo la recomendación de la Resolución Directoral N° 131-2013-MEM-DGM.

En cuanto a la falta de motivación de la Resolución Impugnada.

- d) Señala que la resolución impugnada no motiva las razones por las que la recurrente habría incurrido en incumplimiento pese a que: (i) el alcance de las recomendaciones referidas a la implementación de componentes en el depósito de relaves fue modificada con la Resolución Directoral N° 429-2013-MEM-DGM/V; y, (ii) se acreditado la existencia de una causal de fuerza mayor. (negrita y subrayado del administrado)

Al respecto en el inciso 2) del artículo 10° de la ley N° 27444, se precisa como causal de nulidad la omisión de alguno de sus requisitos de validez, en el artículo 3° de la mencionada ley se establece que uno de los requisitos de validez del acto administrativo es que debe estar debidamente motivado y en el artículo 6° de la mencionada norma se hace referencia a como es la motivación del acto administrativo.⁶

Según la doctrina mayoritaria y el Tribunal Constitucional⁷, la motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores, justifican el acto adoptado.

⁶ Ley N° 27444.

"Artículo 10.- Causales de nulidad Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes: (...)

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. (...)"

"Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos Son requisitos de validez de los actos administrativos: (...)

4. Motivación. - El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. (...)"

"Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado. (...)

6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto. (...)"

⁷ Cita a los autores Juan Carlos Morón Urbina, Raúl Eduardo Fernández y el fundamento 4 de la sentencia del Tribunal Constitucional N° 6698-2006-PA/TC, al fundamento 4 de la sentencia emitida en el Expediente N° 3611.2011-AA y la sentencia recaída en el Expediente N° 1230-2002-HC/TC.

En tal sentido, la resolución ADOLECE DE MOTIVACIÓN APARENTE⁸ por lo que sería nula por AFECTAR EL DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, porque no se valoró que la recurrente acreditó que la construcción de los componentes asociados al sistema de drenaje del depósito de relaves se encuentra prevista en la Resolución N° 429-2013-MEM-DGM/V de fecha 15 de noviembre del 2013, mediante la cual la Dirección General de Minería autorizó la construcción del recrecimiento del dique del depósito de relaves hasta la cota 4.100 msnm y (ii) el centro poblado de San Juan de Milpo se opone a la construcción del cerco perimétrico del depósito de relaves. (negrita y subrayado del administrado)

En cuanto a la vulneración del Principio de Razonabilidad.

- e) El Principio de Razonabilidad o Proporcionalidad se encuentra reconocido en los artículos 3°, 43° y 200° de la Constitución y tiene por finalidad evitar que las decisiones sean arbitrarias.

Señala que la GSM sostiene en la resolución de sanción que cuando la Dirección General de Minería dispuso “continuar con las gestiones para instalar el cerco perimétrico, las mismas solo pueden ser interpretadas en el sentido que se dé cumplimiento a la obligación de construir tal cerco de protección; de seguir esta interpretación se llegaría a la arbitraria conclusión que al administrado se le exija el cumplimiento de una obligación que le es de imposible realización. (subrayado del administrado).

Según el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar, el artículo 230.3 y el numeral 55.10 del artículo 55° de la ley N° 27444⁹, la autoridad al momento de evaluar el cumplimiento de una obligación – como lo es la construcción del cerco perimétrico – no tiene plena discrecionalidad para hacerlo, sino que debe evaluar si la misma guarda proporción con la finalidad que persigue la norma. (negrita y subrayado del administrado)

Por lo tanto, sancionarle por una aparente omisión de construir el cerco perimétrico pese a la condición de fuerza mayor resulta arbitrario y vulnera el Principio de Razonabilidad.

Con relación a la solicitud de uso de la palabra

- f) MILPO solicita se le conceda el uso de la palabra.

⁸ Según Raúl Eduardo Fernández la motivación aparente o insuficiente: En este caso, se está violando el principio lógico de verificabilidad o razón suficiente, toda vez que lo argumentado no es el sustento real de la decisión adoptada. Podemos afirmar que es solo una “fachada” o “cascarón” para cumplir con la formalidad y pretender sostener que la decisión “tiene” motivación.

⁹ Ley N° 27444.

“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo. (...)”

1.4. Principio de razonabilidad. - Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben 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 de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido. (...)”

“Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)”

3. Razonabilidad. - Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción. (...)”

“Artículo 55°. - Derechos de los administrados Son derechos de los administrados con respecto al procedimiento administrativo, los siguientes: (...)”

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

3. A través del Memorandum N° GSM-403-2016, recibido el 12 de agosto del 2016, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a la supuesta infracción al artículo 299° del RSSO, a la falta de motivación de la Resolución impugnada y a la vulneración del Principio de Razonabilidad.

4. Con relación a los argumentos expuestos en los literales a) al e) del numeral 2 de la presente resolución, cabe 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 existentes¹⁰. A su vez, el artículo 109° de la Constitución Política dispone que las normas son obligatorias a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Cabe señalar que por disposición del Principio de Legalidad previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, las autoridades administrativas deben actuar con respeto 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 conferidas¹¹.

Ahora bien, mediante el Decreto Legislativo N° 1272 publicado el 21 de diciembre de 2016, se modificó la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, disponiéndose en el literal f) del numeral 1 del artículo 236°-A y en el artículo 255° del T.U.O. de la mencionada Ley, que constituye una condición eximente de la responsabilidad por infracción 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° del mencionado T.U.O. (subrayado es nuestro)¹².

Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Transitoria del referido Decreto Legislativo, dispuso que las entidades tendrán un plazo de sesenta (60) días, contado desde su vigencia, para adecuar sus procedimientos especiales según lo previsto en el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

Es así que OSINERGMIN, en ejercicio de sus funciones normativas, dispuestas por el inciso c) del artículo 3° de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión

¹⁰ CONSTITUCIÓN POLITICA 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."

¹¹ Ley N° 27444.

1.1 Principio de legalidad. - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que les estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los cuales les fueron conferidas.

¹² T.U.O. de la Ley N° 27444

Artículo 255.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

(...) f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253.



Privada en los Servicios Públicos¹³ y el artículo 3° de la Ley N° 27699 - Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN¹⁴, a través del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN, aprobado en Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, en adelante el RSFS ha dispuesto en los numerales 15.1 y 15.2 del artículo 15°¹⁵, que la subsanación voluntaria constituye una eximente de responsabilidad cuando se verifique que se haya realizado antes del inicio del procedimiento sancionador, en caso se haya realizado con posterioridad 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.

En el inciso g.3) del literal g) del numeral 25.1 del artículo 25° del RSFS¹⁶, se estableció que para aquellos incumplimientos que no sean subsanables, pero se han realizado acciones correctivas debidamente acreditadas hasta la presentación de los descargos del IPAS, se aplicará un factor atenuante de -5% en la graduación de la multa.

Asimismo, en el numeral 15.3 del RSFS se ha regulado los incumplimientos que no son pasibles de subsanación voluntaria, considerando para ello las características y naturaleza de las obligaciones exigidas y su condición de normas de orden público conforme a la normativa vigente.

Ahora bien, en cuanto al incumplimiento del artículo 299° del RSSO, el cual está vinculado a inspeccionar los depósitos de relaves de acuerdo a la autorización de funcionamiento del proyecto aprobado por la autoridad minera competente, se advierte que del 22 al 24 de agosto del 2013 se efectuó una supervisión al depósito de relaves "El Porvenir", de titularidad de la

¹³ Ley N° 27332

"Artículo 3.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones: (...)

c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;

Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador."

¹⁴ Ley N° 27699

"Artículo 3.- Procedimientos Administrativos Especiales

El OSINERG, a través de su Consejo Directivo, está facultado para aprobar procedimientos administrativos especiales que normen los procesos administrativos vinculados con la Función Supervisora, Función Supervisora Específica y Función Fiscalizadora y Sancionadora, relacionados con el cumplimiento de normas técnicas, de seguridad y medio ambiente, así como el cumplimiento de lo pactado en los respectivos contratos de privatización o de concesión, en el Sector Energía; para lo cual tomará en cuenta los principios contenidos en la Ley de Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444."

¹⁵ Resolución 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. (...)"

¹⁶ Resolución N° 040-2017-OS/CD

"Artículo 25.- Graduación de multas

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

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

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

recurrente teniéndose en cuenta la autorización de funcionamiento aprobada mediante Resolución N° 356-2010-MEM-DGM/V, en la cual se verificaron los siguientes incumplimientos:

- Las tuberías que colectan las aguas filtradas no están conectadas al medidor de caudal instalado en la parte interior de la caseta de instrumentación.
- Las aguas filtradas no son conducidas, aguas abajo, hacia el canal de descarga existente.
- No cuenta con canales de coronación.¹⁷
- No cuenta con cerco perimétrico alrededor del depósito.

En atención a la normativa antes señalada, estos incumplimientos no se encuentran inmersos en ninguno de los supuestos regulados en el numeral 15.3 del artículo 15° del RSFS, por lo que en principio son pasibles de subsanación.

Ahora bien, respecto a los dos primeros incumplimientos que están relacionados con el sistema de drenaje, se advierte lo siguiente:

- a) Mediante Resolución N° 356-2010-MEM-DGM/V del 18 de septiembre del 2010, en adelante Resolución del 2010, que obra de fojas 119 a 124 del expediente, se autorizó el funcionamiento del depósito de relaves “El Porvenir” hasta la cota 4043 msnm, la cual se sustenta en las especificaciones técnicas de Ingeniería de Detalle del Proyecto Aprobado en el que se indica lo siguiente:

“Sistema de Drenaje de las Filtraciones:

Consta de tuberías perforadas de HDPE y SRD 26 y de 200 mm de diámetro, ubicadas hacia el pie del talud aguas abajo de la presa. Estas tuberías colectan las aguas filtradas y las conducen hacia un medidor de caudal instalado en la parte inferior de la caseta de instrumentación. Luego son conducidas aguas abajo y eliminados hacia el canal de descarga existente.” (fojas 77) (subrayado es nuestro)

- b) En la Supervisión realizada del 22 al 24 de agosto del 2013 por supervisores designados por OSINERGMIN, se verificó que el dique del depósito de relaves se encontraba construido hasta la cota 4043 msnm; sin embargo, no cumplía con el parámetro mencionado en el párrafo anterior por lo siguiente: (fojas 4)

- Las tuberías que colectan las aguas filtradas no están conectadas al medidor de caudal instalado en la parte interior de la caseta de instrumentación.
- Las aguas filtradas no son conducidas, aguas abajo, hacia el canal de descarga existente.

- c) Mediante Resolución N° 429-2013-MEM-DGM/V del 15 de noviembre del 2013, en adelante Resolución del 2013, sustentada en el Informe N° 357-2013-MEM-DGM-DTM/PB se autorizó la construcción del depósito de relaves “El Porvenir” hasta la cota 4100 msnm, en la cual se modificó el diseño del sistema de drenaje de las filtraciones conforme a lo siguiente:

“Estructura de Manejo de Aguas, que incluye la descarga del túnel de drenaje, cimentación, poza de monitoreo, control de afloramiento de agua y acceso a La Quinua.” (fojas 309)

¹⁷ Este incumplimiento fue archivado de acuerdo al artículo 1° de la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1656-2016 de fecha 30 de mayo del 2016, por lo que no ha sido materia de impugnación.

- d) Por Oficio N° 1226-2014 notificado a MILPO el 01 de octubre del 2014, que obra a fojas 277 del expediente, se inició el presente procedimiento administrativo sancionador.
- e) Mediante Resolución N° 612-2015-MEM/DGM de fecha 12 de junio del 2015, en adelante Resolución del 2015, que obra de fojas 549 a 553 del expediente, sustentada en el Informe N° 184-2015-MEM-DGV-DTM/PB, se autorizó el funcionamiento del depósito de relaves "El Porvenir" hasta la cota 4047 msnm, en la cual se precisa que se realizó una inspección a MILPO en fecha 27 de marzo del 2015 en donde se constató que el titular minero cumplió con construir el nuevo diseño del sistema de drenaje para las aguas filtradas.

Conforme a lo expuesto MILPO a la fecha de supervisión tenía construido el dique del depósito de relaves hasta la cota 4043 msnm; sin embargo, no cumplía con los parámetros en que se sustentó la resolución del 2010, la cual le autorizó el funcionamiento hasta la cota 4043 msnm, debido a que las tuberías que conducían las aguas filtradas no estaban conectadas hacia el medidor del caudal y las aguas filtradas no eran conducidas hacia el canal de descarga existente conforme al diseño técnico del sistema de drenaje.

Posteriormente, mediante Resolución del 2013, se modificó el diseño del sistema de drenaje en que se sustentó la Resolución N° 356-2010-MEM-DGM/V del 18 de septiembre del 2010, y conforme al nuevo diseño técnico para las aguas filtradas se construirá un sub sistema de drenaje que consiste en una red de tuberías en forma de espina de pescado las cuales serán conducidas hacia una poza de monitoreo en la que se realizará los controles necesarios y exigidos para un control óptimo de la calidad de aguas y de flujo. (subrayado es nuestro)

En fecha 27 de marzo del 2015 la Dirección General de Minería, realizó una inspección a la Unidad de producción de MILPO, en donde constató que cumplió con construir el sub sistema de drenaje para las aguas filtradas, por lo que autorizó el funcionamiento del depósito de relaves a la cota 4047 msnm mediante Resolución del 2015. (subrayado es nuestro)

En atención a ello, MILPO alega que al haberse modificado el diseño del sistema de drenaje que se consideró para la cota 4043 msnm, para la construcción a la cota 4100 mediante Resolución del 2013, ya no existiría un sustento para sancionarla y se habría subsanado la infracción antes del IPAS (01 de octubre del 2014). Además, que la Dirección General de Minería en fecha 27 de marzo del 2015 realizó una inspección a su unidad y constató que cumplió con esta obligación, por lo que mediante Resolución del 2015 le autorizó el funcionamiento del Depósito de Relaves hasta la cota 4047 msnm. (subrayado es nuestro)

Al respecto, se debe indicar que no todos los actos realizados por el administrado pueden subsanar el incumplimiento, y en el presente caso modificar los parámetros del diseño del sistema de drenaje no lo subsana, lo que debió hacer MILPO para subsanarlo es cumplir con el parámetro señalado en la Resolución del 2010 o en su defecto cumplir con el nuevo parámetro contenido en la Resolución del 2013 antes del IPAS (01 de octubre del 2014), es decir haberlo implementado efectivamente.

Sin embargo, de conformidad a los actuados en el expediente MILPO recién lo habría implementado con fecha 27 de marzo del 2015 conforme a la Resolución del 2015; es decir en fecha posterior al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

Siendo así, no se le puede eximir de su responsabilidad, por este extremo.

Sin perjuicio de lo señalado, se tiene que revisada la resolución de sanción emitida en fecha 30 de mayo del 2016, respecto al cálculo de la multa se consideró el costo evitado para estos incumplimientos debido a que la empresa no los habría subsanado.

No obstante, tal como se ha indicado en el párrafo precedente, si realizó la subsanación después del inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, el 27 de marzo del 2015 y antes de la emisión de la resolución de sanción; por lo que se debió considerar el costo postergado, debiendo declararse este extremo como fundado.

En ese sentido, al hacer el cálculo respectivo aplicando el costo postergado y el factor atenuante para estos dos incumplimientos, la multa se reduce de 43.55 (cuarenta y tres con cincuenta y cinco centésimas) UIT a 35.93 (treinta y cinco con noventa y tres centésimas) UIT.¹⁸

5. Con respecto al último incumplimiento, referido a no contar con un cerco perimétrico alrededor del depósito, se tiene lo siguiente:
 - a) Mediante Resolución N° 356-2010-MEM-DGM/V del 18 de septiembre del 2010, se autorizó el funcionamiento del depósito de relaves "El Porvenir" hasta la cota 4043 msnm, en la cual se recomendó al titular minero instalar un cerco perimétrico (vivo o fijo) que impida el ingreso de personas no autorizadas y animales al depósito de relaves "El Porvenir". Plazo 45 días calendario. (fojas 123).
 - b) En fecha 13 de octubre del 2010, MILPO interpuso un recurso de reconsideración contra la resolución mencionada, y en cuanto a la construcción del cerco perimétrico indicó que la Comunidad Campesina de San Francisco de Asís de Yarusyacán no le permitía instalar el cerco pues consideran que se vulnerarían su derecho al libre tránsito y

18

CÁLCULO DE LA MULTA	
Beneficio económico por costo postergado (S/. marzo 2016) (componentes asociados al sistema de drenaje)	11,583.48
Beneficio económico por costo evitado (S/. marzo 2016) (cerco perimétrico)	179,767.86
Beneficio económico -por costo evitado y postergado	191,351.34
Escudo Fiscal (30%)	57,405.40
Costo por servicios no vinculados a supervisión	4,534.26
Beneficio económico - Factor B (S/. marzo 2016)	138,480.20
Probabilidad de detección	100%
Factores Agravantes y Atenuantes. (reincidencia = -5 y circunstancias = +7.5)	1.025
Multa (S/.)	141,942.20
Multa (UIT)	35.93

Tasa COK Anual	13.64%
UIT	3,950.00

ejecutarlo sin su consentimiento originaría un conflicto social con posibles pérdidas materiales y personales, lo que constituye una situación de fuerza mayor. (fojas 320 a 330)

- c) Por Resolución N° 736-2012-MEM/CM del 25 de septiembre del 2012 se resolvió el recurso impugnativo (fojas 335 a 339), la cual fue modificada por Auto de Sala N° 003-2013-MEM/CM del 8 de abril de 2013 (fojas 342), en donde se consignó expresamente lo siguiente:

"(...) Que, con respecto a lo señalado por la empresa recurrente de que el Consejo de Minería no se pronunció respecto a las siguientes recomendaciones como que: La titular minera debe instalar un cerco perimétrico (vivo o fijo) que impida el ingreso de personas no autorizadas y animales al depósito de relaves "El Porvenir" (...); se precisa que, el Consejo de minería no señaló cuestionamiento alguno con respecto a las recomendaciones citadas, por su carácter de seguridad y protección a las personas y medio ambiente, no teniendo amparo legal los argumentos expuestos en el recurso impugnativo, resultando de obligatorio cumplimiento la ejecución de lo requerido por la Dirección General de Minería; (...)" (subrayado es nuestro)

- d) Mediante Resolución Directoral N° 131-2013-MEM/DGM del 10 de mayo del 2013, sustentada en el Informe N° 150-2013-DGM-DTB/PB (fojas 344 a 352), la Dirección General de Minería resolvió lo siguiente:

"La empresa minera debe continuar con las gestiones para instalar el cerco perimétrico que impida el ingreso de personas no autorizadas y animales al depósito de relaves "El porvenir".

Ahora bien, en fecha 10 de octubre del 2014 la administrada presentó su escrito de descargos al Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador, en el cual indica que ha cumplido con continuar las gestiones para instalar el cerco perimétrico, realizando los tratos necesarios con la Comunidad Campesina San Francisco de Asís de Yarusyacan para la adquisición de propiedades, llegándose al acuerdo que el cerco perimétrico de ejecute en paralelo a la construcción del canal de coronación del Depósito de Relaves. (fojas 292)

Asimismo, en el anexo 4 del mencionado escrito, se señala que:

*"MILPO ha realizado los tratos necesarios para la adquisición de propiedades a la comunidad, se adjunta la escritura de compraventa de bien inmueble otorgado por la Comunidad Campesina San Francisco de Asís de Yarusyacan, con fecha 01 de marzo del 2012, del área requerida para la ampliación de su infraestructura que involucra el recrecimiento de la presa de relaves hasta la cota 4100 msnm. Con la documentación obtenida se ha procedido a realizar el levantamiento topográfico del límite de propiedad en la presa de relaves, para lo cual se han monumentado hitos topográficos, y concluirá con el cerco respectivo. (subrayado es nuestro)
El cerco perimétrico se ejecutará en paralelo a la construcción del canal de coronación del depósito de relaves." (fojas 317)*

Teniendo en cuenta lo expuesto, se tiene que era obligación de la administrada construir el cerco perimétrico conforme a la Resolución N° 356-2010-MEM-DGM/V, la cual fue impugnada por la administrada; sin embargo, la Dirección General de Minería mediante Resolución N° 736-2012-MEM/CM del 25 de septiembre del 2012, modificada por Auto de Sala N° 003-2013-

MEM/CM del 8 de abril de 2013, indicó que la construcción del cerco perimétrico por su carácter de seguridad y protección a las personas y medio ambiente es de obligatorio cumplimiento, no teniendo amparo legal los argumentos expuestos en el recurso impugnativo.



Posteriormente, mediante Resolución Directoral N° 131-2013-MEM/DGM del 10 de mayo del 2013, sustentada en el Informe N° 150-2013-DGM-DTB/PB, resolvió que MILPO debía continuar con las gestiones para instalar el cerco perimétrico. (subrayado es nuestro)

En atención a ello, OSINERGMIN no estaría haciendo una interpretación sesgada de la recomendación antes indicada, debido que la Dirección General de Minería expresamente señaló que es de obligatorio cumplimiento la construcción del cerco perimétrico y MILPO debe continuar con las gestiones para instalarlo; sin embargo, hasta la fecha no habría construido el cerco perimétrico. (subrayado es nuestro)



Por otro lado, respecto a la situación de fuerza mayor que alega la recurrente, como ya se mencionó, continuar con las gestiones para instalar el cerco perimétrico, en modo alguno significa que se haya acreditado la situación de fuerza mayor. Además, no ha adjuntado medios probatorios que demuestren su imposibilidad de cumplir.

Al respecto, se tiene del escrito de descargos al IPAS de la administrada, que en fecha 01 de marzo del 2012 habría celebrado un contrato de compraventa de bien inmueble con los pobladores de San Juan de Milpo a fin de obtener el área requerida para la ampliación de su infraestructura para el recrecimiento de la presa de relaves hasta la cota 4,100 msnm, y a la fecha de supervisión que fue del 22 al 24 de agosto del 2013 ya habían transcurrido más de 15 meses desde que obtuvo los terrenos en donde debió construir el cerco perimétrico, por lo que a la fecha de supervisión no existía una causal de fuerza mayor probada para implementarlo, como bien lo indicó la GSM. (subrayado es nuestro)

Además, los medios probatorios a que hace referencia la administrada en los cuales se aprecia que los pobladores de San Juan de Milpo se oponen a la construcción del cerco perimétrico debido a que se les impediría el libre tránsito, son del año 2010 (Carta de fecha 29 de septiembre del 2010 y Carta N° 042-2010-CCSFAY-PC), anteriores a la fecha en que MILPO compró los terrenos a la población, y no ha presentado ningún medio de prueba posterior que acredite que actualmente persista esta situación.

De acuerdo a lo expuesto en los párrafos precedentes, se tiene que a la fecha MILPO no ha cumplido con construir el cerco perimétrico (estando inminente el peligro de que personas no autorizadas y animales ingresen al depósito de relaves) por lo que no subsanó la infracción y además no presentó medios probatorios idóneos que demuestre que existe una situación de fuerza mayor; por tanto, no corresponde eximirle de su responsabilidad.

Conforme a ello el pronunciamiento emitido por la primera instancia fue debidamente motivado y no se vulnera el Principio de Razonabilidad, toda vez que se sustentaron los fundamentos de hecho y de derecho por los cuales se determinó la responsabilidad administrativa de MILPO, cumpliendo el marco normativo aplicable, y respetando los derechos que le asisten a la administrada, así como los principios del derecho administrativo, por lo que no se ha configurado causal alguna para declarar la nulidad de la resolución impugnada.

En ese sentido, se debe declarar infundado el recurso de apelación en este extremo.

Sobre la solicitud de uso de la palabra



6. Mediante Oficio N° 35-2018-OS-TASTEM-S2, notificado el 07 de junio del 2018, se informó a MILPO, que se otorgó fecha para hacer uso de la palabra el día 18 de junio del 2018 por espacio de 10 minutos, siendo así en fecha 08 de junio del 2018 la recurrente cumplió con presentar un escrito designando a sus representantes para asistir al informe oral.

Es así que la diligencia de informe oral se llevó a cabo con fecha 18 de junio de 2018, durante la cual el representante de MILPO, [REDACTED] con CAL N° [REDACTED] encargado de la exposición, manifestó sus argumentos de defensa, reiterando lo que se expuso en su recurso de apelación, los cuales han sido debidamente evaluados y se ha emitido pronunciamiento respecto de ellos, conforme se ha expuesto en los párrafos precedentes.



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 **FUNDADO EN PARTE** el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA MILPO S.A.A., contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1656-2016 de fecha 30 de mayo del 2016 respecto del cálculo de la multa, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°. - Determinar que la multa total que corresponde pagar a COMPAÑÍA MINERA MILPO S.A.A. se reduce de 43.55 (cuarenta y tres con cincuenta y cinco centésimas) UIT a 35.93 (treinta y cinco con noventa y tres centésimas) UIT.

Artículo 3°. – Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA MILPO S.A.A., contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1656-2016 de fecha 30 de mayo del 2016; respecto a la determinación de su responsabilidad administrativa por la infracción al artículo 299° del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en tal extremo.



Artículo 4°. - Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Jesús Francisco Roberto Tamayo Pacheco, Mario Antonio Nicolini del Castillo y Héctor Adrián Chávarry Rojas.


JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE