

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 463-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 27 de noviembre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201400115276 que contiene el recurso de apelación interpuesto por SOUTHERN PERÚ COPPER CORPORATION, SUCURSAL DEL PERÚ, representada por el señor Lency Quiroz Lozada, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2827-2016 de fecha 04 de octubre de 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 y el Reglamento de Procedimientos Mineros aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM.



CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución N° 2827-2016, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a SOUTHERN PERÚ COPPER CORPORATION, SUCURSAL DEL PERÚ, en adelante SOUTHERN, con una multa de 201.01 (doscientos uno con una centésima) UIT por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM, en adelante RSSO, y el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, en adelante RPM, conforme al siguiente detalle:

N°	INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Al inciso h) del artículo 228° del RSSO¹ La Rampa Este que sirve de ingreso para los trabajadores de perforación, voladura y carguío de desmonte en el banco 3565 (zona sur fase 6-B2) del tajo abierto Cuajone no contaba con rampa de alivio pese a tener una gradiente de 10%.	Numeral 1.2.4 del Rubro B ²	1.01 UIT
2	Al artículo 37° del RPM³ Por construir la pila de lixiviación denominada Pad Rom (pila de pruebas	Numeral 1.3.1	100 UIT



¹ RSSO

"Artículo 228.- En las etapas de exploración y explotación, incluyendo la preparación y desarrollo de la mina, los titulares mineros deberán cumplir con:
(...)

h) Construir carreteras de alivio en las vías de circulación vehicular en superficie con pendientes mayores del cinco por ciento (5%) (rampas, accesos o zigzag), diagonales a las vías existentes y ubicadas en lugares preestablecidos. Estas carreteras de alivio deben servir para ayudar a la reducción de la velocidad de la maquinaria y controlarla hasta detenerla".

² 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

Incumplimientos de Normas Técnicas de Seguridad Minera

1. Incumplimiento de Normas de Diseño, Instalación, Construcción, Montaje, Operación, Proceso, Control de terreno

1.2. En minería a cielo abierto

1.2.4 Rampas y vías

Base legal: Artículo 228° del RSSO.

Multa: hasta 400 UIT

³ RPM

"Artículo 37.- Entregados los avisos conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y, de no mediar oposición, la Dirección General de Minería deberá evaluar si la solicitud se adecúa a las normas de seguridad, vivienda, salud, bienestar minero e impacto ambiental y expedir Resolución, en un plazo que no excederá

	metalúrgicas), ubicada en el lado oeste de la pila de lixiviación SX Cuajone, sin autorización de construcción de la Dirección General de Minería (DGM).	del Rubro B ⁴	
3	Al artículo 38° del RPM⁵ Por operar la pila de lixiviación denominada Pad Rom (pila de pruebas metalúrgicas), ubicada en el lado oeste de la pila de lixiviación SX Cuajone, sin autorización de funcionamiento de la Dirección General de Minería (DGM).	Numeral 1.3.2 del Rubro B ⁶	100 UIT
TOTAL			201.01 UIT⁷

Como antecedentes, cabe citar los siguientes:

- a) Del 04 al 06 de setiembre de 2014, se efectuó una visita de supervisión a la Unidad Minera "Acumulación Cuajone" de titularidad de SOUTHERN.
- b) Mediante el Oficio N° 1729-2014, notificado con fecha 26 de diciembre de 2014, se comunicó a SOUTHERN el inicio del procedimiento administrativo sancionador, otorgándole el plazo de siete (07) días hábiles para presentar sus descargos.
- c) Con fecha 07 de enero de 2015, la administrada remitió sus descargos al inicio del procedimiento.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Con escrito de registro N° 2014-115276 remitido con fecha 31 de octubre de 2016, SOUTHERN

de treinta (30) días hábiles. La Resolución expedida por la Dirección General de Minería que autoriza la construcción de la planta, permitirá al interesado solicitar las servidumbres y expropiaciones que pudieran ser necesarias. La construcción de los depósitos de relaves y/o plataformas (PAD) de lixiviación, de acuerdo al proyecto aprobado, podrá ser ejecutada en más de una etapa; la misma que será autorizada por la Dirección General de Minería o gobierno regional, según corresponda, previo informe técnico favorable del Ministerio de Energía y Minas, a través de la Dirección General de Minería. Culminada la construcción de cada etapa, el titular minero comunicará a la autoridad competente, a fin de que esta última autorice su funcionamiento. En el caso que se formulare oposición, ésta se tramitará con arreglo a las normas sobre oposición contenidas en la Ley y el presente Reglamento".

⁴ 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

Incumplimientos 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 refinarias)

1.3.1 Autorización de construcción

Base legal: Artículo 37° del RPM

Multa: hasta 10000 UIT

⁵ RPM

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

⁶ 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

Incumplimientos 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 refinarias)

1.3.2. Autorización de funcionamiento

Base legal: Artículo 38° del RPM

Multa: hasta 10000 UIT

⁷ Para la determinación y graduación de las sanciones se consideró las Resoluciones de Gerencia General N° 035 y 256-2013 publicadas en el Diario Oficial El Peruano con fechas 03 de febrero de 2011 y 23 de noviembre de 2013, respectivamente.

interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2827-2016, solicitando su nulidad o revocación, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

Respecto a los incumplimientos a los artículos 37° y 38° del RPM

- a) La administrada señala que de conformidad con los artículos 17° y 18° del T.U.O. de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, para calificar una concesión como de beneficio deben suscitarse las siguientes etapas: i) preparación mecánica, ii) metalurgia y iii) refinación. En ese sentido, la concesión abarca no solo un determinado espacio geográfico, sino que además está compuesto por varias etapas y circuitos mineros que en su totalidad lo conforman.

Los artículos 37° y 38° del RPM regulan todo lo referente a la autorización de la Planta de Beneficio que dará soporte a toda la concesión, considerando que dichos artículos se encuentran dentro del Capítulo V del RPM (Procedimiento para Concesiones de Beneficio).

En consecuencia, si el Pad de Lixiviación SX Cuajone, que es la Planta que sustenta toda la producción minera, no hubiera tenido autorizaciones de construcción y funcionamiento de la DGM efectivamente se estaría vulnerando los artículos 37° y 38° del RPM, los cuales establecen los aspectos relacionados a la construcción y operación de “la Planta de la Concesión de Beneficio que fue solicitada”.

En el presente caso, el módulo de prueba detectado por OSINERGMIN no puede ser considerado como Pad de Lixiviación porque no es una Planta, siendo además independiente al Pad existente (Cuajone). Adicionalmente, la norma hace mención a la Planta de Beneficio que da soporte a la Concesión, no indicando en parte alguna que toda pila de lixiviación deba tener autorización de la DGM, sino más bien que solo la Planta descrita en el petitorio minero requiere obtenerla. Por lo tanto, la interpretación de la norma realizada por OSINERGMIN es abusiva y la desnaturaliza en perjuicio de la empresa⁸.

Por lo tanto, los artículos 37° y 38° del RPM establecen lo relacionado al otorgamiento de las autorizaciones primigenias de la concesión de beneficio (que incluye la Planta de Beneficio), mas no lo vinculado a los módulos de investigación y/o prueba, ni pilas de prueba, etc. Estos últimos elementos se encontrarían en un vacío normativo que no puede ser solucionado con una interpretación extensiva o analógica, al ser técnicas legales proscritas.

Una Planta de una Concesión de Beneficio tiene como características principales dar sostenimiento a todo el proceso minero y ser permanente, siendo que el Módulo ROM de prueba no posee dichas características, ya que es una base experimental que además a la fecha no existe.

Ahora bien, la GSM en la resolución impugnada determinó que la empresa debía contar con la autorización de la DGM cuando se trata de componentes o instalaciones adicionales y cuando se realicen modificaciones en el proyecto original⁹.

⁸ La administrada cita lo indicado por la GSM conforme a lo siguiente: “por tanto, al involucrar las referidas pruebas la construcción de una pila de lixiviación, la DGM debía evaluar si su construcción se adecuaba a las normas de seguridad, conforme exige el artículo 37° del RPM”; “por tanto al involucrar las pruebas el funcionamiento de una pila de lixiviación, la DGM debía comprobar que la misma se había efectuado de conformidad con el proyecto original aprobado”.

⁹ La recurrente cita lo indicado por la GSM conforme a lo siguiente: “Se debe indicar que el artículo 37° del RPM exige la obtención de autorizaciones de construcción para las concesiones de beneficio, las cuales por su propia naturaleza y conforme han sido establecidas, tienen un carácter constitutivo de derecho, vale decir su obtención es un requisito previo para realizar la construcción de un componente o instalaciones adicionales de manera segura. De acuerdo a ello, a efecto de llevar a cabo alguna modificación en la construcción del proyecto original aprobado, el titular minero está en la obligación de solicitar la respectiva autorización, lo cual no incurrió en el presente caso, al haberse detectado en la visita de supervisión la existencia de una pila de

Al respecto, refiere que el Módulo ROM de prueba no es un componente del Pad de Lixiviación de Cuajone¹⁰, no existiendo medio probatorio alguno en el Expediente que demuestre lo contrario. Por lo tanto, de conformidad con los Principios de Presunción de Veracidad, Verdad Material y Presunción de Licitud, debe tenerse como cierta su declaración, la cual fue corroborada por la propia autoridad¹¹.



El Módulo ROM de prueba no debe ser considerado como un elemento adicional del Pad original, ya que no forma parte de su circuito; constituye un módulo experimental que tenía por objeto obtener información básica sobre el comportamiento metalúrgico del material oxidado proveniente de la voladura de Mina o material tipo ROM cuando es procesado bajo condiciones predefinidas de lixiviación en pilas. El hecho que el módulo tenga un proceso similar al de lixiviación no implica que sea una Planta de Lixiviación. Las dimensiones del Pad de Cuajone son incomparables con las del módulo de prueba, al ser éste justamente un piloto experimental.

El módulo ROM de prueba no es una modificación del Pad original, toda vez que no ha transformado ni cambiado sus características, siendo además que dicho módulo ya ha sido destruido, en virtud a que era un elemento temporal.

Respecto a la autorización de la DGM indica que ésta es emitida para las Plantas de las Concesiones de Beneficio y no para pruebas o módulos experimentales; caso contrario, todas las Facultades de Ingeniería de Minas, Geológica o Química tendrían que solicitar autorización de la DGM para realizar sus maquetas (a escala) de pruebas de investigación, lo cual sería un absurdo que la norma no contempla.



Finalmente, en el supuesto negado que el módulo efectivamente constituyera una modificación de la Planta de Lixiviación original, no puede imponérsele sanción por contravenir los artículos 37° y 38° del RPM, ya que dichas disposiciones hacen referencia al hecho de no tener autorizaciones para la construcción y funcionamiento de la Planta de Beneficio (que dará soporte a la concesión), pero no regula nada sobre su modificación o componentes adicionales.

Respecto a los Principios de Legalidad y Tipicidad

- b) SOUTHERN manifiesta que el Tribunal Constitucional ha determinado que en los procedimientos administrativos existen garantías que constituyen límites de la actuación de la Administración Pública, entre las cuales se encuentran los Principios de Legalidad y Tipicidad¹².

lixiviación que no contaba con autorización de construcción”; “Se debe indicar que el artículo 38° del RPM exige la obtención de autorizaciones de funcionamiento para los componentes de una concesión de beneficio, las cuales por su propia naturaleza y conforme han sido establecidas, tienen un carácter constitutivo de derecho, vale decir su obtención es un requisito previo para el funcionamiento de un componente o de una instalación adicional de manera segura. De acuerdo a ello, a efecto de llevar a cabo alguna modificación en el funcionamiento del proyecto original aprobado, el titular minero está en la obligación de solicitar la respectiva autorización, lo cual no incurrió en el presente caso, al haberse detectado en la visita de supervisión la existencia de una pila de lixiviación que no contaba con autorización de funcionamiento”.

¹⁰ La administrada cita las siguientes definiciones de la RAE: “Componentes: que compone o entra en la composición de un todo”; “adicional: que se suma o añade a algo”; y, “modificar: transformar o cambiar algo mudando alguna de sus características”.

¹¹ SOUTHERN cita lo indicado por la GSM conforme a lo siguiente: “respecto a lo alegado por SOUTHERN en relación a que no requería de autorización alguna al tratarse de una pila de pruebas metalúrgicas, se debe señalar que, conforme al documento ‘Prueba de lixiviación – Mineral Rom oxidado de Cobre Mina Cuajone’ presentado por SOUTHERN mediante carta del 12 de setiembre de 2014 (fojas 572 a 577), el programa de pruebas incluía: a) Preparación de área de pruebas independientemente al PAD existente, a efecto de no interferir con la operación actual”.

¹² La recurrente cita el artículo 2° numeral 24 incisos a) y d) de la Constitución Política del Perú, así como el artículo 1° y la Primera Disposición Final de la Ley N° 2831 “Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”.



En relación al Principio de Legalidad, el Tribunal ha indicado que para imponer sanciones, la infracción y la consecuencia deben estar contenidas en una ley o norma con rango de ley, caso contrario no debe imponerse sanción alguna¹³. Adicionalmente, determinó que este principio es distinto al Principio de Tipicidad, ya que el primero exige la previsión de las infracciones y sanciones en la ley (reserva de ley) y el segundo que la ley puede ser complementada por la vía reglamentaria, siempre y cuando el reglamento no sustituya a la ley, sino sea un desarrollo de lo que la ley ha considerado como infracción. En consecuencia, sin ley que cree el ilícito no existiría tipicidad.

Respecto a los incumplimientos a los artículos 37° y 38° del RPM, la administrada señala que la GSM determinó que el Módulo ROM de prueba representa: i) un componente o adicional y ii) una modificación del Pad de Lixiviación original, procediendo a imponerle las sanciones contenidas en los numerales 1.3.1 y 1.3.2 del Cuadro aprobado por la Resolución N° 286-2010-OS/CD. Sin embargo, de la revisión de dicha Resolución y los citados artículos se observa que en modo alguno regulan lo referido a componentes adicionales o modificaciones a las Plantas de Lixiviación.

De lo expuesto, en párrafos precedentes, el tipo infractor debe estar redactado taxativamente, de modo que las interpretaciones extensivas o analógicas queden proscritas. En consecuencia, los artículos 37° y 38° del RPM no pueden ser sustento para calificar supuestas infracciones por haber modificado o alterado la Planta de Lixiviación Cujone, ya que establecen solo los trámites de autorización para la construcción y funcionamiento de la Planta de Beneficio que constituirá el soporte de la concesión, mas no de los módulos de prueba experimentales.



De lo indicado, en el presente caso, no existe relación alguna entre las infracciones imputadas y los artículos 37° y 38° del RPM, por lo que se ha vulnerado los Principios de Tipicidad y del Debido Procedimiento.

Respecto al concurso de infracciones

- c) SOUTHERN señala que de acuerdo al numeral 6 del artículo 230° de la Ley N° 27444 cuando una misma conducta califica como más de una infracción, se aplicará la sanción más grave. Al respecto, refiere que la conducta es el conjunto de acciones o hechos que determinan algún tipo de comportamiento o acto¹⁴.

Sobre el particular, manifiesta que en el presente caso existe una sola conducta que determinó la existencia del Módulo ROM de prueba. Así, en el supuesto hipotético que el módulo requiera de una autorización de la DGM, OSINERGMIN solo podría imponer una sanción, bien sea en relación al artículo 37° o respecto al artículo 38° del RPM, pero no dos sanciones, ya que no son dos conductas independientes.

La única conducta de la empresa se resume en lo siguiente: conjunto de acciones encaminadas a realizar las pruebas metalúrgicas en un Módulo ROM de prueba. Esto

¹³ SOUTHERN respecto a los Principios de Legalidad y Tipicidad cita las Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N° 1873-2009-PA/TC, N° 2050-2002-AA/TC, N° 2192-2004-PA/TC y N° 197-2010-PA/TC; así como las Sentencias de la Corte Suprema en las Casaciones N° 1387-2014-LIMA del 17 de noviembre de 2015, N° 104-2009-ICA del 15 de octubre de 2009, N° 2428-2011-LIMA del 14 de noviembre de 2013, N° 6763-2014-HUAURA del 20 de octubre de 2015 y N° 1387-2014-LIMA.

¹⁴ Cita la definición de "conducta" establecida por la RAE conforme a lo siguiente: "1.f. Manera con que los hombres se comportan en sus vida y acciones. 2. f. conducción. 3.f. gobierno, mando, guía, dirección".

constituye una sola conducta que configuraría dos infracciones: no tener autorización de construcción y no tener autorización de funcionamiento de la DGM.

En consecuencia, solo correspondía imponer la sanción más grave, ya que la norma es clara al determinar el concurso de infracciones sobre conductas y no sobre hechos, verificándose en este caso una vulneración al Principio de Concurso de Infracciones.



Respecto al incumplimiento al inciso h) del artículo 228º del RSSO

- d) La recurrente manifiesta que de acuerdo al numeral 5 del artículo 230º de la Ley N° 27444 la retroactividad de las normas se encuentra prohibida, salvo que las disposiciones posteriores al momento de la infracción le sean más favorables al administrado¹⁵, lo cual ha ocurrido en el presente caso.

Al respecto, en virtud al artículo 262º del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM, que derogó el Decreto Supremo N° 055-2010-EM, la exigencia para las rampas de alivio es solo cuando la pendiente sea mayor a 12%.

De lo indicado, cuando se pretende imponer una sanción a un administrado se deberá verificar previamente si la norma posterior (Decreto Supremo N° 024-2016-EM) es más beneficiosa que la anterior (Decreto Supremo N° 055-2010-EM) para el administrado. En caso que efectivamente la nueva norma sea más tuitiva, corresponde ser aplicada de conformidad con la retroactividad benigna.



Sobre el particular, la GSM no ha considerado el principio citado y ha impuesto una sanción por tener una carretera con una gradiente del 10%, en aplicación del Decreto Supremo N° 055-2010-EM, lo cual constituye una vulneración a lo establecido en el numeral 5 del artículo 230º de la Ley N° 27444, ya que debió aplicar el artículo 262º del nuevo Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM y, en consecuencia, archivar la infracción imputada.

3. A través del Memorándum N° GSM-543-2016, recibido con fecha 10 de noviembre de 2016, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a los incumplimientos a los artículos 37º y 38º del RPM

4. En relación a lo indicado en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde señalar que el artículo 37º del RPM, vigente a la fecha de la visita de supervisión realizada a la Unidad Acumulación Cuajone (04 al 06 de setiembre de 2014), establece que "la Dirección General de Minería deberá evaluar si la solicitud se adecúa a las normas (...) y expedir Resolución, en un plazo que no excederá de treinta (30) días hábiles. La Resolución expedida por la Dirección General de Minería que autoriza la construcción de la planta, permitirá al interesado solicitar las servidumbres y expropiaciones que pudieran ser necesarias. La construcción de los depósitos de relaves y/o plataformas (PAD) de lixiviación, de acuerdo al proyecto aprobado, podrá ser ejecutada en más de una etapa; la misma que será autorizada por la Dirección General de Minería o gobierno regional, según corresponda (...). Culinada la construcción de cada etapa el titular minero comunicará a la autoridad competente, a fin de que esta última autorice

¹⁵ La administrada cita la definición del término "disposición" de la RAE conforme a lo siguiente: Precepto legal o reglamentario, deliberación, orden y mandato de la autoridad".

su funcionamiento”.

Asimismo, el artículo 38° del RPM, vigente a la fecha de la visita de supervisión, dispone que “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 (...). Si la inspección fuere favorable, la Dirección General de Minería otorgará el título de la concesión. Dicha resolución autorizará el funcionamiento de la Planta, (...). La concesión de beneficio otorga a su titular un derecho real”.



De la lectura de las normas citadas se evidencia que se refieren al procedimiento para obtener las autorizaciones de construcción y funcionamiento de las concesiones de beneficio, toda vez que disponen que la DGM del MINEM mediante Resolución autorizará la construcción y funcionamiento de la Planta de Beneficio.

Al respecto, en el presente caso, mediante Resolución N° 090-2009-MEM-DGM/V del 16 de febrero de 2009, sustentada en el Informe N° 046-2009-MEM-DGM-DTM/PB¹⁶, obrante a fojas 200 y 201 del Expediente, la DGM del MINEM autorizó la construcción e instalación de la ampliación de la capacidad instalada en la Concesión de Beneficio “Planta de Lixiviación SX Cuacone” de 2100 a 3,100 TM/día en favor de SOUTHERN, que incluía un Pad de Lixiviación, la Poza de Solución Rica (PLS), la Poza de control de avenidas y 06 (seis) equipos nuevos.

Posteriormente, en el Informe N° 310-2009-MEM-DGM-DTM/PB del 15 de diciembre de 2009, obrante de fojas 205 a la 208 del Expediente, se indicó que la construcción del Pad de Lixiviación, la Poza PLS y la poza de control de avenidas, así como la instalación de los 06 (seis) equipos adicionales (Chancadora Secundaria, Zaranda vibratoria, Tambor aglomerador, Sistema de bombeo de agua, Sistema de bombeo de Soluciones Intermedias y Sistema de Bombeo ácido) se había realizado de conformidad con el proyecto aprobado.



En atención a ello, mediante Resolución N° 988-2009-MEM-DGM/V del 16 de diciembre de 2009, obrante a fojas 208 del Expediente, la DGM autorizó “el funcionamiento de la Concesión de Beneficio ‘Planta de Lixiviación Cuacone’ (...) a la capacidad ampliada de 3,100 TM/día, así como el funcionamiento del Pad de Lixiviación, Poza PLS, Poza de control de avenidas y las instalaciones adicionales de la Planta de Beneficio (...).”

Sobre el particular, si bien el Pad de Lixiviación es el componente principal de la actividad que SOUTHERN realiza, ello no implica que sea el único autorizado en las resoluciones que aprobaron la construcción y funcionamiento de la Concesión de Beneficio “Planta de Lixiviación Cuacone”, ya que conforme se ha citado en los párrafos precedentes, la DGM autorizó la construcción y funcionamiento del Pad de Lixiviación, dos pozas y 06 (seis) equipos nuevos en la Concesión de Beneficio.

Asimismo, de la revisión de la Resolución N° 2827-2016 del 04 de octubre de 2016, se verifica que en modo alguno ha señalado que la administrada hubiese efectuado modificaciones al Pad de Lixiviación que está autorizado por la DGM; lo que se indicó es que a fin de llevar a cabo alguna modificación en la construcción y funcionamiento del proyecto original aprobado el titular está en la obligación de solicitar las respectivas autorizaciones, lo cual no ocurrió en el presente caso, al haberse detectado en la visita de supervisión la existencia de una pila que no contaba con autorizaciones.

¹⁶ Asimismo, cabe indicar que mediante Resolución N° 107-2013-MEM-DGM/V se rectificó el Informe N° 046-2009-MEM-DGM-DTM/PB respecto a los parámetros geométricos del Pad de lixiviación (en específico sobre la pendiente del talud).

De lo expuesto, es evidente que el proyecto original involucra a la Concesión o Planta de Beneficio en su conjunto y no solo el Pad de Lixiviación, como bien se puede constatar en la Resolución N° 090-2009-MEM-DGM/V y la Resolución N° 988-2009-MEM-DGM/V; en consecuencia, la existencia de una pila de lixiviación no autorizada por la DGM no involucraría una modificación de la pila que sí está autorizada, sino de la Concesión o Planta de Beneficio.

Lo señalado por la primera instancia guarda conformidad con lo dispuesto por los artículos 37º y 38º del RPM, vigentes a la fecha de supervisión, ya que al establecer estas disposiciones que las resoluciones de la DGM autorizan la construcción y funcionamiento de la Concesión, se colige que solo los componentes autorizados por dichas resoluciones pueden ser construidos y operados. En ese sentido, los componentes que no estén autorizados por la DGM no podrían ser construidos ni operados.

En el presente caso, en la visita de supervisión realizada del 04 al 06 de setiembre a la Unidad Minera Acumulación "Cuajone" se verificó que SOUTHERN había construido la pila de lixiviación denominada Pad Rom (pila de pruebas metalúrgicas) ubicada en el lado oeste de la pila de lixiviación SX Cuajone, en la cual venían realizando el riego con solución ácida, conforme consta en el Acta de Supervisión del 06 de setiembre de 2014 y los registros fotográficos N° 03 y 04 de la visita (fojas 80 al 82 y 91 del Expediente).

Al respecto, de la revisión del documento "Prueba de Lixiviación. Mineral ROM Oxidado de Cobre Mina Cuajone" del 2014, presentado por SOUTHERN mediante escrito del 12 de setiembre de 2014 (fojas 572 al 577 del Expediente), se verifica que el programa de pruebas en el Pad ROM alegado por la administrada incluía lo siguiente:

- "a) Preparación del área de pruebas independiente al PAD existente y canaletas para no interferir con la operación actual.*
- b) Impermeabilización, construcción de cama de lixiviación y canaletas para control y muestreo de la solución PLS.*
- c) Acarreo de mineral ROM y formación del módulo de prueba con similares características a la operación actual.*
- d) Instalación de tuberías de HDPE para riego por aspersion con solución acidulada y sistema de tubería para conducción por gravedad de la solución PLS hacia la poza de colección.*
- e) Control de parámetros de las soluciones de riego y percolación (flujo, concentración de ácido, concentración de cobre)".*

Asimismo, en el numeral 4 del documento citado, se indica que la prueba de lixiviación en módulo piloto consistía en:

"Etapas de acarreo de Mineral"

Se conformará un módulo con mineral ROM, éste es acarreado mediante una pala eléctrica o cargador frontal de Mina a volquetes de 240 toneladas y es trasladado hacia el área preparada para la prueba, en donde descarga el mineral formado el módulo de prueba para su posterior nivelación.

Etapas de Lixiviación

El material oxidado deberá ser nivelado a una altura aproximada de 3.0 metros, las tuberías de riego de HDPE a emplear serán de 2" SDR 11, conectadas a su vez a la línea de alimentación que es de 4" de diámetro en HDPE SDR 11. Una vez instalados los sistemas de riego se procede a humectar el mineral con la solución de riego por un tiempo de 8 horas al

día para luego dejarlo reposar 16 horas. El sistema de irrigación por aspersión distribuye la solución de riego sobre la superficie del módulo con una concentración de ácido sulfúrico en el riego de 15 gramos por litro de agua, para dar inicio al proceso de Lixiviación. El ciclo de Lixiviación será de 8 horas de riego por 16 horas de reposo durante 180 días debido a que la altura del módulo es de 3.0 metros. De ser necesario el ciclo se ampliará en función a los resultados de recuperación. (...)

Manejo de solución de PLS

La solución de PLS producto de la lixiviación del mineral ROM de la prueba será colectado mediante una canaleta y conducida hacia un sistema de tuberías equipadas con medidores de flujo para seguimiento al flujo de percolación del PLS y el volumen total de percolación. Se tomarán muestras de la solución PLS cada 24 horas para el análisis de cobre, ácido sulfúrico y fierro”.

De lo expuesto, se evidencia que las pruebas alegadas por la administrada involucraron la construcción y funcionamiento de una pila de lixiviación que no se encontraba autorizada por la DGM, toda vez que la Resolución N° 090-2009-MEM-DGM/V y la Resolución N° 988-2009-MEM-DGM/V solo autorizaron la construcción y funcionamiento de un solo Pad de Lixiviación (pila denominada Pad de Lixiviación SX Cuajone), la Poza PLS, la poza de control de avenidas y 06 (seis) equipos adicionales (Chancadora Secundaria, Zaranda vibratoria, Tambor aglomerador, Sistema de bombeo de agua, Sistema de bombeo de Soluciones Intermedias y Sistema de Bombeo ácido). En ese sentido, no se observa en dichas resoluciones que la DGM hubiese autorizado la construcción y funcionamiento de un pad de lixiviación adicional para realizar pruebas.

Por lo tanto, se ha acreditado que SOUTHERN realizó la construcción y operación de la pila de lixiviación denominada Pad Rom (pila de pruebas metalúrgicas) ubicada en el lado oeste de la pila de lixiviación SX Cuajone, sin contar con las autorizaciones de construcción y funcionamiento emitidas por la DGM, verificándose que ha incumplido las obligaciones establecidas en los artículos 37° y 38° del RPM.

En ese sentido, no se verifica causal de nulidad ni revocación alguna de la resolución de sanción, de acuerdo a los artículos 10° y 212° del TULO de la Ley N° 27444 y modificatorias¹⁷, correspondiendo desestimar este extremo del recurso de apelación.

¹⁷ TULO de la Ley N° 27444

“Artículo 10.- Causales de Nulidad

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

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

(...)”.

“Artículo 212.- Revocación

212.1 Cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:

212.1.1 Cuando la facultad revocatoria haya sido expresamente establecida por una norma con rango legal y siempre que se cumplan los requisitos previstos en dicha norma.

212.1.2 Cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada.

212.1.3 Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.

212.1.4 Cuando se trate de un acto contrario al ordenamiento jurídico que cause agravio o perjudique la situación jurídica del administrado, siempre que no lesione derechos de terceros ni afecte el interés público. La revocación prevista en este numeral solo puede ser declarada por la más alta autoridad de la entidad competente, previa oportunidad a los posibles afectados otorgándole un plazo no menor de cinco (5) días para presentar sus alegatos y evidencias en su favor.

212.2 Los actos administrativos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos no pueden ser revocados, modificados o sustituidos de oficio por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.”

Respecto a los Principios de Legalidad y Tipicidad

5. En relación a lo alegado en el literal b) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que de acuerdo al Principio de Legalidad previsto en el numeral 1 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad¹⁸.

A su vez, el Principio de Tipicidad establecido en el numeral 4 del artículo 246° de la citada norma dispone que solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por vía reglamentaria¹⁹.

Dicho esto, cabe señalar que mediante los literales c) y d) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, se estableció que los Organismos Reguladores cuentan con la función normativa que les autoriza a tipificar infracciones y aprobar su propia escala de sanciones; y la función fiscalizadora y sancionadora que comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como de aquellas contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión²⁰.

A través del artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, se estableció que su Consejo Directivo se encuentra facultado a tipificar los

¹⁸ T.U.O. de la Ley N° 27444:

"Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad."

¹⁹ T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria. A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras."

²⁰ 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."

d) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;"

hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, graduar las sanciones, así como aprobar su respectiva escala de multas y sanciones²¹.

Acorde con dicho marco legal, el Consejo Directivo de OSINERGMIN emitió la Resolución N° 286-2010-OS/CD, publicada en el diario oficial El Peruano el 29 de diciembre de 2010, que aprobó el Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras, en el cual se tipifica como infracciones, entre otras, los incumplimientos de las disposiciones del RPM y se establece las sanciones aplicables. Por lo tanto, se cumple con el Principio de Legalidad regulado en el numeral 1 del artículo 246° del TUO de la Ley N° 27444.

En el presente caso se imputó a SOUTHERN por 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, tal como se advierte en el Oficio N° 1729-2014, notificado el 26 de diciembre de 2014, mediante el cual se le comunicó el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, obrante a fojas 622 del Expediente.

Al respecto, se constata que los hechos verificados durante la supervisión e imputados en el procedimiento se subsumen en las conductas típicas descritas en los numerales 1.3.1 y 1.3.2 del Rubro B del Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional aprobado por la Resolución N° 286-2010-OS/CD, conforme a lo siguiente:

N°	HECHO	TIPIFICACIÓN
2	Por construir la pila de lixiviación denominada Pad ROM (pila de pruebas metalúrgicas), ubicada en el lado oeste de la pila de lixiviación SX Cuajone, sin autorización de construcción de la DGM.	Rubro B: Incumplimiento de Normas Técnicas de Seguridad Minera 1. Incumplimiento de Normas de Diseño, Instalación, <u>Construcción</u> , Montaje, Operación, Proceso, Control de Terreno 1.3. En concesiones de beneficio (Plantas Concentradoras, instalaciones pirometalúrgicas y plantas hidrometalúrgicas, lixiviación y refinerías) 1.3.1. Autorización de construcción Base legal: artículo 37° del RPM Sanción: hasta 10,000 UIT
3	Por operar la pila de lixiviación denominada Pad Rom (pila de pruebas metalúrgicas), ubicada en el lado oeste de la pila de lixiviación SX Cuajone, sin autorización de funcionamiento de la DGM.	Rubro B: Incumplimiento de Normas Técnicas de Seguridad Minera 1. Incumplimiento de Normas de Diseño, Instalación, <u>Construcción</u> , Montaje, <u>Operación</u> , 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: artículo 38° del RPM Sanción: hasta 10,000 UIT

²¹ Ley N° 27699

"Artículo 1.- Facultad de Tipificación

Toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia del OSINERG constituye infracción sancionable.

Sin perjuicio de lo mencionado en el párrafo anterior, el Consejo Directivo del OSINERG se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas así como a graduar las sanciones, para lo cual tomará en cuenta los principios de la facultad sancionadora contenidos en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente, de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones del OSINERG, aprobada por el Consejo Directivo; la cual podrá contemplar, entre otras, penas pecuniarias, comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos, cierre de establecimientos y paralización de obras.

El Consejo Directivo del OSINERG establecerá el procedimiento de comiso así como el destino donación o destrucción de los bienes comisados."

Al respecto, las obligaciones cuya inobservancia se le ha imputado a SOUTHERN se encuentran previstas en los artículos 37º y 38º del RPM, que constituyen normas referidas a las autorizaciones de construcción y funcionamiento en Concesiones de Beneficio, cuyo incumplimiento se encuentra previsto como infracciones sancionables en el Cuadro de Tipificación.



Sobre el particular, de la lectura del numeral 4 del artículo 246º del TUO de la Ley N° 27444 se evidencia que el Principio de Tipicidad dispone que las infracciones sancionables sean expresamente previstas en normas con rango de ley o por norma reglamentaria; precisando que dicha tipificación no puede imponer obligaciones que no estén establecidas previamente en un norma legal o reglamentaria.

Al respecto, la resolución de sanción ha sido emitida de conformidad con el Principio de Tipicidad, ya que las infracciones imputadas están tipificadas en la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD, de conformidad con las Leyes N° 27699 y N° 27332; y, además, las obligaciones cuyo incumplimiento se subsume en las infracciones tipificadas sí se encontraban previstas con anterioridad a los hechos en una norma reglamentaria (RPM).

De lo anterior, en modo alguno el Principio de Tipicidad exige la declaración expresa de la norma sustantiva que predetermina la tipificación de la infracción dentro de la referencia legal del Cuadro de Tipificación de Infracciones, bastando que la conducta se encuentre prevista previamente en una norma legal o reglamentaria.

Sin perjuicio de lo indicado, en el presente caso, los artículos 37º y 38º del RPM sí se encuentran detallados como base legal de los tipos infractores establecidos en los numerales 1.3.1 y 1.3.2 del Rubro B del Cuadro de Tipificación aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD.



Finalmente, cabe precisar que los artículos 37º y 38º del RPM, vigentes a la fecha de la supervisión, sí se refieren a los supuestos de modificación de la concesión de beneficio, ya que estas normas disponen claramente que las resoluciones de la DGM autorizarán la construcción y funcionamiento de la Planta, de lo cual se colige que solo los componentes autorizados en dichos documentos podrán ser construidos y operados, siendo que para otros equipos adicionales, como por ejemplo otros pads de lixiviación, los titulares mineros también deberán obtener sus respectivas autorizaciones, al constituir una modificación del proyecto autorizado por la DGM.

Por lo expuesto, no se verifica vulneración alguna al Principio de Tipicidad, toda vez que los hechos imputados constituyen incumplimientos que se encuentran previstos en los numerales 1.3.1 y 1.3.2 del Rubro B del Cuadro de la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras.

Adicionalmente, cabe precisar que lo expuesto es conforme con las sentencias del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, alegadas por la administrada (referidas a que solo por ley se pueden establecer conductas sancionables en la vía administrativa y que para la atribución de la comisión de una falta ésta debe estar previamente determinada en la ley), ya que es la propia ley la que ha facultado a OSINERGMIN a tipificar las infracciones y establecer las sanciones correspondientes mediante resolución de su Consejo Directivo y además la Resolución N° 286-2010-OS/CD que tipifica las infracciones imputadas se encontraba vigente desde antes de la fecha de supervisión, lo cual guarda concordancia con los Principios de Legalidad y Tipicidad regulados en los numerales 1 y 4 del artículo 230º de la Ley N° 27444.

En igual sentido, cabe mencionar que desde el inicio del procedimiento se comunicó a la administrada las infracciones imputadas y los hechos verificados, otorgándole el plazo respectivo para la presentación de sus descargos, los cuales fueron efectivamente presentados mediante escrito del 07 de enero de 2015 y posteriormente evaluados por la GSM en la resolución de sanción, la cual se encuentra debidamente motivada, conforme se ha detallado en la presente resolución, en observancia del Principio de Debido Procedimiento, regulado en el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444²².



Por lo tanto, no se ha configurado causal de nulidad o revocación alguna, de acuerdo a los artículos 10° y 212° del TUO de la Ley N° 27444 y modificatorias, correspondiendo desestimar este extremo del recurso de apelación.

Respecto al supuesto concurso de infracciones

6. En relación a lo indicado en el literal c) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que de acuerdo al Principio de Concurso de Infracciones, regulado en el numeral 6 del artículo 246° del TUO la Ley N° 27444, “cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes”.

Sobre el particular, la administrada refiere que existe una sola conducta que determinó la existencia del módulo ROM de prueba y no dos (02), por lo que solo se le podría imponer una sanción. Al respecto, cabe señalar que efectivamente una conducta determinó la existencia del módulo de prueba (pad de lixiviación) y es la construcción del componente. Sin embargo, ello es diferente e independiente de la conducta de operar el pad que obviamente no es un hecho que ha determinado su existencia, la cual es anterior a la operación. Así las cosas, se trata de dos conductas distintas: “la construcción del pad sin autorización” y “la operación del pad sin autorización”, con independencia de que la administrada hubiera efectuado ambas conductas con el único fin de realizar pruebas (como afirma).



Por lo tanto, la construcción del pad sin contar con la autorización de la DGM constituye infracción al numeral 1.3.1 del Rubro B del Cuadro de Tipificación y la operación del pad sin contar con la autorización configura infracción al numeral 1.3.2 del mismo Cuadro, correspondiendo aplicar las sanciones correspondientes por cada una de ellas.

De lo expuesto, no se verifica vulneración alguna al Principio de Concurso de infracciones, por lo que no se ha configurado causal de nulidad o revocación alguna de la resolución de sanción, de acuerdo a los artículos 10° y 212° del TUO de la Ley N° 27444 y modificatorias correspondiendo desestimar este extremo del recurso de apelación.

Sobre el cálculo de la multa por los incumplimientos a los artículos 37° y 38° del RPM

7. Respecto a la determinación de las sanciones por los incumplimientos N° 2 y 3, los numerales

²² Ley N° 27444, vigente a la fecha de inicio y resolución del procedimiento

“Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

(...)

1.2. Principio del Debido Procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo”.

3.1.1 y 3.1.2 de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG para el cálculo de las multas por la falta de autorizaciones de construcción y funcionamiento establecen que en ningún caso la multa a aplicar resultará inferior al 0.01 del tope de la misma (10000 UIT), considerando que no debe resultar más ventajosa para el infractor que cumplir con las normas establecidas y en ningún caso el resultado de la misma puede incentivar el incumplimiento de realizar actividades sin autorizaciones, de conformidad con lo dispuesto por el Principio de Razonabilidad, regulado en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444²³.



Por lo indicado, en el presente caso si bien se obtuvo la multa 18.36 (dieciocho con treinta y seis centésimas) UIT por el incumplimiento al artículo 37° del RPM y 11.48 (once con cuarenta y ocho centésimas) UIT por el incumplimiento al artículo 38° del RPM, finalmente en la resolución de sanción del 04 de octubre de 2016, se determinó sancionar a SOUTHERN con dos multas de 100 (cien) UIT cada una por dichas infracciones.

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

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



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

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

De lo señalado, en el caso materia de análisis, corresponde aplicar los criterios adoptados por los vocales del TASTEM en la Sesión Plena efectuada el 19 de diciembre de 2016 y los desarrollados en la Resolución N° 292-2016-OS/TASTEM-S2 del 20 de diciembre de 2016 de la Sala 2 del TASTEM.

²³ Ley N° 27444

"Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
(...)

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 (...)"

Al respecto, de la revisión del Anexo de la Resolución N° 2827-2016 y demás actuados del expediente, se verifica que la multa resultante por el incumplimiento al artículo 37° del RPM asciende a 18.36 (dieciocho con treinta y seis centésimas) UIT, por lo que corresponde aplicar dicha sanción, de acuerdo a los criterios citados.



De otro lado, respecto al incumplimiento al artículo 38° del RPM, se verifica en el citado Anexo que la multa resultante asciende a 11.48 (once con cuarenta y ocho centésimas) UIT, por lo que se aplicará la multa de 18.13 (dieciocho con trece centésimas) UIT, al ser la mínima multa disuasiva de conformidad con el Principio de Razonabilidad.

En consecuencia, corresponde reducir las multas impuestas por el incumplimiento al artículo 37° del RPM de 100 (cien) UIT a 18.36 (dieciocho con treinta y seis centésimas) UIT y por el incumplimiento al artículo 38° del RPM de 100 (cien) UIT a 18.13 (dieciocho con trece centésimas) UIT.

Respecto al incumplimiento al inciso h) del artículo 228° del RSSO

8. En relación al incumplimiento N° 1 corresponde indicar que mediante escrito remitido el 30 de setiembre de 2014 la administrada manifestó que ha dispuesto la construcción de una rampa de alivio en la rampa Este del acceso al banco 3565 de la Fase 6-B2, adjuntando dos (02) registros fotográficos (fojas 580 al 583 del Expediente).



Sobre el particular, en la Resolución N° 2827-2016 del 04 de octubre de 2016, la GSM indicó que “teniendo en cuenta que las acciones comunicadas en el levantamiento de observaciones de fecha 30 de setiembre de 2014 (fojas 580) acreditan la subsanación del incumplimiento respecto del supuesto que dio origen a la presente infracción, dichas acciones serán tomadas en cuenta a efectos de graduar la multa (...)”.

Por lo tanto, en virtud a que las acciones realizadas por SOUTHERN han sido consideradas por la GSM como una subsanación del incumplimiento, corresponderá evaluar la responsabilidad de la administrada de acuerdo a las modificatorias a la Ley N° 27444 incorporadas por el Decreto Legislativo N° 1272, publicado con fecha 21 de diciembre de 2016.

Al respecto, el literal f) del numeral 1 del artículo 236-A de la Ley N° 27444, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, establece que 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 constituye una condición eximente de responsabilidad.

En el presente caso, la subsanación del incumplimiento al inciso h) del artículo 228° del RSSO fue realizada con fecha 30 de setiembre de 2014; es decir, con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador el 26 de diciembre de 2014, con la notificación del Oficio N° 1729-2014; por lo tanto, corresponde eximir de responsabilidad a SOUTHERN por el incumplimiento materia de análisis y, en consecuencia, disponer el archivo del procedimiento administrativo sancionador en este extremo.

En atención a lo expuesto, no corresponde emitir pronunciamiento respecto a lo alegado por la recurrente en el literal d) del numeral 2 de la presente resolución.

De conformidad con el numeral 16.1 del artículo 16° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de

OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD, y toda vez que no obra en el expediente administrativo mandato judicial alguno al que este Tribunal deba dar cumplimiento.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por SOUTHERN PERÚ COPPER CORPORATION, SUCURSAL DEL PERÚ, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2827-2016 de fecha 04 de octubre de 2016 y, en consecuencia, confirmar dicha resolución en los extremos de la responsabilidad por los incumplimientos N° 2 y 3.

Artículo 2°.- DETERMINAR de oficio que la multa total queda establecida en 36.49 (treinta y seis con cuarenta y nueve centésimas) UIT, de conformidad con lo indicado en el numeral 7 de la presente resolución.

Artículo 3°.- Disponer el **ARCHIVO** del procedimiento administrativo sancionador en el extremo del incumplimiento N° 1 por la configuración del eximente de responsabilidad establecido en el literal f) del numeral 1) del artículo 236-A de la Ley N° 27444, de conformidad con lo expuesto en el numeral 8 de la presente resolución.

Artículo 4°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Héctor Adrián Chávarry Rojas, José Luis Harnes Bouroncle y Víctor Jesús Revilla Calvo.


HÉCTOR ADRIÁN CHÁVARRY ROJAS
PRESIDENTE (e)