

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 472-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 03 de diciembre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201700009511 que contiene el recurso de apelación interpuesto por MINERA LA ZANJA S.R.L., representada por el señor Guillermo Schoof Angobaldo, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2059-2017 de fecha 20 de noviembre del 2017, mediante la cual se le sancionó por incumplir el Reglamento de Procedimientos Mineros aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución N° 2059-2017 la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a MINERA LA ZANJA S.R.L., en adelante LA ZANJA, con una multa total de 1061.58 (mil sesenta y uno con cincuenta y ocho centésimas) UIT por incumplir el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, en adelante el RPM, conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
<p>Al artículo 37° del RPM.¹</p> <p>En la planta de tratamiento de efluentes cianurados se detectó la instalación de los siguientes equipos sin contar con autorización de construcción de la Dirección General de Minería:</p> <ul style="list-style-type: none">- Ocho (8) tanques agitadores de 3.9 × 4.8m.- Un tanque clarificador de 18.3m de diámetro.- Un filtro prensa de placas horizontal de 1.5 × 1.5 m de 23 placas marca ANDRITZ.- Una bomba de lodos.- Un tanque de almacenamiento de lodos de 4.3 × 4.8 m.- Un equipo de ósmosis inversa de 160 m³/hora e instalaciones complementarias.	<p>Numeral 1.3.1 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD.²</p>	<p>1061.58 UIT</p>

¹Decreto Supremo N° 018-92-EM.

Artículo 37.- Entregados los avisos conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y, de no mediar oposición, la Dirección General de Minería deberá evaluar si la solicitud se adecúa a las normas de seguridad, vivienda, salud, bienestar minero e impacto ambiental y expedir Resolución, en un plazo que no excederá de treinta (30) días hábiles. La Resolución expedida por la Dirección General de Minería que autoriza la construcción de la planta, permitirá al interesado solicitar las servidumbres y expropiaciones que pudieran ser necesarias. 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.

² Resolución N° 286-2010-OS/CD.

Anexo

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 refinarias)

1.3.1 Autorización de construcción

Base legal: Art. 37° del RPM, Art. 18° del TUO LGM y Art. 26° literal

s) del RSSO. Resolución Directoral N° 1073-2008-

MEM-DGM

Multa: Hasta 10,000 UIT.

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- a) Del 23 al 25 de noviembre de 2016, se efectuó una visita de supervisión a la planta de beneficio "La Zanja" de titularidad de LA ZANJA.
 - b) Mediante el Oficio N° 273-2017 notificado a LA ZANJA el 22 de febrero de 2017, que obra a fojas 77 del expediente, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.
 - c) Por escrito presentado el 14 de marzo del 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700009511, LA ZANJA remitió sus descargos y solicitó el uso de la palabra.
 - d) A través del Oficio N° 575-2017-OS-GSM notificado el 27 de septiembre de 2017, se remitió a LA ZANJA el Informe Final de Instrucción N° 1187-2017.
 - e) Por escrito presentado el 04 de octubre de 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700009511, LA ZANJA remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción.
 - f) Con Oficio N° 576-2017-OS-GSM notificado el 27 de septiembre del 2017 se citó a LA ZANJA a la audiencia de informe oral, la cual se llevó a cabo el 5 de octubre del 2017 con la presencia del representante de la citada empresa.
2. Mediante escrito presentado el 13 de diciembre del 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700009511, LA ZANJA interpuso su recurso de apelación contra la Resolución N° 2059-2017, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Con relación a la infracción al artículo 37° del RPM.

- a) LA ZANJA manifiesta que, mediante Resolución N° 578-2009-MEM-DGM/V del 13 de julio del 2009, la Dirección General de Minería autorizó la construcción e instalación de la planta de beneficio "La Zanja" y de sus componentes auxiliares y/o complementarios, no haciendo una descripción detallada de los componentes autorizados ni de la capacidad autorizada en los citados documentos, de modo que el estilo de redacción simple y resumido de emitir informes y resoluciones de la Dirección General de Minería no pueden ser un defecto imputable a la recurrente, ni tampoco la omisión o falta de precisión en el cumplimiento de sus funciones.
- b) Asimismo, señala que antes de que se llevara a cabo la supervisión del 23 al 25 de noviembre del 2016, había solicitado la modificación de su concesión de beneficio (22 de agosto del 2014) a fin de implementar instalaciones adicionales y/o la mejora de procesos, indicando expresamente en la memoria descriptiva que requería ampliar la capacidad del PAD de Lixiviación a 30,000 TMD y la capacidad de la Planta de Tratamiento de Aguas Cianuradas.

Precisa que el componente principal del proceso metalúrgico es el PAD y que la Planta de Tratamiento de Aguas Cianuradas es una instalación de contingencia ante los excesos de agua en el PAD en los periodos de lluvia, que sirve para tratar el agua cargada de contenido de cianuro y nitratos perjudiciales a la salud y al medio ambiente.

Al respecto, OSINERGMIN indica que cuando LA ZANJA solicitó la modificación de su Concesión de Beneficio para incrementar el tonelaje de tratamiento mineral de 22,500 TMSD a 30,000 TMSD, indicó que no sería necesaria la incorporación de equipos adicionales.

No obstante, OSINERGMIN no advirtió que su solicitud de modificación fue ingresada bajo el ítem CM01.BB "Para ampliación de la capacidad instalada (instalaciones adicionales y/o mejora de procesos) sin ampliación de área" del Texto Único de Procedimientos del Ministerio de Energía y Minas, en adelante TUPA del MEM.

Es decir, la recurrente si solicitó la aprobación de instalaciones adicionales conforme a la hoja de trámite y a la memoria descriptiva del proyecto en la que se indica: "(...) la ampliación de capacidad de tratamiento no considera variaciones en el depósito de construcción, depósito de material estéril. Si se considera necesario incrementar la capacidad de la planta de tratamiento de aguas ácidas de San Pedro Sur".

Por consiguiente, dado que en su solicitud señaló que habría instalaciones adicionales y que se incrementaría la capacidad de la planta de tratamiento, lo cual fue evaluado por la DGM sin hacer ninguna observación, debe entenderse que cuando se emitió la autorización de construcción se consideraron las instalaciones auxiliares en adición a la ampliación de la capacidad del PAD.

- c) Por otra parte, en la resolución de sanción se señala que las plantas de beneficio conforman un proceso integral que incluye el tratamiento de efluentes y disposición de desechos.

Al respecto, en el artículo 31° del Decreto Supremo N° 016-93-EM se ha dispuesto que toda concesión de beneficio debe contar con instalaciones apropiadas para el tratamiento de sus residuos líquidos. En el caso de plantas hidrometalúrgicas esta obligación se manifiesta con el proceso de lixiviación.

En tal sentido, la recurrente indica que existe una conexión ineludible, mandataria y proporcional entre las instalaciones metalúrgicas y las instalaciones para el tratamiento de residuos líquidos.

Así pues, los excesos de solución provenientes del crecimiento del PAD hacen necesario el crecimiento de las instalaciones requeridas para el tratamiento de dichos excesos, como es el caso de la Planta de Tratamiento de Efluentes Cianurados de LA ZANJA.³

Ningún técnico de la Dirección General de Minería podría dejar de advertir la conexión que existe entre la ampliación de la capacidad del PAD de lixiviación y de la capacidad de la Planta de Tratamiento de Efluentes Cianurados, y mucho menos dejar de considerar que se deben evaluar y aprobar en conjunto; más aún, cuando así constaba en su solicitud.

³ El proceso de la Planta de Tratamiento de Efluentes Cianurados de la Concesión de Beneficio es la siguiente:

- (i) La solución de la poza de mayores eventos (solución barren) es enviada en primera instancia a unas columnas de carbón con el objeto de absorber los valores Au y Ag presentes además que ayudará a disminuir los valores de los demás metales existentes.
- (ii) Esta solución filtrada ingresa a la planta de tratamiento en donde se adiciona peróxido de hidrógeno H₂O₂ a fin de oxidar el cianuro a cianato el cual se presenta como elemento no tóxico. La reacción se da en los 3 primeros tanques a fin de incrementar el tiempo de residenciación y optimizar los resultados.
- (iii) En el 4to tanque se dosifica Nash a fin de precipitar los metales contenidos en la solución en forma de sulfuros. En el 5to y 6to tanque se adiciona Cloruro férrico (coagulante) y floculante a fin de neutralizar las cargas de las partículas precipitadas y permitir que se unan entre sí, para luego con la ayuda del floculante lograr la aglomeración de estas partículas permitiendo que estas sedimenten más rápido por efecto de la gravedad.
- (iv) Finalmente, esta solución es derivada a una poza de clarificación donde todos los sólidos quedan sedimentados en el fondo de la poza para ser enviados por bombeo a una poza preparada para recibir estos lodos, mientras que la solución clara es enviada a una columna de carbón para darle una filtrada final a la solución reteniendo los sólidos en suspensión que puedan haberse generado, siendo enviada esta agua tratada y filtrada a la poza N° 5 donde finalmente será descargada al medio ambiente.

RESOLUCIÓN N° 472-2018-OS/TASTEM-S2

En efecto, en su solicitud para la ampliación de la capacidad del PAD de lixiviación indicó que se ampliaría la capacidad de la Planta de Tratamiento de Efluentes Cianurados lo que implicaba la construcción de instalaciones adicionales; solicitud que fue aprobada por la DGM mediante Resolución N° 454-2014-MEM-DGM/V del 30 de septiembre de 2014 sin hacer ninguna observación ni recomendación.

Por consiguiente, OSINERGMIN no puede imputarle responsabilidad por defecto de evaluación, redacción o decisión efectuada por la DGM, de considerarse que ello existió.

- d) Ahora bien, demostrada la vinculación que existe entre la capacidad del PAD y la capacidad de la planta de tratamiento de Efluentes Cianurados, se debe determinar su naturaleza como auxiliar o complementaria al PAD de lixiviación.

Cuando se solicita una concesión de beneficio, debe acompañarse, entre otros requisitos, una breve memoria descriptiva de la Planta y sus instalaciones principales, auxiliares y complementarias de acuerdo al formato establecido por la DGM según el artículo 35° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM.

La Planta de Tratamiento de Efluentes Cianurados tiene por finalidad el tratamiento del agua de exceso del PAD, producto de las precipitaciones en temporada de lluvias, para así evitar que se afecte el medio ambiente.

Por consiguiente, si bien es necesaria, no es en estricto parte del proceso metalúrgico, más bien se vincula al PAD de Lixiviación, pero como una función auxiliar o complementaria estacional, pues su objetivo solo se cumple cuando se produce un incremento de lluvias sobre el PAD. Por lo tanto, se encuentra inmersa en el concepto "instalaciones auxiliares y/o complementarias".

Así pues, cuando la Resolución N° 578-2009-MEM-DGM/V del 13 de julio del 2009 aprobó la construcción e instalación de la planta de beneficio "La Zanja" y sus instalaciones auxiliares y/o complementarias, efectivamente aprobó la construcción de la Planta de Tratamiento de Efluentes Cianurados como parte de las instalaciones auxiliares y/o complementarias.

Por ende, no se puede desconocer el carácter auxiliar o complementario de las referidas instalaciones.

Por otro lado, indica que en el Informe N° 328-2014-MEM-DGM-DTM/PB y en la Resolución N° 0454-2014-MEM-DGM/V, que recomienda y aprueba respectivamente la construcción del proyecto de ampliación del PAD de Lixiviación San Pedro Sur, no se hace ninguna observación.

Entonces, dado que los equipos materia de imputación son instalaciones auxiliares, el trámite que siguió según el TUPA del MEM fue el correcto y adjuntó la memoria técnica en la que indicó que no requeriría instalar equipos adicionales, pero que se consideraba necesario incrementar la capacidad de la planta de tratamiento de aguas ácidas de San Pedro Sur.

De acuerdo al artículo 37° del RPM, la DGM debía evaluar si la solicitud se adecuaba a las normas de seguridad, vivienda, salud, bienestar minero e impacto ambiental; no obstante, no realizó ninguna observación, ni hizo salvedad alguna respecto de las instalaciones correspondientes a la ampliación anunciada.

En todo caso, si la DGM consideraba que la ampliación de la planta era una cuestión distinta al asunto principal (ampliación del PAD), debió indicarlo en la resolución que emitió para que la recurrente impugne el acto de ser el caso.



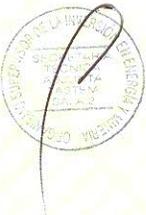
Por otro lado, de acuerdo al artículo 9° de la Ley N° 27444, todo acto administrativo se considera válido en tanto su nulidad no sea declarada por la autoridad administrativa o jurisdiccional; por consiguiente, la autorización de construcción que emitió la DGM en donde se incluyeron las instalaciones auxiliares tiene presunción de validez, lo cual no puede ser desconocido por OSINERGMIN.

Además, de acuerdo al numeral 9 del artículo 246° de la Ley N° 27444, las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

En el presente caso, OSINERGMIN pretende interpretar la autorización de construcción emitida por la DGM, cuando la autoridad competente no distinguió, excluyó ni condicionó dicha autorización de forma alguna; lo cual causaría un estado de inseguridad jurídica al administrado, al no tener la certeza que lo que aprueba la DGM es correcto.

Eximentes de responsabilidad.

- e) De acuerdo a los literales b) y e) del artículo 255° del TUO de la Ley N° 27444 son eximentes de responsabilidad por la comisión de la infracción administrativa, entre otras: (i) Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo de defensa; y, (ii) El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confuso o ilegal.



En tal sentido, indica que dado que la DGM no realizó ninguna observación en la resolución que autorizó la construcción de ampliación del PAD de lixiviación, la recurrente asumió que incluía todo lo solicitado. De no considerarse así la disposición administrativa, habría sido confusa por lo que corresponde aplicarle el eximente de responsabilidad antes citado.

Asimismo, señala que su actuación se enmarcó en estricto incumplimiento de un deber legal, toda vez que la instalación de los equipos obedece a la necesidad de proteger el medio ambiente.

Por lo tanto, corresponde archivar el procedimiento, pues no resultaría razonable que hubiese ampliado su capacidad instalada a 30,000 TMD sin que incrementara de manera proporcional las instalaciones y equipos que componen la Planta de Tratamiento de Efluentes Cianurados.

Además, manifiesta que por razones ambientales y legales no se pudo haber ignorado que al ampliarse la capacidad del PAD de Lixiviación también se debía ampliar la capacidad de la Planta de Tratamiento de Efluentes Cianurados en la misma proporción, lo cual solicitó y fue aprobado por la DGM sin hacer ninguna observación.

En ese sentido, dado que OSINERGMIN ha concluido en ciertas ocasiones que el administrado puede realizar una conducta haciendo primar la seguridad de los trabajadores, se debe aplicar este criterio en el presente caso.

Sobre la vulneración del Principio de Tipicidad.

- f) De acuerdo al numeral 4 del artículo 256° del TUO de la Ley N° 27444, 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.



Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS-CD, se aprobó el cuadro de tipificación de infracciones y escala de multas y sanciones de seguridad y salud ocupacional para las actividades mineras. En el numeral 1.3.1 del Rubro B de dicha resolución se encuentra tipificada la infracción relacionada a no contar con autorización de construcción, teniendo como base legal una única norma con rango legal que es el artículo 18° del TUO de la Ley General de Minería.

Así, en el primer párrafo del artículo 18° del TUO de la Ley General de Minería se establecen los derechos que adquiere el titular minero de una concesión de beneficio y en el segundo párrafo del citado artículo se establecen las pautas que deben seguir los productores mineros artesanales para obtener una autorización emitida por la Dirección General de Minería a fin de contar con una concesión de beneficio.

En dicho contexto, indica que si bien de acuerdo al artículo 1° de la Ley N° 27699, el Consejo Directivo de OSINERGMIN puede tipificar hechos y omisiones que configura infracciones administrativas, así como aprobar la escala de multas y sanciones, de acuerdo al Principio de Tipicidad la obligación incumplida debe provenir de una norma con rango legal.



En todo caso, no se puede imponer una sanción respecto de una conducta que no se encuentre tipificada de manera explícita y taxativa, en la norma presuntamente infringida.

Además, una norma que restringe derechos e impone sanciones no se puede aplicar por analogía. La norma legal debe describir específica y taxativamente todos los elementos de la conducta sancionable que permita a cualquier ciudadano de formación básica comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo y que podría ameritar la imposición de una sanción.

En el presente caso, se le ha imputado a la recurrente la infracción al artículo 37° del RPM. De la lectura del citado artículo se advierte que la obligación contenida está referida a la expedición de la autorización de construcción de la Planta de Beneficio, es decir del componente principal que en este caso es el PAD de Lixiviación con lo cual cuenta la recurrente.

En relación a los componentes auxiliares o complementarios, no necesitan estar enumerados al momento de su aprobación, al estar comprendidos en el expediente materia de evaluación por la DGM. Resulta inviable confeccionar un informe que describa un sin número de elementos, encontrándose permitido el empleo de conceptos genéricos siempre que su concreción sea razonablemente factible como en el caso de las obras auxiliares y complementarias.

Por ende, al no existir una tipificación para la conducta supuestamente infringida, corresponde revocar lo resuelto por la GSM y archivar el PAS.

Respecto al cálculo de la multa.



g) Indica que de acuerdo a la Resolución N° 256-2013-OS-GG que aprobó los criterios para la aplicación de sanciones por falta de autorización de construcción y funcionamiento en concesiones de beneficio, se tiene que la fórmula para el cálculo de una multa comprende lo siguiente:

- (i) Valor de las inversiones necesarias para ejecutar el proyecto de construcción (VI). En el presente caso de acuerdo a OSINERGMIN es USD 4,547,987.29 lo que a la fecha de la comisión de la infracción equivaldría a PEN 13,024,581.53.
- (ii) El valor base, que se obtiene comparando el valor de inversiones con el valor tope de multa. En el presente caso es PEN 13,024,581.53.
- (iii) 1% de ventas del ejercicio fiscal inmediato anterior. Lo que resulta en PEN 5,962,039.39.
- (iv) Valor M, que equivale al 0.30 de PEN 13,024,581.53 que es igual a PEN 3,907,374.46. Obtenido el factor M se le aplica la reincidencia que en este caso equivale a 1.075.

Ahora bien, señala que solo los criterios descritos en la mencionada resolución le deben ser aplicados y no otros criterios adicionales que no están incluidos como el costo de servicios no vinculados a la supervisión.

Asimismo, en cuanto al factor de reincidencia, la Resolución N° 2630-2016 a que hace referencia OSINERGMIN para acreditarla se encuentra actualmente en proceso de apelación elevada al TASTEM el 14 de octubre del 2017.



En la resolución de sanción se indica que, al haberse presentado al MINEM la ampliación de capacidad instalada de la planta de beneficio "La Zanja" de 30 000 TM/día a 36 000 TM/día, la que incluyó la capacidad máxima de 300 m³/h para la Planta de Tratamiento de Efluentes Cianurados, este hecho se debe considerar como factor atenuante en el cálculo de la multa.

En dicho contexto, solicita que se consideren estos aspectos al momento de realizar el cálculo de la multa.

h) De acuerdo al Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima regulado en el numeral 1.15 del artículo IV de la Ley N° 27444, las autoridades deben entregar información cierta, completa y confiable a los administrados con el objeto de no exista incertidumbre.

Este Principio constituye el reflejo del Principio de Seguridad Jurídica el cual ha sido calificado por el Tribunal Constitucional como un principio consustancial al Estado Constitucional de Derecho que se concretiza a través de distintas disposiciones constitucionales como en los parágrafos a) y d), inciso 24 del artículo 2°.

En el presente caso, se tiene que se habría vulnerado este principio debido a que no existe sustento para validar la propuesta y criterios de gradualidad utilizados al calcular la multa; además estos criterios debieron encontrarse disponibles al momento del inicio del procedimiento sancionador.

De acuerdo al inciso 3 del artículo 252° de la Ley N° 27444, se debe notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales

RESOLUCIÓN N° 472-2018-OS/TASTEM-S2

hechos puedan constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, entre otros.



- i) De conformidad con los lineamientos resolutivos generales aprobados por Resolución de Sala Plena del TASTEM N° 001-2013-OS/STOR-TASTEM, para determinar el monto de la multa de acuerdo al Principio de Razonabilidad corresponde aplicar criterios de graduación como la intencionalidad que consiste en determinar si existió o no intención en la conducta del infractor.

Para aplicar el factor de intencionalidad en el cálculo de la multa se debe tener certeza que la conducta infractora realizada por el administrado es dolosa; asimismo se deberían actuar medios de prueba que acrediten que se le requirió al administrado que diera cumplimiento a la obligación y que no obstante ello, continuó realizando la conducta infractora.

En el presente caso, se tiene que OSINERGMIN no ha acreditado que la recurrente actuó de forma dolosa, más aún si tiene un expediente aprobado por la DGM, lo que demuestra que siempre tuvo una actitud de cumplir con sus deberes legales y ambientales al incluir la ampliación de la Planta de Tratamiento de Efluentes Cianurados en el expediente de modificación de Concesión de Beneficio.

Por lo que se debe considerar aplicar este lineamiento al momento del cálculo de la multa.

Respecto a la ampliación de sus argumentos de apelación y al uso de la palabra.

- j) De acuerdo a lo dispuesto en el numeral 170.1 del artículo 170° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, se reserva su derecho a ampliar los argumentos expuestos en su recurso de apelación.

De conformidad con el artículo 33° de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD, solicita se le conceda el uso de la palabra.

3. A través del Memorándum N° GSM-513-2017, recibido con fecha 28 de diciembre de 2017, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Con relación a la infracción al artículo 37° del RPM.

4. Con relación a lo señalado en los literales a), b), c), d), e) y f) del numeral 2 de la presente resolución, conviene anotar que según lo dispuesto en el artículo 37° del RPM, en concordancia con el procedimiento regulado en el numeral 40 del T.U.P.A. del M.E.M. aprobado por Decreto Supremo N° 038-2014-EM, aplicable al presente caso por encontrarse vigente a la fecha de la supervisión realizada en las instalaciones de la recurrente; para realizar actividades de construcción en concesiones de beneficio, los titulares mineros deben contar con autorización de construcción emitida por la DGM⁴.

⁴ Decreto Supremo N° 038-2014-EM
TUPA del MEM
40. OTORGAMIENTO, MODIFICACIÓN Y OPOSICIÓN DE CONCESIÓN DE BENEFICIO
(...)
CASO B:
MODIFICACIÓN DE CONCESIÓN DE BENEFICIO
Base Legal: (...)

Al respecto, conviene anotar que dicha autorización se emite tanto en los procedimientos de otorgamiento de concesiones de beneficio, tratándose de actividades de construcción para la instalación de una nueva planta de procesamiento; así como en los de modificación de tales derechos mineros, cuando las actividades de construcción se relacionan con la ampliación del área para la instalación y/o construcción de componentes (depósito de relaves y/o PAD de lixiviación), incremento de capacidad instalada (instalación de componentes adicionales y/o mejora de procesos) e instalaciones adicionales sin modificar la capacidad instalada y la ampliación del área.

Junto a lo anterior, es preciso resaltar que uno de los requisitos que debe presentar el interesado a efectos de que sea evaluado por la DGM antes de la emisión de la referida autorización (en el presente caso para la modificación de la concesión de beneficio), es la memoria descriptiva del proyecto, según lo dispuesto en el numeral 40 del T.U.P.A. del M.E.M. aprobado por Decreto Supremo N° 038-2014-EM.⁵

En dicha memoria descriptiva se debe informar a la DGM sobre los componentes que serán instalados para la modificación de la concesión de beneficio, es decir, tanto los principales, auxiliares, como complementarios; dado que luego de la evaluación correspondiente, de ser favorable, la autorización de construcción sólo comprende aquellas instalaciones declaradas y presentadas como tales.

En dicho contexto, se tiene que mediante Resolución N° 578-2009-MEM-DGM/V del 13 de julio del 2009 sustentada en el Informe N° 183-2009-MEM-DGM-DTM/PB, obrantes de fojas 15 a 16 del expediente, se autorizó la construcción de la planta de beneficio "La Zanja" y sus instalaciones auxiliares y/o complementarias a la capacidad de 15,000 TM/día, que incluyó la construcción de la planta de tratamiento de efluentes cianurados.

-D.S. N° 018-92-EM (Art. 35, 36, 37 y 38 del Reglamento y sus modificatorias) (08-09- 1992) (...)

B.1. PARA AMPLIACIÓN DE CAPACIDAD INSTALADA O INSTALACIÓN Y/O CONSTRUCCIÓN DE COMPONENTES, QUE IMPLIQUEN NUEVAS ÁREAS (INCLUYE DEPÓSITOS DE RELAVES Y/O PLATAFORMAS (PAD) DE LIXIVIACIÓN)

Nota: Para el presente procedimiento se tienen 3 etapas:

- Evaluación de la solicitud y publicación del aviso.
- Autorización de construcción.
- Inspección de verificación, otorgamiento del título de ampliación de área y autorización de funcionamiento.

B.2. PARA AMPLIACIÓN DE LA CAPACIDAD INSTALADA (INSTALACIONES Y/O CONSTRUCCIÓN DE COMPONENTES ADICIONALES Y/O MEJORA DE PROCESOS) SIN AMPLIACIÓN DE ÁREA

Nota: En el procedimiento ordinario para la ampliación de la capacidad instalada de una concesión de beneficio, se tiene dos etapas:

- Evaluación de la solicitud y la autorización de construcción.
- Inspección de verificación y la autorización de funcionamiento.

B.3. PARA INSTALACIONES ADICIONALES SIN MODIFICAR LA CAPACIDAD INSTALADA APROBADA Y SIN AMPLIACIÓN DE ÁREA

Nota: En el procedimiento ordinario para las instalaciones adicionales sin modificar la capacidad instalada de una concesión de beneficio se tiene dos etapas:

- Evaluación de la solicitud y la autorización de construcción.
- Inspección de verificación y la autorización de funcionamiento de estas instalaciones (el informe de inspección debe ser favorable).

⁵ Decreto Supremo N° 038-2014-EM.

TUPA del MEM

40. OTORGAMIENTO, MODIFICACIÓN Y OPOSICIÓN DE CONCESIÓN DE BENEFICIO.

(...)

CASO B:

MODIFICACIÓN DE CONCESIÓN DE BENEFICIO

B.2 PARA AMPLIACIÓN DE LA CAPACIDAD INSTALADA (INSTALACIONES Y/O CONSTRUCCIÓN DE COMPONENTES ADICIONALES Y/O MEJORA DE PROCESOS) SIN AMPLIACIÓN DE ÁREA:

8. Completar el formulario electrónico vía extranet.

9. Memoria descriptiva del proyecto, indicando plazo de ejecución (balance metalúrgico y flujogramas).

10. Indicar el número de la resolución de aprobación del instrumento de gestión ambiental.

11. Licencia adicional de uso de aguas expedida por la autoridad competente en caso se requiera.

12. Recibo de pago por derecho de vigencia. (subrayado y negrita agregados)

Posteriormente, mediante Resolución N° 193-2012-MEM-DGM/V del 11 de junio del 2012 sustentada en el Informe N° 200-2012-MEM-DGM-DTM/PB, obrantes de fojas 15 reverso a 18 del expediente, se autoriza la ampliación de la capacidad instalada de la concesión de beneficio "La Zanja" de 15,000 a 22,500 TM/día y la optimización de procesos.



En la "Memoria descriptiva de la ampliación de capacidad de planta de tratamiento metalúrgico de 15,000 a 22,500 TMSD", obrante de fojas 29 a 53 del expediente, se describen los equipos que conforman la planta de tratamiento de efluentes cianurados que son: Un tanque de almacenamiento de peróxido de hidrógeno (3m×4m), un tanque de almacenamiento de ácido sulfúrico (3.4m×4m), un tanque de preparación de sulfhidrato de sodio (1.5m×1.5m), un tanque de preparación de cloruro férrico (1.2m×1.2m), un tanque de preparación de floculante (1.2m×1.2m), cuatro tanques de 3.8m de diámetro x 4.5 m de altura (para neutralización de cianuro de sodio, de mercurio y arsénico y uno de floculación), una bomba de lodos ubicada en la poza de clarificación y dos bombas sumergibles, una operativa y otra en stand by.

No obstante, se tiene que según el numeral 1 de la sección "Hechos constatados" del Acta de Supervisión de fecha 25 de noviembre del 2016, obrante a fojas 4 del expediente, en concordancia con los videos N° 1, 2 y 3, obrantes a fojas 75 del expediente, y con las fotos N° 4 al 13, obrante de fojas 9 al 14 del expediente, durante la supervisión realizada del 23 al 25 de noviembre del 2016 en la concesión de beneficio "La Zanja" se constató lo siguiente:⁶

"ampliación del sistema de tratamiento de efluentes de soluciones con contenido de cianuro de la "Planta de Procesos La Zanja" de 100m³/hora a 300m³/hora con la instalación de ocho tanques agitadores de 3.9 x 4.8m, un tanque clarificador de 18.3m de diámetro, un filtro prensa de placas horizontal de 1.5 x 1.5 m de 23 placas marca ANDRITZ, dos (02) bombas para bombeo de solución, dos (02) bombas para bombeo de lodos, un tanque de almacenamiento de lodos de 4.3 x 4.8m, equipo de ósmosis inversa de 160 m³/hora e instalaciones complementarias. Equipos instalados sin autorización de construcción y funcionamiento".



De acuerdo a los documentos citados, se tiene que LA ZANJA habría instalado en la Planta de Tratamiento de Efluentes Cianurados, equipos que no estaban contemplados en la "Memoria descriptiva de la ampliación de capacidad de planta de tratamiento metalúrgico de 15,000 a 22,500 TMSD"; los cuales son: ocho tanques agitadores de 3.9 x 4.8m, un tanque clarificador de 18.3m de diámetro, un filtro prensa de placas horizontal de 1.5 x 1.5 m de 23 placas marca ANDRITZ, una bomba de lodos, un tanque de almacenamiento de lodos de 4.3 x 4.8m y un equipo de ósmosis inversa de 160 m³/hora e instalaciones complementarias.

En tal sentido, se advierte que dichos equipos no contaban con una autorización para su construcción la cual debía ser emitida por la Dirección General de Minería. Por lo tanto, se habría incumplido la obligación contenida en el artículo 37° del RPM.

⁶ Mediante el Acta de recomendación de fecha 25 de noviembre del 2016, obrante a fojas 07 del expediente, se recomendó a LA ZANJA solicitar la autorización de construcción y funcionamiento del sistema de tratamiento de efluentes de soluciones con contenido de cianuro de la "Planta de Procesos La Zanja" de 100m³/hora a 300m³/hora en la concesión de beneficio "La Zanja", con la instalación de los equipos antes mencionados.

En atención a ello, LA ZANJA el 17 de febrero del 2017 mediante el sistema extranet solicitó a la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas la modificación de la Concesión de Beneficio "La Zanja" para la ampliación de la capacidad de la planta de tratamiento de efluentes de 100 a 300m³/h, sin modificar el área y capacidad de la concesión.

Dicha solicitud fue declarada improcedente mediante Resolución N° 0193-2017-MEM-DGM/V del 2 de marzo del 2017 sustentada en el Informe N° 066-2017-MEM-DGM/DTM/PB, obrantes de fojas 330 a 331 del expediente, dado que el proyecto no se encontraba sustentado ambientalmente.



Al respecto, la recurrente manifiesta que, mediante Resolución N° 454-2014-MEM-DGM/V del 30 de septiembre de 2014, se autorizó la construcción del proyecto de ampliación del PAD de Lixiviación San Pedro Sur e instalaciones auxiliares a una capacidad instalada de 30,000 TM/día; y, dado que la planta de tratamiento de efluentes cianurados es un componente auxiliar del PAD, también se habría autorizado la ampliación de su capacidad.

Además, en el proyecto para la ampliación del PAD de Lixiviación que fue aprobado por la DGM indicó que se incrementaría la capacidad de la planta de tratamiento (ello incluiría la instalación de equipos) y sobre ello, la DGM no realizó ninguna observación al respecto, ni en la resolución de autorización, ni en el informe en que se sustentó dicha resolución.

Sobre el particular, cabe reiterar que en la memoria descriptiva del proyecto se debe indicar los componentes principales, auxiliares, como complementarios que se desee incorporar; dado que luego de la evaluación correspondiente, de ser favorable, se emitirá la autorización de construcción para los componentes que se hayan contemplado en dicho documento.

De la revisión del proyecto al que hace referencia la apelante, obrante de fojas 54 a 72 del expediente, en el cual se contempló la ampliación de capacidad de tratamiento de minerales de 22,500 a 30,000 TMSD, se advierte que si bien se indicó que se incrementaría la capacidad de la planta de tratamiento, no se hace alusión a ninguno de los equipos que son materia de imputación; más bien se señala que para realizar los cambios dentro del proceso de beneficio no se requerirá instalar equipos adicionales.⁷

En tal sentido, la autorización de construcción para la ampliación de la capacidad del Pad Lixiviación emitida por la DGM solo comprendía todas aquellas instalaciones descritas en la memoria técnica en la cual no se encontraban los equipos materia de imputación.

En todo caso, si la recurrente consideraba que al incrementarse la capacidad del PAD de Lixiviación se incrementaría la capacidad de la planta de tratamiento para lo cual se debía instalar nuevos equipos, debió especificarlo en la memoria técnica del proyecto para su correspondiente evaluación y posterior aprobación por la DGM lo cual no realizó.

De otro lado, si bien en la Resolución N° 454-2014-MEM-DGM/V que aprobó la construcción del proyecto de ampliación del PAD de Lixiviación San Pedro Sur y en el informe que se sustentó no se especifican todos los componentes del proyecto, tal como se señaló en los párrafos precedentes, estos se especifican en la memoria técnica del proyecto que es aprobada por la DGM.

Por consiguiente, dicha resolución no es confusa como señala la apelante, ya que todo lo que habría autorizado se encuentra en la memoria técnica del proyecto, por lo que no cabe aplicar el eximente de responsabilidad a que se hace referencia.

⁷ "(...)"

1.0 Resumen Ejecutivo

Minera La Zanja S.R.L., debido al incremento de sus reservas de mineral ha planificado incrementar el tonelaje de tratamiento de mineral de 22,500 TMSD a 30,000 TMSD, buscando aprovechar con mayor eficiencia el recurso mineral y la capacidad disponible de los equipos actuales de la planta de ADR y la planta Merrill Crowe dentro de la concesión de beneficio vigente, para lo cual, no será necesario la incorporación de equipos adicionales. (...)

La ampliación de capacidad de tratamiento no considera variaciones en el depósito de construcción, depósito de material estéril. Si se considera necesario incrementar la capacidad de la planta de tratamiento de aguas ácidas de San Pedro Sur. (...)

3.0 Descripción del proyecto a 30,000 TMD

A continuación, se describen los cambios a ejecutarse dentro del proceso de beneficio, cabe resaltar que no se requerirá instalar equipos adicionales. (...)"

En atención a lo expuesto, corresponde desestimar estos extremos de la apelación.

En cuanto a la vulneración del Principio de Tipicidad.

5. Respecto a lo señalado en el literal g) del numeral 2 de la presente resolución, se tiene que de acuerdo al Principio de Legalidad regulado en el numeral 1 del artículo 230° de la Ley N° 27444, 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 libertad⁸.

Por su parte, el Principio de Tipicidad regulado en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, establece que 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 reglamentaria⁹.

Ahora bien, de acuerdo a 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, los Organismos Reguladores cuentan -entre otros- con la función normativa, que les faculta a dictar reglamentos que regulen los procedimientos a su cargo; así como la función fiscalizadora y sancionadora, que les autoriza a imponer sanciones por el incumplimiento de las obligaciones legales y técnicas en el ámbito de su competencia¹⁰.

A su vez, el artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG), dispone que el OSINERGMIN se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, así como a graduar las sanciones aplicables¹¹.

⁸ Ley N° 27444.

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

Artículo 230. 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.

⁹ Ley N° 27444.

Artículo 230. Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

4. Tipicidad. - Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria (...)

¹⁰ 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;



Bajo este marco legal, mediante Resolución N° 286-2010-OS/CD, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 29 de diciembre de 2010, se aprobó la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las actividades mineras; con la previsión de las conductas constitutivas de infracción administrativa en el ámbito de las actividades mineras de competencia del OSINERGMIN, así como las sanciones aplicables a cada una de estas.

Ahora bien, sobre el particular debe advertirse que se le imputó a la apelante la infracción tipificada en el numeral 1.3.1 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD, que indica lo siguiente:

"Resolución N° 286-2010-OS/CD.

Anexo

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)

1.3.1 Autorización de construcción

Base legal: Art. 37° del RPM (...)"

Como puede advertirse de la norma transcrita, el ilícito administrativo imputado a LA ZANJA se configura por incumplimiento de las normas técnicas que regulan, entre otras, las actividades de construcción en concesiones de beneficio; dentro de las cuales se encuentra el artículo 37° del RPM, que establece la obligación de contar con autorización de construcción emitida por la DGM del MEM antes de realizar actividades de instalación, implementación de equipos o construcción de componentes en concesiones de beneficio, conforme se ha explicado en el numeral 4 de la presente resolución.



Por lo anterior, el ilícito tipificado en el numeral 1.3.1 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD se configura por incumplimiento del artículo 37° del RPM en aquellos casos en que los titulares mineros realizan actividades de instalación, implementación de equipos o construcción de componentes mineros en sus concesiones de beneficios sin contar con la autorización de construcción emitida por autoridad sectorial competente como ocurrió en el presente caso, dado que a la fecha de la supervisión LA ZANJA no contaba con dicha autorización para instalar ocho (8) tanques agitadores de 3.9 x 4.8m, un tanque clarificador de 18.3m de diámetro, un filtro prensa de placas horizontal de 1.5 x 1.5 m de 23 placas marca ANDRITZ, una bomba de lodos, un tanque de almacenamiento de lodos de 4.3 x 4.8 m y un equipo de ósmosis inversa de 160 m³/hora e instalaciones complementarias en la Planta de Tratamiento de Efluentes Cianurados.

¹¹ 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.

En este contexto, se verifica que la infracción imputada fue tipificada en ejercicio de las atribuciones conferidas al OSINERGMIN por norma con rango de ley. Asimismo, el supuesto de hecho, así como la obligación cuyo incumplimiento le sirve de base legal, contienen una descripción clara y de fácil comprensión; y los hechos imputados se adecúan a la descripción típica del ilícito sancionado, por lo que no se ha producido vulneración alguna al Principio de Tipicidad.

Sobre el cálculo de la multa.

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

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

Al respecto, Morón Urbina (2009) sostiene que la determinación y graduación de las sanciones administrativas aplicables al interior de los procedimientos administrativos sancionadores, bajo determinados parámetros claramente definidos por el Principio de Razonabilidad, se encuentra dentro del ámbito de la potestad discrecional con que cuenta la administración, con el propósito de individualizar, en un caso específico, la consecuencia jurídica aplicable una vez verificada la comisión de la infracción administrativa¹².

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

En el presente procedimiento se imputó a LA ZANJA la infracción tipificada en el numeral 1.3.1 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD, la cual establece

¹² MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador". Lima: Gaceta Jurídica, Octava Edición, 2009. Páginas 693 a 696.

En efecto, sobre la aplicación del Principio de Razonabilidad, el referido jurista nacional explica lo siguiente:

"(...) cuando la ley autoriza a una autoridad pública la aplicación de sanciones administrativas le apodera de una competencia marcadamente discrecional que se trasunta en el margen de apreciación subjetiva que tiene para poder tipificar la conducta incurrida, en determinar las pruebas necesarias, en la valoración de las circunstancias agravantes y atenuantes alrededor de la infracción y en la elección de la sanción a aplicarse, dentro del catálogo de sanciones habilitadas por la normativa (...)"

Recordemos que las normas sancionadoras suelen calificar que un determinado ilícito sea posible de aplicarse una sanción determinada (por Ej. Multa o suspensión de derechos) pero delimita sus posibles alcances estableciendo rangos mínimos y máximos para cada tipo de infracción (...) con estos rangos dosifica los mínimos y máximos punitivos, según se trate de infracciones leves, graves y más graves. No obstante, dentro de estos linderos, la Administración preserva un nivel de discrecionalidad para elegir la cuantía de la sanción aplicable (...)"

(Subrayado agregado)

como sanción aplicable una multa de hasta 10,000 UIT.

En tal sentido, a efectos de determinar y graduar la sanción dentro de dicho tope máximo, la GSM aplicó la mencionada Resolución N° 256-2013-OS/GG, cuyo contenido dispone la observancia de todos y cada uno de los criterios de graduación comprendidos en el Principio de Razonabilidad, mencionado al inicio del presente numeral.

Por consiguiente, no se habría vulnerado el Principio de Predictibilidad ya que los criterios para graduar la multa en el presente caso se encontraban contemplados en la Ley N° 27444 y en la Resolución N° 256-2013-OS/GG los cuales eran de pleno de conocimiento de la recurrente.

Ahora bien, considerando que LA ZANJA solo ha cuestionado la aplicación de los factores de reincidencia, circunstancias de la comisión de la infracción, la intencionalidad en la conducta infractora y los costos de servicios no vinculados a la supervisión, en aplicación del Principio de Congruencia Procesal, este Tribunal Administrativo sólo emitirá pronunciamiento sobre dichos aspectos¹³.

Con relación a la reincidencia se tiene que de acuerdo al artículo 246° de la Ley N° 27444 se considera este factor si el infractor ha cometido la misma infracción dentro del plazo de un año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción. Según la Resolución N° 256-2013-OS/GG si el infractor es reincidente se le aplicará el factor de (7.5) y si no es reincidente se le aplicará el factor de (-5).

Ahora bien, mediante Resolución de Gerencia de Supervisión N° 2630-2016 del 13 de septiembre del 2016 se le sancionó a LA ZANJA por infringir los artículos 37° y 38° del RPM habiendo apelado la resolución el 06 de octubre del 2016; no obstante, el 07 de octubre del 2016 presentó un escrito desistiendo de su apelación con respecto a la infracción al artículo 37° del RPM pagando la multa impuesta.

Según el numeral 199.2 del artículo 199° de la Ley N° 27444 si el administrado se desiste de su recurso administrativo antes de que se notifique la resolución final en la instancia respectiva, la resolución impugnada queda firme debido a que se produce el consentimiento total con la decisión.¹⁴

¹³ En atención al Principio de Congruencia Procesal, que forma parte del Principio de Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, los pronunciamientos de las entidades deben guardar relación con aquello que es materia de controversia dentro del procedimiento.

Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Título Preliminar

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

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

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

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

¹⁴ Ley N° 27444.

"Artículo 199". -Desistimiento de actos y recursos administrativos. (...)

199.2. Puede desistirse de un recurso administrativo antes de que se notifique la resolución final en la instancia, determinando que la resolución impugnada quede firme, salvo que otros administrados se hayan adherido al recurso, en cuyo caso sólo tendrá efecto para quien lo formuló."

MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador". Lima: Gaceta Jurídica, Décimo segunda edición, octubre 2017. Página 199.

El desistimiento de un recurso impugnativo ya interpuesto por el administrado es un caso singular de desistimiento de acto procesal que, como todos los de su



En tal sentido, se tiene que la Resolución de Gerencia de Supervisión N° 2630-2016 quedó firme el 07 de octubre del 2016 con respecto a la infracción al artículo 37° del RPM y dado que en el presente caso la infracción es la misma y se habría detectado en la supervisión realizada del 23 al 25 de noviembre del 2016 LA ZANJA es reincidente, por lo que corresponde aplicar el factor de (7.5) en el cálculo de la multa lo cual realizó la GSM en la resolución impugnada. (subrayado agregado)

Con respecto a las circunstancias de la comisión de la infracción en la Resolución N° 256-2013-OS/GG se ha establecido específicamente como se aplica este factor en caso de cometerse la presente infracción:

Circunstancia de la comisión de la infracción	Gradualidad sobre el Valor Base
a) Autorización solicitada antes de iniciada la supervisión, aprobada antes de la emisión de la resolución sancionadora de primera instancia.	M = 0.05(Q1), si $0.05(Q1) \leq 0.01VV$ M = 0.01VV, si $0.05(Q1) > 0.01VV$
b) Autorización solicitada antes de iniciada la supervisión, que no es aprobada hasta antes de la emisión de la resolución sancionadora de primera instancia.	M = 0.15(Q1), si $0.15(Q1) \leq 0.01VV$ M = 0.01VV, si $0.15(Q1) > 0.01VV$
c) Autorización solicitada después de iniciada la supervisión y hasta antes de la emisión de la resolución sancionadora de primera instancia.	M = 0.30(Q1), si $0.30(Q1) \leq 0.01VV$ M = 0.01VV, si $0.30(Q1) > 0.01VV$



En el presente caso la supervisión se habría realizado del 23 al 25 de noviembre del 2016 y la resolución de sanción se emitió el 20 de noviembre del 2017. La recurrente inició un procedimiento de modificación de su concesión de beneficio el 13 de julio del 2017 que incluye la capacidad máxima de 300m³/h para la planta de efluentes de procesos.

En tal sentido, dado que LA ZANJA ha solicitado la autorización después de iniciada la supervisión, la GSM aplicó el atenuante regulado en el literal c) del cuadro precedente al momento de calcular la multa.

En efecto, de la revisión de la resolución de sanción se advierte que la GSM calculó el 0.30 de Q1 que es igual a 3,994,912.57 y el 0.01 de VV que es igual a 5,962,039.39 y comparando ambos valores escogió el menor para establecer la multa.

Respecto al criterio referido a la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor, es preciso indicar que de acuerdo al numeral 23.1 del artículo 23° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD en concordancia con el artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del OSINERGMIN¹⁵, en el marco

especie, afecta única y exclusivamente a la persona que lo presenta y tiene como exclusivo propósito que la decisión de la autoridad adquiera firmeza.

Lo relevante del desistimiento del recurso es que al retirarse del mundo jurídico la voluntad impugnativa que se puso de manifiesto al interponerse aquel se produce el consentimiento total con la decisión. En ese sentido, el desistimiento del recurso presentado tiene por efecto concluir el procedimiento administrativo respectivo, pero no propiamente por el acto procesal del desistimiento, sino porque es el efecto natural de la resolución administrativa que ahora adquiere firmeza.

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

"Artículo 23°. - Determinación de responsabilidad.

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

Ley N° 27699

Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Osinergmin

"Artículo 1.- Facultad de Tipificación

Toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia del OSINERG constituye infracción sancionable. Sin perjuicio de lo mencionado en el párrafo anterior, el Consejo Directivo del OSINERG se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones

de los procedimientos sancionadores a cargo de este Organismo, la responsabilidad administrativa es objetiva. En tal sentido, en el presente caso no corresponde evaluar la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor, sino que basta con que se constate el incumplimiento de la obligación normativa para determinar su responsabilidad administrativa.

De otro lado, el criterio de “costo por servicios no vinculados a lo supervisión” se sustenta en el Principio de Razonabilidad citado al disponer que “las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción”.

Sin embargo, si bien es un criterio que se ha venido utilizando para darle carácter disuasivo a las multas bajas que no desincentivarían las conductas ilícitas, se verifica que en el presente caso se le habría impuesto a LA ZANJA una multa de 1061.58 (mil sesenta y uno con cincuenta y ocho centésimas) UIT por lo que no corresponde aplicar dicho criterio para el presente caso.

En consecuencia, corresponde recalcular la multa impuesta excluyendo dicho concepto y manteniendo los demás factores por las razones expuestas, conforme a lo siguiente:

Descripción	Monto
VI (S/ noviembre 2016)	13,024,518.53
IPC noviembre 2016	125.30
IPC agosto 2017	128.10
Valor de la inversión comprometida en la infracción (S/ agosto 2017)	13,316,375.23
Valor tope de la escala, VT (S/)	40,500,000.00
Valor Base Q1 (S/)	13,316,375.23
Factor de circunstancia	0.30
Valor Base Graduado	3,994,912.57
Valor de las Ventas, VV (S/)	596,203,938.86
1% del Valor de las Ventas (S/)	5,962,039.39
Monto del segundo valor base, M (S/)	3,994,912.57
Costos de servicios no vinculados a la supervisión	0.00
Factor de reincidencia	1.075
Multa Calculada (S/)	4,294,531.01
Multa Calculada (UIT)	1,060.38

Por lo tanto, corresponde desestimar el recurso de apelación respecto al cálculo de la multa, excepto por la aplicación del costo por servicios no vinculados a la supervisión, reduciéndose la multa de 1061.58 (mil sesenta y uno con cincuenta y ocho centésimas) UIT a 1060.38 (mil sesenta con treinta y ocho centésimas) UIT.

Respecto a la ampliación de sus argumentos de apelación y al uso de la palabra.

7. Respecto a lo señalado en el literal k) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que conforme al artículo 33° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD, el agente supervisado puede solicitar el uso de la palabra al órgano sancionador o al órgano revisor.

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”. (Subrayado agregado).

La denegatoria a dicha solicitud debe encontrarse debidamente motivada a fin de no vulnerar el derecho al debido procedimiento¹⁶.



Por su parte, de conformidad con el numeral 23.3 del artículo 23° del nuevo Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD, corresponde al Presidente de la Sala 2 del TASTEM aprobar la realización de informes orales cuando resulte necesario para resolver el caso¹⁷.

Sobre el particular, cabe señalar que habiéndose revisado y analizado todos los actuados obrantes en el expediente, conforme se advierte de los considerandos expuestos precedentemente, esta instancia administrativa considera que ha contado con elementos de juicio suficientes para emitir su pronunciamiento sobre el presente caso, habiéndose señalado los motivos por los cuales se han desestimado los argumentos alegados por el recurrente.

En virtud de ello, el Presidente de esta Sala del TASTEM, con la conformidad de los demás Vocales que integran este Órgano Colegiado, considera que no corresponde acceder a la solicitud de informe oral formulada por el impugnante.

De otro lado, de la revisión del expediente, se verifica que la apelante a la fecha no ha presentado argumentos adicionales a su recurso de apelación, no correspondiendo, en consecuencia, emitir pronunciamiento adicional al respecto.



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 MINERA LA ZANJA S.R.L. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2059-2017 de fecha 20 de noviembre del 2017 respecto al cálculo de la multa, por las razones expuestas en el numeral 6 de la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°. - Determinar que la multa total que corresponde pagar a MINERA LA ZANJA S.R.L. se reduce de 1061.58 (mil sesenta y uno con cincuenta y ocho centésimas) UIT a 1060.38 (mil sesenta con treinta y ocho centésimas) UIT.

Artículo 3°. – Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por MINERA LA ZANJA S.R.L. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2059-2017 de fecha 20 de noviembre del 2017; respecto a la determinación de su responsabilidad administrativa por la infracción al artículo 37° del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM y, en

¹⁶ Resolución N° 040-2017-OS/CD

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

"Artículo 33.- Informe oral

El Agente Supervisado puede solicitar el uso de la palabra al órgano sancionador o al órgano revisor. La denegatoria a dicha solicitud debe encontrarse debidamente motivada a fin de no vulnerar el derecho al debido procedimiento."

¹⁷ Resolución N° 044-2018-OS/CD

Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN

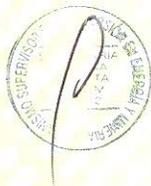
"Artículo 23.- Funciones de los Presidentes de las Salas de los Órganos Resolutivos

(...)

23.3. Disponer la realización de informes orales cuando lo considere necesario para resolver el caso, o si algún Vocal o el Secretario Técnico Adjunto se lo solicite o a pedido de parte. (...)"

consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en tal extremo.

Artículo 4°. - Declarar agotada la vía administrativa.



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


HÉCTOR ADRIÁN CHAVARRY ROJAS
PRESIDENTE