

**RESOLUCIÓN DE GERENCIA DE SUPERVISIÓN MINERA
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA**

OSINERGMIN N° 2034-2017

Lima, 17 de noviembre del 2017

VISTOS:

El expediente N° 201600150986 referido al procedimiento administrativo sancionador iniciado a Minsur S.A. (en adelante, MINSUR);

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

- 1.1 **16 al 17 de diciembre de 2015.-** Se efectuó una visita de supervisión a la planta de beneficio "Funsur" de MINSUR.
- 1.2 **31 de octubre de 2016.-** Mediante Oficio N° 2081-2016 se notificó a MINSUR el inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- 1.3 **14 de noviembre de 2016.-** MINSUR presentó sus descargos al inicio del presente procedimiento administrativo sancionador.
- 1.4 **5 de octubre de 2017.-** Mediante Oficio N° 608-2017-OS-GSM se notificó a MINSUR el Informe Final de Instrucción N° 757-2017.
- 1.5 **24 de octubre de 2017.-** MINSUR presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción N° 757-2017.

2. INFRACCIÓN IMPUTADA Y SANCIÓN PREVISTA

- 2.1 El presente procedimiento administrativo sancionador fue iniciado ante la presunta comisión por parte de MINSUR de la siguiente infracción:
 - Infracción al artículo 38° del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM (en adelante, RPM) y al artículo 42° del Reglamento de Diversos Títulos del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 03-94-EM (en adelante, RDT). Por operar la planta de molienda de escoria sin autorización de funcionamiento de la Dirección General de Minería.

La referida infracción se encuentra contenida en el numeral 1.3.2 del Rubro B del Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD (en adelante, Cuadro de Infracciones), que prevé como sanción una multa de hasta diez mil (10 000) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT).

**RESOLUCIÓN DE GERENCIA DE SUPERVISIÓN MINERA
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 2034-2017**

- 2.2 De acuerdo con las Leyes N° 28964 y N° 29901; así como el Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD (en adelante, RSFS), Osinergmin es competente para supervisar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas de seguridad de la infraestructura, las instalaciones y la gestión de seguridad de sus operaciones.
- 2.3 De acuerdo a la Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS/CD, la Gerencia de Supervisión Minera es competente para actuar como órgano sancionador en las actividades del Sector Minero. Los procedimientos administrativos sancionadores continuarán su trámite considerando dicha competencia; así como, aquellas disposiciones establecidas en el Decreto Legislativo N° 1272.

3. DESCARGOS DE MINSUR

Infracción al artículo 38° del RPM y al artículo 42° del RDT.

Descargos al Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador¹

- a) La conducta imputada no se encuentra dentro del supuesto de hecho regulado en el artículo 42° del RDT, toda vez que las actividades que se realizan en la planta de molienda de escorias no son “adicionales” ni “complementarias” a las actividades de la fundición y refinación de estaño, ya que no forman parte ni coadyuvan al aprovechamiento económico del mineral, lo que se deduce de los artículos 17° y 18° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM (en adelante, TUO), y del artículo 39° del RDT.

El proceso de beneficio involucra necesariamente la presencia de mineral o de metales aprovechables económicamente como tales, en sus etapas de preparación mecánica, metalurgia y refinación; sin embargo, la molienda de escorias es otro proceso distinto y separado a la fundición, que no incluye minerales aprovechables económicamente, sino que es un subproducto residual del beneficio.

La molienda tiene como finalidad tratar un residuo que carece de valor comercial, ya que es usado como relleno en las operaciones de minado.

Por tanto, una eventual sanción implicaría una afectación al Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 246° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 06-2017-JUS (en adelante TUO de la LPAG).

- b) No existe un procedimiento administrativo para obtener la autorización de funcionamiento prevista en el artículo 42° del RDT, ni resulta de aplicación el artículo 38° del RPM para aquella autorización de funcionamiento.

En efecto, el artículo 42° del RDT, ni otra norma establecen la forma como la autorización que refiere debe solicitarse y otorgarse, y mucho menos que deba hacerse a través del procedimiento de concesión de beneficio.

¹ Los descargos a), b) y c) fueron reiterados en los descargos al Informe Final de Instrucción.

**RESOLUCIÓN DE GERENCIA DE SUPERVISIÓN MINERA
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 2034-2017**

La obligación prevista en el artículo 42° del RDT no es compatible con el procedimiento establecido en el artículo 38° del RPM, pues mientras el primero solo requiere la “autorización para el funcionamiento”, el segundo establece un procedimiento de tres etapas (solicitud, autorización de construcción y autorización de funcionamiento) para autorizar una concesión de beneficio, sin que exista remisión de un procedimiento a otro.

Según la autoridad instructora, una planta de molienda de escorias debería contar con una concesión de beneficio para ser operada; lo que resulta una interpretación extensiva y analógica que afecta los principios de Tipicidad, Legalidad y Debido Procedimiento previstos el TUO de la LPAG, lo que acarrea la nulidad del procedimiento.

- c) Osinergmin no es competente para conocer la infracción imputada, toda vez que la Ley N° 28964 fue derogada por la Ley N° 29783, quedando Osinergmin sin competencia alguna. Posteriormente, el artículo 3° de la Ley N° 29901 restituyó competencias únicamente vinculadas a la supervisión de la seguridad de la infraestructura, pero no respecto de autorizaciones de funcionamiento; siendo cualquier otra norma de rango inferior ilegal e inaplicable.

Por tanto, en aplicación del Principio de Legalidad del TUO de la LPAG, según el cual las autoridades administrativas deben actuar dentro de las facultades que le estén atribuidas, corresponde archivar el presente procedimiento administrativo sancionador.

- d) El inicio de procedimiento administrativo sancionador es nulo, toda vez que no se cumplió con detallar la sanción a imponer, condición establecida en el artículo 18.3 del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD (en adelante RPAS), concordante con el numeral 3) del artículo 252° del TUO de la LPAG.

En efecto, el Oficio N° 2081-2016 se limita a señalar que la infracción resulta sancionable de acuerdo al numeral 1.3.2 del rubro B del Cuadro de Infracciones, lo cual por tener un rango de multa que llega hasta las 10 000 UIT, no genera predictibilidad sobre la sanción a imponer y afecta el derecho de contradicción respecto del monto específico que se pretende imponer.

Al no haberse cumplido la obligación de efectuar el cálculo correspondiente y consignado la sanción específica, se ha incurrido en causal de nulidad.

Descargos al Informe Final de Instrucción:

- e) La autoridad instructora pretende sustentar jurídicamente su posición con un Texto Único de Procedimientos Administrativos (en adelante TUPA), y no con una norma sustantiva.
- f) El TUPA aprobado por Decreto Supremo N° 025-2002-EM no contemplaba un procedimiento administrativo especial para obtener una autorización de funcionamiento para plantas de escoria o similares, siendo insuficiente que el procedimiento que se cita haga referencia al artículo 42° del RDT entre tantos artículos que conforman la base legal del procedimiento.

**RESOLUCIÓN DE GERENCIA DE SUPERVISIÓN MINERA
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 2034-2017**

En efecto, conforme al numeral 1) del artículo 39° del TUO de la LPAG los TUPA no son normas jurídicas sustantivas que crean procedimientos administrativos ni obligaciones, sino que son simplemente instrumentos adjetivos que sirven como plataformas de orientación para reflejar los requisitos fijados por las normas sustantivas para tramitar los procedimientos administrativos. Los TUPA no pueden contener nuevos requisitos o procedimientos.

Por tanto, considerar la inclusión del artículo 42° del RDT en el Decreto Supremo N° 025-2002-EM como una “remisión expresa” de procedimiento, constituye una interpretación extensiva y analógica proscrita por el Principio de Tipicidad del numeral 4) del artículo 246° del TUO de la LPAG, con responsabilidad de la autoridad administrativa.

Conforme al artículo 56° del TUO de la LPAG, incluso existiendo una norma sustantiva que contemple la obligación del administrado de obtener determinada autorización, si el TUPA no contempla un procedimiento administrativo específico para solicitar y obtener dicha autorización, entonces la facultad de la autoridad de exigir al administrado la tramitación del procedimiento administrativo queda suspendida. En otras palabras, tal autorización no es exigible.

Así, dado que no existe en el TUPA un procedimiento administrativo específico para que una planta de molienda de escoria cuente con una autorización de funcionamiento, ha quedado suspendida toda facultad de la autoridad de exigir a MINSUR tal autorización para operar la planta, bajo responsabilidad administrativa de los funcionarios.

Por tanto, no es exigible la “regularización de la autorización de funcionamiento por la Dirección General de Minería” que se cita en el Informe Final de Instrucción.

- g) Siguiendo el criterio sustentado en el Informe Final de Instrucción, corresponde la aplicación del Principio de Irretroactividad del numeral 5) del artículo 246° del TUO de la LPAG, dado que, si el TUPA vigente a la fecha² no incluye el artículo 42° del RDT en cuanto al otorgamiento y modificación de la concesión de beneficio, en consecuencia no existe la obligación de contar con autorización de funcionamiento, ni se configura una infracción administrativa.
- h) La autoridad instructora señala que, según el artículo 42° del RDT, no se requiere que las "instalaciones adicionales" involucren la presencia de mineral o de metales aprovechables económicamente; sin embargo, la autoridad instructora sostiene que la autorización de funcionamiento regulada en el artículo 42° del RDT es la autorización de funcionamiento que se obtiene como parte de una concesión de beneficio, regulada en el artículo 38° del RPM.

Tal vinculación implica que la instalación que se encuentre bajo el alcance del artículo 42° del RDT deba necesariamente formar parte del proceso de beneficio minero, pues sólo así podría ser objeto de una autorización de funcionamiento otorgada como parte de una concesión de beneficio.

- i) La autoridad instructora indica que la autorización del artículo 38° del RPM tiene por finalidad comprobar que las instalaciones se hayan efectuado “conforme al proyecto

² Aprobado por Decreto Supremo N° 038-2014-EM.

original” y que, por ello, es irrelevante el valor comercial de los procesos comprometidos. Esta afirmación tiene dos problemas:

El primero es que, para verificar que las instalaciones hayan sido construidas “conforme al proyecto original”, éste debe haber sido aprobado por la autoridad; sin embargo, el artículo 42° del RDT no señala que deba obtenerse la aprobación del “proyecto original” ni ninguna otra autorización adicional a la de funcionamiento. Esto hace que cualquier procedimiento vinculado con la concesión de beneficio sea incompatible con el del artículo 42° del RDT.

El segundo problema es que las instalaciones que deben ser verificadas según el artículo 38° del RPM son las instalaciones que forman parte de la planta y el proceso de beneficio minero, en tanto que una planta de escorias no forma parte del proceso de beneficio minero.

- j) La autoridad instructora transcribe el numeral 30 de la Resolución Directoral N° 052-2006-MEM/AAM y señala que éste “detalla el valor económico de la escoria molida”, lo que es completamente incorrecto, pues en ninguna parte se menciona ni se “detalla” valor económico alguno.

4. ANÁLISIS

Infracción al artículo 38° del RPM y al artículo 42° del RDT. Por operar la planta de molienda de escoria sin autorización de funcionamiento de la Dirección General de Minería.

El artículo 38° del RPM dispone lo siguiente: “Concluidas la construcción e instalación de la planta, el interesado dará aviso a la Dirección General de Minería para que proceda a ordenar una inspección a fin de comprobar que las mismas se han efectuado de conformidad con el proyecto original, en lo que se refiere a seguridad e higiene minera e impacto ambiental. (...). Si la inspección fuere favorable, la Dirección General de Minería otorgará el título de la concesión. Dicha resolución autorizará el funcionamiento de la planta (...).”

El artículo 42° del RDT establece lo siguiente: “Los titulares de la actividad minera requerirán la autorización de la Dirección General de Minería para el funcionamiento de las instalaciones adicionales y/o complementarias a las plantas de beneficio que tengan por objeto utilizar cualquier elemento resultante de su proceso minero-metalúrgico”.

En el Acta de Supervisión se señaló como hecho constatado N° 1 (fojas 4):

“Se constató que existe una planta de molienda de escoria construida e instalada con los siguientes equipos: tolva de recepción, transportador de cangilones, silo escoria 100 ton 3,500 mm de diámetro, 01 filtro de mangas Gimás, un molino Loesche LM 15.25, 01 recuperador de polvos 02 celdas, 01 extractor de gases TLT CO-VENT 1800 RPM, 02 silos escoria molida CEMPROTECH 100 TN, 02 filtro colector de polvos JET FILTER GIMAS, 02 grúas puente de 5 y 3.2 TN de capacidad, 01 balanza ensacadora; y además de otros equipos consignados en el documento denominado “Lista de Equipos – Planta de Molienda”, no cuenta con autorización de construcción y funcionamiento de acuerdo a la normatividad vigente”.

**RESOLUCIÓN DE GERENCIA DE SUPERVISIÓN MINERA
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 2034-2017**

La Supervisora adjuntó las fotografías N° 3, 4 y 5 (fojas 8 y 9) que muestra las instalaciones de la planta de molienda, así como los videos N° 1, 2 y 3 (fojas 94), que acreditan su funcionamiento.

El diagrama del proceso de fundición proporcionado por MINSUR durante la supervisión (fojas 32) muestra el proceso de moliendo de escoria y su destino en mina. Asimismo, se adjuntó el listado de equipos que conforman la planta de molienda (fojas 10 y 11) y la programación y ejecución del mantenimiento de sus equipos (fojas 33 a 35).

Sobre la procedencia del eximente de responsabilidad

De conformidad con lo previsto en el numeral 15.1 del artículo 15° del RSFS constituye una causal eximente de responsabilidad, la subsanación voluntaria de la infracción cuando se verifique que los incumplimientos detectados fueron subsanados antes del inicio del procedimiento sancionador.

Conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la definición de subsanar contiene la acepción: 2. tr. Reparar o remediar un defecto o resarcir un daño.

Cabe señalar que en el presente caso el “defecto” a ser subsanado consiste en operar la planta de molienda de escoria sin la autorización de funcionamiento de la Dirección General de Minería. Asimismo, la subsanación voluntaria indicada debe haberse efectuado con anterioridad a la notificación del inicio del procedimiento administrativo sancionador.

En el presente caso, conforme a los hechos, MINSUR no ha acreditado la obtención de la autorización de funcionamiento para la planta de molienda de escoria; en consecuencia, no procede la condición eximente de responsabilidad administrativa a que se refiere la norma antes mencionada.

Análisis de los descargos

En cuanto a los descargos a) y h), se debe indicar que el artículo 42° del RDT dispone expresamente la obligación de contar con autorización de funcionamiento de la Dirección General de Minería para la operación de instalaciones adicionales a las plantas de beneficio *“que tengan por objeto utilizar cualquier elemento resultante de su proceso minero-metalúrgico”*.

En consecuencia, no se requiere que las instalaciones adicionales involucren la presencia de mineral o de metales aprovechables económicamente, en sus etapas de preparación mecánica, metalurgia y refinación, como refiere MINSUR, sino que estas instalaciones procesen *“cualquier elemento resultante de su proceso minero-metalúrgico”*, como es el caso de la escoria.

Ahora bien, debe quedar establecido que la concesión de beneficio no se reduce al aprovechamiento económico de un mineral, como sustenta MINSUR, sino que también incluye el destino de los residuos, como son los relaves y escorias. En tal sentido, el artículo 19° del RDT establece que los relaves y escorias son parte accesoria de la concesión de beneficio de la que provienen.

**RESOLUCIÓN DE GERENCIA DE SUPERVISIÓN MINERA
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 2034-2017**

Asimismo, conforme expresa el artículo 38° del RPM, el objeto de la autorización de funcionamiento es comprobar que las instalaciones se hayan efectuado conforme al proyecto original en cuanto a seguridad, higiene minera e impacto ambiental; siendo irrelevante para esos fines el valor comercial de los procesos comprometidos.

Sin perjuicio de lo señalado, el informe que sustenta la Resolución Directoral N° 052-2006-MEM/AAM del 13 de febrero de 2006, sobre aprobación del Estudio de Impacto Ambiental para la instalación de la planta de molienda de escoria, detalla el valor económico de la escoria molida (fojas 57, subrayado agregado):

“30. El relleno en pasta se prepara a base de los relaves de la planta concentradora, a los que se les adiciona uno o más aglomerantes, dependiendo de la resistencia a la compresión que se desea alcanzar con dicho relleno. El aglomerante más común es el cemento, pero se ha podido determinar que la escoria molida a un grado adecuado, permite reemplazar el cemento en la preparación del relleno en pasta”.

En consecuencia, la planta de molienda de escoria requiere de la autorización de funcionamiento que exigen el artículo 38° del RPM y el artículo 42° del RDT, por lo que no existe afectación al Principio de Tipicidad del numeral 4 del artículo 246° del TUO de la LPAG.

En cuanto al descargo b), se debe señalar que la instalación de componentes adicionales a la concesión de beneficio se tramitan bajo el procedimiento de modificación de concesión de beneficio denominado “Instalaciones adicionales sin modificar la capacidad instalada aprobada y sin ampliación de área”, previsto en el TUPA aprobado por Decreto Supremo N° 038-2014-EM (ítem B.3 numeral 40) y en el ítem iii) del artículo 35.4 del RPM, modificado por Decreto Supremo N° 037-2017-EM.

Ahora bien, conforme a la información proporcionada por MINSUR durante la supervisión, la planta de molienda de escoria fue construida en el año 2006 (fojas 65).

Al respecto, el TUPA del Ministerio de Energía y Minas, aprobado por Decreto Supremo N° 025-2002-EM, vigente antes del inicio de la construcción de la planta de molienda, también incluyó el supuesto “c) Para instalaciones adicionales sin modificar la capacidad”, indicando expresamente al artículo 42° del RDT como base legal de los supuestos de modificación de concesión de beneficio; y se indicó lo siguiente:

“Nota.- En el procedimiento ordinario para las instalaciones adicionales sin modificar la capacidad de una concesión de beneficio se tiene dos etapas puntuales, la primera es la evaluación de la solicitud y la autorización de construcción y la última comprende la inspección de verificación y la autorización de funcionamiento de estas instalaciones (el informe de inspección debe ser favorable)”.

El TUPA citado agrega como base legal al procedimiento de modificación de la concesión de beneficio, los artículos 35° a 38° del RPM y sus modificatorias.

En consecuencia, la autorización de funcionamiento a que se refiere el artículo 42° del RDT, se tramita bajo los alcances de la modificación de la concesión de beneficio, conforme al procedimiento establecido en los artículos 35° a 38° del RPM.

**RESOLUCIÓN DE GERENCIA DE SUPERVISIÓN MINERA
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 2034-2017**

A mayor abundamiento, la Resolución Directoral N° 052-2006-MEM/AAM de fecha 13 de febrero de 2006 (fojas 24 y 25), por la cual se aprobó el EIA de la planta de molienda escoria, estableció expresamente en su artículo 3°:

“Artículo 3°.- La aprobación del presente Estudio de Impacto Ambiental no constituye el otorgamiento de autorizaciones, permisos y otros, que por leyes orgánicas o especiales son de competencia de otras autoridades nacionales (...).”

Por tanto, existe una aplicación directa de las normas, sin interpretación extensiva ni analógica que refiere MINSUR; por lo que no existe afectación a los principios de Tipicidad, Legalidad y Debido Procedimiento invocados en el descargo.

Con relación al descargo c), mediante Ley N° 28964, publicada el 24 de enero de 2007, se transfirieron al Osinergmin las competencias de fiscalización de las actividades mineras definidas en la Ley N° 27474, Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras, cuyo artículo 2° establecía que el ámbito de fiscalización involucraba, entre otros, las disposiciones legales, normas técnicas y procedimientos administrativos referidos a aspectos de seguridad e higiene minera.

Posteriormente, a través de la Segunda Disposición Complementaria Final y Séptima Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29783 – Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante, LSST), se dispuso la transferencia de competencias de fiscalización de las actividades mineras previstas en la Ley N° 28964, del Osinergmin al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante MTPE), y la derogación de la referida Ley.

Sin embargo, el artículo 2° de la Ley N° 29901, Ley que precisa competencias del Osinergmin, definió el alcance de las disposiciones complementarias de la LSST, estableciendo que la transferencia de competencias se limitó únicamente a la supervisión, fiscalización y sanción en materia de seguridad y salud en el trabajo en el subsector minero. Asimismo precisó que la derogación de la Ley N° 28964 comprendía únicamente las disposiciones referidas a la supervisión y fiscalización del cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo, que son materia de competencia del MTPE.

Asimismo, el artículo 3° de la Ley N° 29901 precisó que el Osinergmin es competente para supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades del subsector minería, manteniendo competencias para fiscalizar la seguridad de la infraestructura de dicho subsector. La Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29901 habilitó que mediante decreto supremo, se apruebe el listado de funciones técnicas que quedan bajo la competencia de Osinergmin.

Al respecto, mediante Decreto Supremo N° 088-2013-PCM se aprobó el “Listado de funciones técnicas bajo la competencia del Osinergmin”, en cuyo Anexo 2 – Sector Minero, se especifica la supervisión de los aspectos de fundición e instalaciones auxiliares (numeral 4) y las disposiciones legales y normas técnicas de las actividades mineras, relacionadas con la gestión de la seguridad de la infraestructura, sus instalaciones, y de sus operaciones (numeral 6).

**RESOLUCIÓN DE GERENCIA DE SUPERVISIÓN MINERA
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 2034-2017**

En consecuencia, Osinergmin ha actuado conforme a la normativa vigente para fines de verificar el cumplimiento de la autorización de funcionamiento de la planta de molienda de escoria materia del presente procedimiento administrativo sancionador, razón por la cual no existe afectación al Principio de Legalidad del TUO de la LPAG, invocado por MINSUR en su descargo.

Con relación al descargo d), se debe señalar que el numeral 3) del artículo 252° del TUO de la LPAG, establece:

“Artículo 252.- Caracteres del procedimiento sancionador

Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

(...)

3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden construir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia”.

De manera concordante, el numeral 18.2 del RSFS, señala:

“18.2. Para efectos de iniciar el procedimiento administrativo sancionador, el órgano instructor notifica al Agente Supervisado lo siguiente:

(...)

c) Las sanciones que se le pudiera imponer de verificarse la infracción. (...).”.

Revisado el Oficio N° 2081-2016 de inicio de procedimiento administrativo sancionador (fojas 98) se advierte que a MINSUR se le ha comunicado expresamente la sanción a la que se encuentra sujeto de corroborarse la infracción al artículo 38° del RPM y al artículo 42° del RDT, conforme a lo establecido en el numeral 1.3.2 del rubro B del Cuadro de Infracciones, en donde se prevé una multa de hasta diez mil (10 000) UIT.

Conforme a lo anterior, en el presente procedimiento se ha cumplido con expresar la sanción que se pudiera imponer; sin embargo, respecto a notificar el monto específico de la multa, esta exigencia no está prevista en el numeral 3 del artículo 252° del TUO de la LPAG.

Se debe señalar que el quantum de la multa corresponde ser determinado en el informe final de instrucción, es decir al culminar la etapa de instrucción, tal como exige el numeral 5) del artículo 253° de la LPAG, en donde se evalúan los criterios de graduación contenidos en el numeral 3) del artículo 246° del TUO de la LPAG.

Adicionalmente, cabe señalar que en concordancia con las reglas contenidas en el numeral 18.2 del RSFS, en el oficio de inicio de procedimiento sancionador se consignaron los actos y omisiones que se atribuyeron como infracciones, las normas que las sustentan y se remitió documentación correspondiente que sustentan las imputaciones efectuadas, cumpliéndose así con los requisitos que debe observar la notificación de cargos.

**RESOLUCIÓN DE GERENCIA DE SUPERVISIÓN MINERA
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 2034-2017**

Por su parte, el Principio de Debido Procedimiento, implícito en el derecho al debido proceso³ comprende:

“(…) el derecho de defensa en el ámbito del procedimiento administrativo de sanción se estatuye como una garantía para la defensa de los derechos que pueden ser afectados con el ejercicio de las potestades sancionatorias de la administración. En ese sentido, garantiza, entre otras cosas, que una persona sometida a una investigación, sea esta de orden jurisdiccional o administrativa, y donde se encuentren en discusión derechos e intereses suyos, tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de tales derechos e intereses, para cuyo efecto se le debe comunicar, previamente y por escrito, los cargos imputados, acompañando el correspondiente sustento probatorio, y otorgarle un plazo prudencial a efectos de que –mediante la expresión de los descargos correspondientes– pueda ejercer cabalmente su legítimo derecho de defensa.” (Subrayado agregado)

En este contexto, conforme al análisis desarrollado anteriormente, no se ha vulnerado el Principio de Debido Procedimiento, al haberse emitido una decisión motivada adecuada al contenido de las normas que integran el ordenamiento jurídico vigente y otorgando al titular minero la oportunidad de presentar sus descargos correspondientes, cautelándose su derecho de defensa desde el inicio del procedimiento administrativo sancionador, en el cual se puso a conocimiento las presuntas infracciones y las normas que las sustentan, así como las sanciones que resultaren aplicables, las cuales se adoptarán manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos a tutelar.

En tal sentido, el Oficio de inicio del procedimiento administrativo sancionador no ha incurrido en causal de nulidad.

En consecuencia, se encuentra acreditado el incumplimiento imputado, el que resulta sancionable conforme al numeral 1.3.2 del Rubro B del Cuadro de Infracciones.

Asimismo, de conformidad con el artículo 38° del RSFS corresponde imponer como medida correctiva la suspensión de operaciones de la planta de molienda de escoria hasta la regularización de la autorización de funcionamiento por la Dirección General de Minería.

Respecto del descargo e), se reitera que la norma sustantiva que exige que la planta de molienda de escoria cuente con autorización de funcionamiento es el artículo 42° del RDT (Reglamento de Diversos Títulos del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 03-94-EM), el cual establece lo siguiente: *“Los titulares de la actividad minera requerirán la autorización de la Dirección General de Minería para el funcionamiento de las instalaciones adicionales y/o complementarias a las plantas de beneficio que tengan por objeto utilizar cualquier elemento resultante de su proceso minero-metalúrgico”*.

³ El alcance del Principio de Debido Procedimiento ha sido establecido por el Tribunal Constitucional. Ver Sentencia recaída en el Expediente N° 5514-2005-PA/TC, disponible en: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05514-2005-AA.html#_ftn1

**RESOLUCIÓN DE GERENCIA DE SUPERVISIÓN MINERA
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 2034-2017**

Asimismo, el artículo 19° del RDT establece que las escorias son parte accesoria de la concesión de beneficio de la que provienen; en consecuencia, también resultan de aplicación los artículos 37° y 38° del RPM.

En consecuencia resulta improcedente la interpretación de MINSUR en el sentido que la obligación imputada se sustente en el TUPA del Ministerio de Energía y Minas. De hecho, en el oficio de inicio PAS (fojas 98) se indica expresamente el incumplimiento imputado conforme a la disposición legal antes señalada y sin referencia al TUPA del Ministerio de Energía y Minas.

Con relación al descargo f), en adición a lo señalado respecto del descargo b) se debe señalar que tanto el derogado TUPA aprobado por Decreto Supremo N° 025-2002-EM como el vigente aprobado por Decreto Supremo N° 038-2014-EM, no establecen procedimientos “especiales” según la sustancia a procesar, sino un procedimiento general de modificación de la concesión de beneficio, a la cual debió sujetarse la instalación de la planta de molienda de escoria, bajo el rubro de instalaciones adicionales que no modifican la capacidad instalada.

En consecuencia, tanto el TUPA aprobado por Decreto Supremo N° 025-2002-EM, vigente en la fecha de construcción de la planta de molienda de escoria, como el vigente TUPA aprobado por Decreto Supremo N° 038-2014-EM, no innovan obligaciones, sino que reflejan las obligaciones y procedimientos que derivan de los artículos 19° y 42° del RDT y los artículos 37° y 38° del RPM, por lo que no existe ninguna interpretación extensiva o analógica y menos aún una afectación al Principio de Tipicidad del numeral 4) del artículo 246° del TUO de la LPAG. Adicionalmente se debe señalar que no resulta de aplicación el artículo 56° del TUO de la LPAG.

Conforme a lo expuesto, MINSUR sí se encontraba obligada a obtener la autorización de funcionamiento de la Dirección General de Minería para el funcionamiento de la planta de molienda de escoria.

Respecto del descargo g), el hecho que el vigente TUPA del Ministerio de Energía y Minas aprobado por Decreto Supremo N° 038-2014-EM, no indique “base legal” para el numeral 40, Caso B: “Modificación de la concesión de beneficio”, no afecta las condiciones esenciales que derivan del numeral 8) del artículo 43° del TUO de la LPAG, relativo a la existencia del procedimiento, sus requisitos y tasa aplicable. Tal como ha sido indicado, el TUPA no innova obligaciones, sino que reflejan las obligaciones y procedimientos que derivan de los artículos 19° y 42° del RDT y los artículos 37° y 38° del RPM.

Asimismo, conforme Principio de Irretroactividad del numeral 5) del artículo 246° del TUO de la LPAG las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción; siendo el caso que el TUPA del Ministerio de Energía y Minas aprobado por Decreto Supremo N° 038-2014-EM, no constituye una disposición tipificadora, ni sancionadora con plazo de prescripción.

Conforme a lo anterior, en el presente caso no existe una disposición sancionadora más favorable a MINSUR que justifique la aplicación del Principio de Irretroactividad del numeral 5) del artículo 246° del TUO de la LPAG.

En cuanto al descargo i), dado que la instalación de una planta de molienda de escoria se sujeta a la modificación de la concesión de beneficio, conforme a los 19° y 42° del RDT y los artículos 37° y 38° del RPM, se tiene que:

- El “proyecto original” a que se refiere el artículo 38° del RPM es el autorizado por la Dirección General de Minería conforme al artículo 37° del RPM.
- Las instalaciones para escorias y otros residuos resultantes de los procesos de beneficio, son materia de concesión de beneficio, por lo que sus instalaciones deben ser verificadas para comprobar que las instalaciones se hayan efectuado conforme al proyecto original en cuanto a seguridad, higiene minera e impacto ambiental, conforme expresa el artículo 38° del RPM.

Con relación al descargo j), la Resolución Directoral N° 052-2006-MEM/AAM del 13 de febrero de 2006, sobre aprobación del Estudio de Impacto Ambiental para la instalación de la planta de molienda de escoria, detalla (fojas 57, subrayado agregado):

“30. El relleno en pasta se prepara a base de los relaves de la planta concentradora, a los que se les adiciona uno o más aglomerantes, dependiendo de la resistencia a la compresión que se desea alcanzar con dicho relleno. El aglomerante más común es el cemento, pero se ha podido determinar que la escoria molida a un grado adecuado, permite reemplazar el cemento en la preparación del relleno en pasta”.

Como se puede advertir, el citado estudio detalla el uso de la escoria molida como reemplazo del cemento, lo que sí supone un valor económico bajo la acepción de “Grado de utilidad o aptitud de las cosas para satisfacer las necesidades (...)”⁴, y no en el sentido de valor monetario, como pretende reducirlo MINSUR.

En consecuencia, se encuentra acreditado el incumplimiento imputado.

5. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

Respecto al principio de culpabilidad previsto en el numeral 10 del artículo 246° del TUO de la LPAG, se debe señalar que la responsabilidad administrativa se determina de forma objetiva conforme al artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin y el artículo 13° de la Ley N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinergmin.

De acuerdo al Principio de Razonabilidad, previsto en el numeral 3 del artículo 246° del TUO de la LPAG, 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.

En tal sentido, conforme al artículo 25° del RSFS, así como la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG,⁵ en el presente caso corresponde asignar un valor de 100% para la probabilidad de detección y se consideran los siguientes criterios tal como sigue:

⁴ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (www.rae.es)

⁵ Disposición Complementaria Única.

Infracción al artículo 38° del RPM

De acuerdo con lo señalado en el numeral 4 MINSUR ha cometido una (1) infracción al RPM y al RDT, que se encuentra tipificada y resulta sancionable según el numeral 1.3.2 del Rubro B del Cuadro de Infracciones.

Para efectos de la determinación de la multa se tomará en cuenta lo establecido en la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG, considerando lo siguiente:

- La infracción fue detectada sin haberse generado una afectación concreta, por lo que en el presente caso corresponde aplicar el procedimiento de cálculo previsto en el numeral 3.1 de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG (infracción ex – ante).
- Conforme al numeral 3.1.2 de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG se considera el valor del beneficio ilegalmente obtenido, así como la capacidad de generación de riqueza (1% del valor de las ventas).
- No se considera el atenuante de “*circunstancia de la comisión de la infracción*”, dado que MINSUR no ha iniciado el procedimiento de modificación de la concesión de beneficio.

Reincidencia en la comisión de la infracción

Constituye un factor agravante que el infractor vuelva a cometer la misma infracción dentro del año siguiente de haber quedado consentida o de haber agotado la vía administrativa la sanción anterior.

Conforme a lo verificado, MINSUR no es reincidente en la infracción por lo que no resulta aplicable este factor agravante.

Reconocimiento de la responsabilidad

Constituye un factor atenuante que rebaja la multa hasta un monto no menor de la mitad de su importe cuando se presenta por escrito el reconocimiento expreso hasta la fecha de presentación de descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

MINSUR presentó descargos contra la imputación de cargos, por lo que no resulta aplicable este factor atenuante.

Cálculo de la multa

Cuadro N° 1: Costo de especialistas

Especialista Encargado	Sueldos en S/ de Febrero 2015		N° de meses	Total
	Sueldo Anual	Sueldo Mensual		
Superintendente de Planta	214 435	17 869.58	1	17 869.58
Ingeniero Geotecnista	152 385	12 698.75	1	12 698.75
Total Especialista Encargado (S/ febrero 2015)				30 568.33
IPC febrero 2015				117.20
IPC diciembre 2015				121.78
Costo por especialistas encargados (S/ diciembre 2015)				31 762.07

Fuente: Salary Pack (Price Waterhouse Coppers), BCRP. Elaboración: GSM.

Cuadro N° 2: Costo de actividades⁶

Partidas	Total
Preliminares (Trazo y replanteo)	11 157.42
Movilización de equipos 1.5%	167.36
Disposición de escorias (Carguío y transporte; y Colocación)	658 230.13
Costo por concepto de equipos y mano de obra (S/ diciembre 2015)	669 554.91

Fuente: MINSUR, Revista Costos, Exp. 201100040685, ESTAMIN, PROVIAS, Manual de Rendimiento Caterpillar Ed. 2009, BCRP. Elaboración: GSM.

Cuadro N° 3: Cálculo de multa

Descripción	Monto
Beneficio ilícito asociado a la infracción (S/ agosto 2017)	737,761.85
Probabilidad de detección	100%
B/P (S/ agosto 2017)	737,761.85
Valor tope de la escala, VT (S/)	40,500,000.00
Valor Base Q1 (S/)	737,761.85
Factor de circunstancia	n.a.
Valor Base Graduado	737,761.85
Valor de las Ventas, VV (S/) ⁷	1,893,042,740.98
1% del Valor de las Ventas (S/)	18,930,427.41
Monto del segundo valor base, M (S/)	737,761.85
Costo servicios no vinculados a la supervisión ⁸	4,534.26
Multa (S/)	742,296.11
Multa (UIT)	183.28

De conformidad con la Ley que Transfiere Competencias de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Mineras al Osinerg, Ley N° 28964; la Ley que precisa competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, Ley N° 29901; el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD y la Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS/CD.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- SANCIONAR a MINSUR S.A. con una multa ascendente a ciento ochenta y tres con veintiocho centésimas (183.28) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), vigentes a la fecha de pago, por infracción al artículo 38° del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM y al artículo 42° del Reglamento de Diversos Títulos del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 03-94-EM.

Código de Pago de Infracción: 160015098601

⁶ Para fines de cálculo, se considera beneficio obtenido por el ahorro de costo en el recrecimiento en el depósito de escorias de la planta de beneficio FUNSUR. Siendo la capacidad existente igual a 84,804.83 m³ (Informe N° 740-2009-MEM-AAM/CAH/MES/ABR que sustenta la RD N° 178-2009-MEM/AAM) y el volumen de escoria producida desde el inicio de operación de la planta hasta el 31/07/2017 = 183,483.06 m³ (Periodo I = 92,936.80 m³ desde el inicio de operación hasta el 13/02/2006, según RD N° 052-2006/MEM-AAM; Periodo II = 90,546.26 m³ desde el 14/02/2006 hasta el 31/07/2017, según reportes de ESTAMIN). Densidad de escoria 2.69 TM/m³ y relación escoria mineral 0.47 (CAB-MEM, consulta P0300281), resultando un volumen excedente = 98,678.23 m³ de escoria. Asimismo, se considera distancia de acarreo de escoria 1 km.

⁷ Información obtenida de ESTAMIN, unidad minera Frontera Uno y Planta de Beneficio FUNSUR.

⁸ Corresponde al 15% del costo promedio de supervisión de 2014.

**RESOLUCIÓN DE GERENCIA DE SUPERVISIÓN MINERA
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 2034-2017**

Artículo 2°.- Informar que la multa se reducirá en un veinticinco por ciento (25%) si se realiza su pago dentro del plazo de quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la presente Resolución de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD.

Artículo 3°.- Disponer que el monto de la multa sea depositado en la cuenta recaudadora N° 193-1510302-0-75 del Banco de Crédito del Perú, o en la cuenta recaudadora N° 071-3967417 del Scotiabank Perú S.A.A., debiendo indicar al momento de la cancelación al banco el número de la presente resolución y el Código de Pago de Infracción; sin perjuicio de informar en forma documentada a Osinergmin del pago realizado.

Artículo 4°.- Una vez cancelada la multa, el equivalente al 30% de su importe deberá ser provisionado por la Oficina de Administración y Finanzas de Osinergmin, en una cuenta especial, para fines de lo establecido en el artículo 14° de la Ley N° 28964.

Regístrese y comuníquese

«image:osifirma»

Edwin Quintanilla Acosta
Gerente de Supervisión Minera