

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe jurídico sobre la Resolución de Consejo Directivo
del OSINERGMIN N° 131-2010-OS/CD

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada
que presenta:

Angélica Mireli Angulo Remuzgo

ASESOR:

Paul Nicolás Villegas Vega

Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, PAUL NICOLAS VILLEGAS VEGA, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe jurídico sobre la Resolución de Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 131-2010-OS/CD", de la autora ANGELICA MIRELI ANGULO REMUZGO, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 33%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 17/07/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 17 de julio del 2023

<u>Apellidos y nombres del asesor:</u> VILLEGAS VEGA, PAUL NICOLAS	
DNI: 45423322	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2511-7240	

RESUMEN

La Resolución N° 131-2010-OS/CD, analizada en el presente trabajo, pone fin al procedimiento administrativo sancionador llevado a cabo por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería contra la empresa minera Southern Peru Copper Corporation, por haber incurrido en infracciones a normas ambientales. Dicho ello, la finalidad del presente trabajo es ofrecer un análisis crítico sobre la observancia de los principios de legalidad y debido procedimiento, límites de la potestad sancionadora de la Administración Pública, en el marco de dicho procedimiento sancionador. Para tal efecto, se recurrirá a la Ley del Procedimiento Administrativo General, así como también, a la normativa sectorial, jurisprudencia y doctrina, que permitirán el adecuado y cabal desarrollo del objetivo propuesto.

En función del análisis realizado, se argumenta que el organismo regulador ha vulnerado los principios de legalidad y debido procedimiento, al inobservar las exigencias formales previstas para la imposición de sanciones, y al no respetar el procedimiento legalmente establecido, afectando de forma irreparable el derecho de defensa de la empresa minera. De esta manera, se concluye que la Resolución N° 131-2010-OS/CD debió declarar la nulidad de todo lo actuado, en lugar de persistir en la imposición de sanciones en manifiesta contravención a los principios señalados.

Palabras clave

Principio de legalidad, principio del debido procedimiento, procedimiento administrativo sancionador, potestad sancionadora.

ABSTRACT

Resolution No. 131-2010-OS/CD, analysed in this paper, puts an end to the administrative sanctioning procedure carried out by the Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería against the mining company Southern Peru Copper Corporation for having incurred in infractions of environmental norms. That said, the purpose of this paper is to offer a critical analysis of the observance of the principles of legality and due process, limits of the sanctioning power of the Public Administration, within the framework of this sanctioning procedure. For this purpose, the General Administrative Procedure Act will be referred to, as well as sectorial regulations, jurisprudence and doctrine, which will allow for the adequate and full development of the proposed objective.

Based on the analysis carried out, it is argued that the regulator has violated the principles of legality and due process by failing to comply with the formal requirements for the imposition of sanctions, and by not respecting the legally established procedure, irreparably affecting the mining company's right of defence. Thus, it is concluded that Resolution No. 131-2010-OS/CD should have declared the nullity of all the proceedings, instead of persisting with the imposition of sanctions in clear contravention of the principles mentioned.

Keywords

Principle of legality, principle of due process, administrative sanctioning procedure, sanctioning power.

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	1
I. INTRODUCCIÓN	2
1.1. Justificación de la elección de la resolución	2
1.2. Presentación del caso y análisis	3
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	5
2.1. Antecedentes	5
2.2. Hechos relevantes del caso	6
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	12
3.1. Problemas principales	12
3.2. Problemas secundarios	12
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	12
4.1. Respuestas preliminares a los problemas principales y secundarios	12
4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución	13
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	14
5.1. ¿OSINERGMIN ha vulnerado el principio de legalidad al iniciar los procedimientos administrativos sancionadores contra Southern mediante los Oficios N° 248-2007-OS-GFM y N° 034-2008-OS-GFM?	14
5.1.1. ¿La potestad sancionadora de OSINERGMIN ha sido atribuida conforme a lo dispuesto por el principio de legalidad?	21
5.1.2. ¿Las normas que sirven de sustento a las sanciones impuestas por OSINERGMIN cumplen los requisitos del principio de legalidad?	25
5.2. ¿OSINERGMIN ha actuado conforme al principio del debido procedimiento en el procedimiento administrativo sancionador seguido contra Southern?	34
5.2.1. ¿Los Oficios N° 248-2007-OS-GFM y N° 034-2008-OS-GFM cumplen con expresar la norma que tipifica las conductas infractoras y las sanciones que pudieran imponerse con relación a estas?	40

5.2.2. ¿La calificación del recurso de reconsideración como un recurso de apelación, con la consecuente omisión del análisis de la nueva prueba, vulnera el derecho de defensa de Southern?	46
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES	51
BIBLIOGRAFÍA	53
ANEXOS	58



PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	2007-024
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho Administrativo, Derecho Ambiental
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Resolución de Consejo Directivo del OSINERGMIN N° 131-2010-OS/CD y Resolución de Gerencia General N° 1195-2008-1-OS-GFM
DEMANDANTE / DENUNCIANTE	Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería
DEMANDADO / DENUNCIADO	Southern Peru Copper Corporation, Sucursal del Perú
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Segunda y última instancia administrativa
TERCEROS	No hay terceros
OTROS	Principios del procedimiento administrativo y de la potestad sancionadora administrativa

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación de la elección de la resolución

La Resolución N° 131-2010-OS/CD agota la vía administrativa en el marco del procedimiento administrativo sancionador iniciado por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, OSINERGMIN) contra la empresa minera Southern Peru Copper Corporation (en adelante, Southern), por haber infringido normas ambientales. Dicho ello, se eligió esta resolución por la actualidad que revisten casos como el descrito, en los cuales convergen el daño ambiental, la conflictividad social y empresas de gran envergadura que incursionan en actividades como la minería.

Las razones que justifican su consideración como una resolución de carácter complejo se derivan de la transferencia de competencias en el sector minero a favor de OSINERGMIN, hecho que suscita discusión en cuanto al cumplimiento de los principios del procedimiento administrativo y de la potestad sancionadora de la Administración Pública.

En esa línea, un tema especialmente controversial es el referente a la vulneración de los principios de legalidad y tipicidad. Sobre este punto, se examina la exigencia de la reserva de ley que el ordenamiento jurídico administrativo peruano ha establecido, con ciertos matices, para la determinación de las infracciones y sanciones administrativas, así como también, para la atribución de la potestad sancionadora.

Otro aspecto relevante y controversial del caso se encuentra en la observancia del debido procedimiento. Al respecto, se cuestionan los requisitos que debe cumplir la imputación de cargos, así como también, la discrecionalidad de las entidades administrativas en la calificación de los recursos administrativos y el potencial conflicto con el derecho de defensa del administrado.

Bajo estas consideraciones, la complejidad del presente caso resulta indiscutible, pues el núcleo de la discusión se sitúa en la aplicación de principios cuya obligatoriedad y contenido irradian a todas las entidades de la Administración Pública, y cuya importancia es tal que es preciso tener en claro

sus alcances y la manera en que deben ser aplicados y respetados por las entidades en su relación con los administrados.

1.2. Presentación del caso y análisis

El presente caso gravita en torno a las sanciones impuestas por el Consejo Directivo del OSINERGMIN a la empresa Southern, a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 131-2010-OS/CD, por haber incurrido en presuntas conductas infractoras a la Resolución Ministerial N° 315-96-EM-VMM, que aprueba niveles máximos permisibles de elementos y compuestos presentes en emisiones gaseosas provenientes de las unidades minero-metalúrgicas, a la Resolución Ministerial N° 011-96-EM-VMM, que aprueba los niveles máximos permisibles para efluentes líquidos minero-metalúrgicos, al Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, a la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (en adelante, LGA) y a la Ley N° 26842, Ley General de Salud (en adelante, LGS). Dichas infracciones fueron determinadas luego de que OSINERGMIN evaluara el informe de Auditoría Ambiental del Programa de Adecuación y Manejo Ambiental (en adelante, PAMA) de la “Fundición y Refinería de Cobre - Ilo”, realizado por la fiscalizadora externa Tecnología XXI S.A.

Dicho ello, se han considerado dos problemas principales. El primero de estos se encuentra en la presunta vulneración del principio de legalidad en la que habría incurrido OSINERGMIN. Al respecto, el ordenamiento jurídico administrativo peruano establece, conforme se desprende del artículo 230 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), que la potestad sancionadora de las entidades de la Administración Pública, así como las sanciones aplicables, deben estar previamente determinadas e identificadas en una norma con rango de ley. Ello, de acuerdo con lo alegado por Southern, habría sido inobservado por OSINERGMIN, en tanto que se encontraría facultada a ejercer la potestad sancionadora en virtud de las atribuciones conferidas por medio del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, e impondrá sanciones en base a la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM (en adelante, Escala de Multas y Penalidades). En ese sentido, corresponderá analizar si la entidad administrativa ha transgredido el principio

de legalidad con su actuación, presuntamente, al amparo de normas que carecen de rango de ley y si, en consecuencia, los actos del procedimiento adolecen de nulidad.

El segundo problema principal se encuentra en la vulneración en la que habría incurrido OSINERGMIN respecto del principio del debido procedimiento, al no haber respetado el iter correspondiente a un procedimiento administrativo sancionador. Ello se habría materializado en el hecho que no se expresó de manera clara en la imputación de cargos la norma que tipifica cada conducta infractora, ni las sanciones aplicables por haber incurrido en estas. En esa línea, para determinar si se ha vulnerado el debido procedimiento, corresponderá analizar si el hecho de haber omitido precisar las sanciones aplicables y las normas que tipifican las conductas infractoras supone una vulneración del principio del debido procedimiento y, de forma complementaria, se analizará si la calificación del recurso de reconsideración como un recurso de apelación supone una afectación al derecho de defensa de Southern y, consecuentemente, una segunda afectación al principio mencionado.

En cuanto a los principales instrumentos normativos que serán empleados, en el rubro de legislación se encuentran la LPAG, el Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM (en adelante, RPAAM), el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERG, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001 (en adelante, Reglamento General de OSINERGMIN o Reglamento General) y la Escala de Multas y Penalidades. Asimismo, en el rubro de jurisprudencia, se consultarán pronunciamientos del Tribunal Constitucional, respecto de los alcances de los principios del procedimiento administrativo y de la potestad sancionadora (por citar algunos: el Exp. 2192-2004-AA/TC y el Exp. 00452-2021-AA/TC). Finalmente, en cuanto a la doctrina que se empleará en el presente informe, se recurrirá a fuentes nacionales y extranjeras, por citar algunos ejemplos: los artículos de Jorge Danós titulados “Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública” y “La regulación del procedimiento administrativo sancionador en el Perú”, el artículo de Ramón Huapaya titulado “El derecho constitucional al debido procedimiento

administrativo en la ley del procedimiento administrativo general de la República del Perú”, entre otros.

Para finalizar, y como se puede colegir de lo expresado, producto del análisis se arribará a la conclusión que OSINERGMIN ha vulnerado los principios de legalidad y debido procedimiento en el marco del procedimiento administrativo sancionador contra Southern. En esa línea, se argumentará que OSINERGMIN debió proceder declarando la nulidad de los actos con los que se inició el procedimiento sancionador y aquellos que los siguieron, en vez de argumentar de forma bastante cuestionable su posición, actuando de manera contraria al ordenamiento jurídico administrativo peruano.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1. Antecedentes

La entidad administrativa que inicia el procedimiento administrativo sancionador en el presente caso es el OSINERGMIN, organismo regulador que se encarga de supervisar y fiscalizar las actividades que llevan a cabo personas jurídicas y personas naturales en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería, específicamente, en lo que concierne al cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas vinculadas a estas actividades¹.

Por su parte, la empresa Southern Copper Corporation es una empresa minero-metalúrgica con presencia mundial y de origen estadounidense, productora de cobre y otros subproductos de valor, que realiza actividades de extracción, transformación y comercialización de recursos minerales². Con ánimo de expandir sus actividades, constituye una sucursal en Perú en el año 1954, siendo a través de esta que realiza mejoras en la “Fundición de Ilo” en el año 1960 y, posteriormente, adquiere la “Refinería de cobre de Ilo” en el año 1994.

¹ Conforme a los artículos 1 y 2 de la Ley N° 26734, Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía -OSINERG.

² Extraído de la página web de Southern, cuyo enlace es el siguiente: <https://southerncoppercorp.com/>

En este contexto, resultaba obligatorio para Southern la elaboración de un PAMA³, instrumento de gestión ambiental que fue regulado para la actividad minera por el RPAAM⁴. Es así como, en fecha 31 de enero de 1997, por medio de la Resolución Directoral N° 042-97-EM/DGM es aprobado el PAMA presentado por Southern, en el cual se encuentra comprendido el proyecto de “Modernización de la Fundición de Ilo”, siendo que, para la operación de fundición en Ilo se estableció el plazo de 10 años para la adecuación a dicho instrumento⁵.

En esa línea, con fecha 1 de febrero de 2007, Southern remite una comunicación a la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros del Ministerio de Energía y Minas (en adelante, la DGAAM), por la cual informa haber culminado con la ejecución de la Tercera Etapa del Proyecto denominado “Modernización de la Fundición de Ilo” en fecha 31 de enero de 2007.

Seguidamente, por medio del Oficio N° 391-2007-MEM/DGM de fecha 19 de abril de 2007, la DGAAM remite dicha comunicación al OSINERGMIN, para hacer de su conocimiento que Southern culminó la ejecución de la Tercera Etapa del referido Proyecto, a fin de que dicha entidad realice las acciones de fiscalización, conforme corresponde a sus competencias.

2.2. Hechos relevantes del caso

ETAPA DE FISCALIZACIÓN

En fecha **1 de febrero de 2007**, la empresa Southern comunicó a la DGAAM la culminación de la Tercera Etapa del Proyecto denominado “Modernización de la Fundición de Ilo”, habiéndose cumplido el plazo de 10 años para la adecuación al PAMA aprobado por Resolución Directoral N° 042-97-EM/DGM.

³ De conformidad con el RPAAM, este instrumento nace con el propósito que los titulares de operaciones minero-metalúrgicas adecuen sus actividades a los niveles máximos permisibles para emisiones y/o vertimientos, en base a la elaboración de un programa de acciones e inversiones para implementar las medidas y adelantos tecnológicos que resulten necesarios.

⁴ A este respecto, puede revisarse la siguiente nota periodística:

<https://especial.elcomercio.pe/mineriasostenible/que-son-los-pama-y-como-forjaron-una-nueva-mineria/>

⁵ Conforme se desprende de la sección “Historia” en la página web de Southern, cuyo enlace es el siguiente: <https://southerncoppercorp.com/historia/>

En vista de ello, la DGAAM emite el Oficio N° 391-2007-MEM/DGM de fecha **19 de abril de 2007**, por el cual envía tal comunicación al OSINERGMIN, a fin de que dicho organismo pueda efectuar las acciones de fiscalización correspondientes.

Es así como, el organismo regulador designó a la fiscalizadora externa Tecnología XXI S.A., con la finalidad de que realice la auditoría ambiental respecto de la ejecución del referido PAMA. Dicha empresa fiscalizadora, en fechas **4 de julio de 2007** y **19 de noviembre de 2007**, remitió los resultados de la auditoría ambiental, los cuales se plasmaron en el Informe de Cumplimiento del PAMA – Auditoría Ambiental de “Planta de Fundición y Refinería de Ilo”.

PRIMERA INSTANCIA

En base a los resultados de la auditoría ambiental, la Gerencia de Fiscalización Minera de OSINERGMIN (en adelante, la GFM), mediante el Oficio N° 248-2007-OS-GFM de fecha **28 de noviembre de 2007**, determina el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra Southern por haber infringido normas ambientales al incumplir con los Límites Máximos Permisibles (en adelante, LMP) para emisión de partículas y para efluentes minero-metalúrgicos, así como también, por haber realizado la descarga de efluentes líquidos sin autorización, por la emisión de material particulado y por salpicaduras de ácido sulfúrico.

Una vez notificados del inicio del procedimiento administrativo sancionador, Southern presenta sus descargos mediante los escritos de fechas **13 de diciembre de 2007** y **8 de enero de 2008**, en los cuales niega y contradice cada una de las imputaciones realizadas por OSINERGMIN, advirtiendo que el referido Oficio adolece de nulidad, por no observarse el procedimiento sancionador aplicable, y de falta de motivación, toda vez que no se han precisado las normas que recogen las infracciones ni la expresión de sanciones que pudieran imponerse, así como tampoco se ha presentado el sustento técnico de las presuntas afectaciones al medio ambiente.

Seguidamente, en fecha **15 de enero de 2008**, la GFM emite el Oficio N° 034-2008-OS-GFM, por el cual determina el inicio de un segundo procedimiento administrativo sancionador contra Southern por el incumplimiento de los proyectos “Planta de Metales Preciosos y de Selenio” y “Mejora en la Zona de Lavado de Carros de Ferrocarril”, contemplados en el PAMA.

De igual manera, una vez notificados con el inicio del segundo procedimiento administrativo sancionador, Southern presentó sus descargos el **30 de enero de 2008**, en los cuales señaló que ambos proyectos habían sido reportados anualmente con el 100% de avance físico ante el Ministerio de Energía y Minas, de manera que resultaba cuestionable el hecho que, repentinamente, se afirmara la existencia de un incumplimiento con relación a estos.

Posteriormente, por medio de la Resolución de Gerencia General N° 1195-2008-OS/GFM de fecha **22 de abril de 2008**, se resuelve acumular los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por los Oficios N° 248-2007-OS-GFM y N° 034-2008-OS-GFM, y sancionar a Southern pecuniariamente conforme a lo siguiente:

- Multa de 3.75 UIT por el incumplimiento de 2 proyectos del PAMA: Proyectos de “Planta de metales preciosos y selenio” y “Mejora en la zona de lavado de carros de ferrocarril”.
- Multa de 100 UIT por 2 infracciones graves consistentes en haber superado los LMP establecidos en el artículo 3 de la Resolución Ministerial N° 315-96-EM/VMM y el artículo 4 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, respecto de los parámetros “partículas” de las emisiones en la chimenea del horno Isasmelt y el parámetro “arsénico” en el efluente líquido de la fundición (Fu-i-9), respectivamente.
- Multa de 70 UIT por haber infringido el artículo 104 de la LGS, el artículo 74 y el numeral 75.1 del artículo 75 de la LGA y los artículos 5 y 6 del RPAAM, conforme al siguiente detalle:
 - 50 UIT por la descarga no autorizada de vertimientos.
 - 20 UIT por infracciones graves vinculadas a la emisión de material particulado en el circuito de chancado.

SEGUNDA INSTANCIA

Frente a dicho pronunciamiento del organismo regulador, Southern presenta un recurso de reconsideración en fecha **21 de mayo de 2008**, en el cual adjunta nueva prueba y señala, como cuestión previa, que el procedimiento iniciado en su contra adolece de un defecto insubsanable, cual es la vulneración de los principios de legalidad, tipicidad, debido procedimiento y su derecho de defensa.

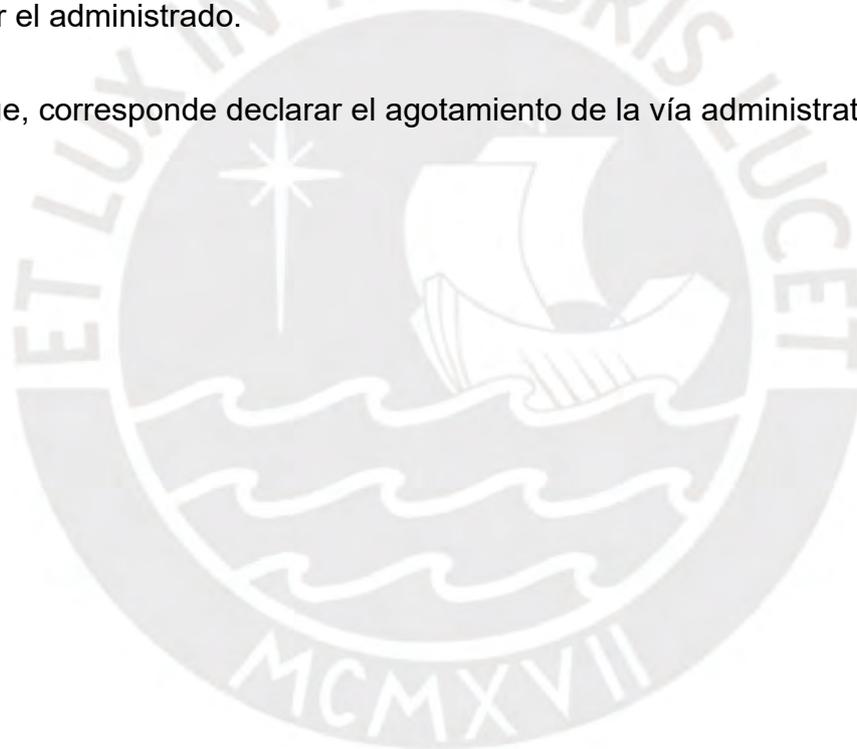
En dicho recurso administrativo, Southern arguye que la potestad sancionadora de OSINERGMIN no ha sido establecida en una norma con rango de ley y que las normas que tipifican las infracciones tampoco revisten rango de ley, de manera que, se estaría inobservando la exigencia prevista en el artículo 230 de la LPAG. Asimismo, refiere que no se han precisado las normas que recogen las infracciones ni la expresión de sanciones que pudieran imponerse, lo cual ha dado lugar a una situación de indefensión para la empresa. Finalmente, advierten que no se habrían valorado adecuadamente las pruebas aportadas, por lo cual se habría vulnerado tanto su derecho de defensa como el debido procedimiento administrativo.

Finalmente, en fecha **27 de mayo de 2010**, por la Resolución del Consejo Directivo de OSINERGMIN N° 131-2010-OS/CD, se declara infundado el recurso presentado por Southern y se confirma la Resolución de Gerencia General N° 1195-2008-OS/GFM, siendo los argumentos del organismo regulador los siguientes:

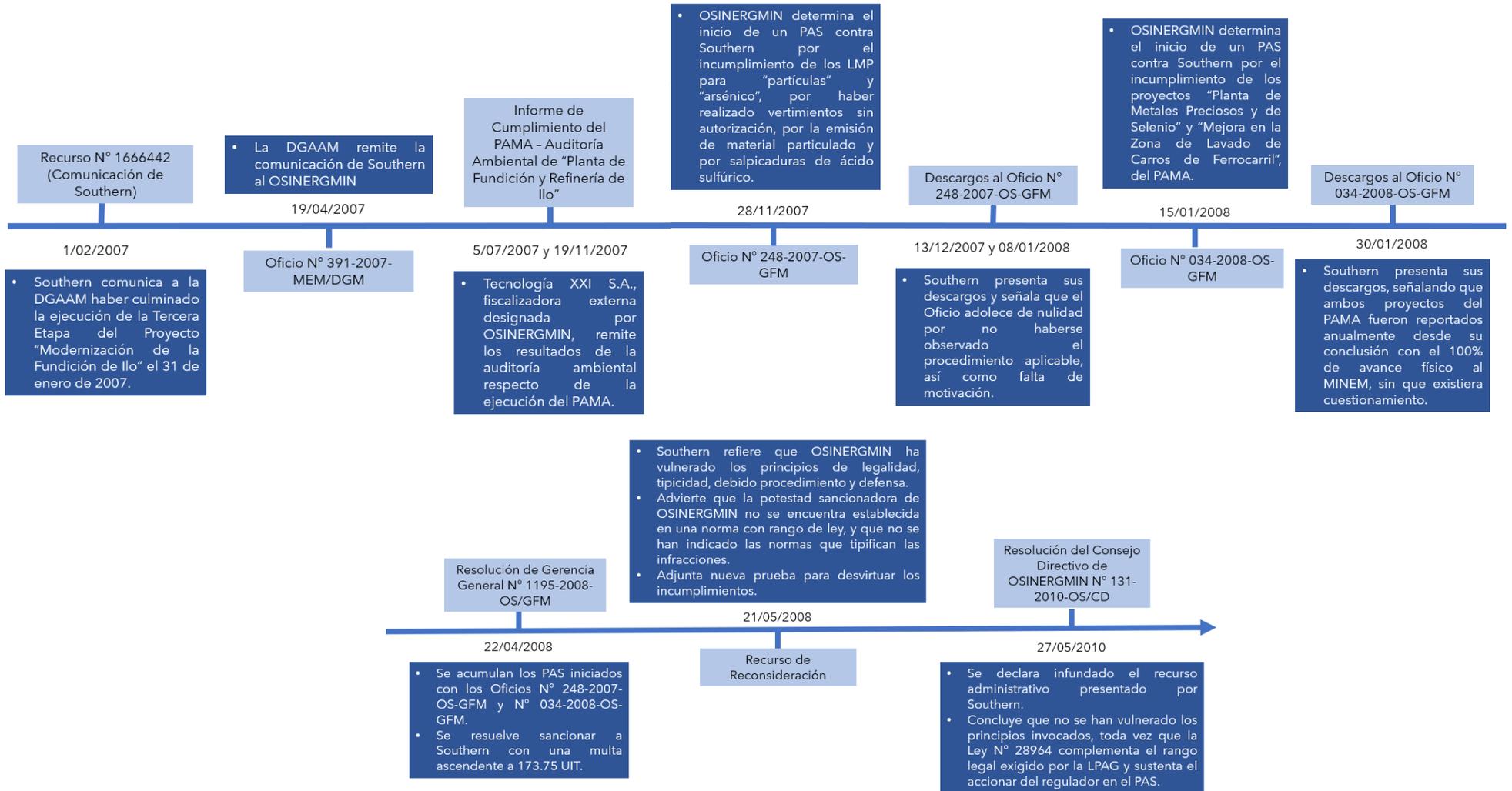
- Que, por el hecho que el recurso administrativo interpuesto deduce la nulidad de la resolución impugnada, cuestionando diversos principios de la potestad sancionadora, en aplicación de los artículos 209 y 213 de la LPAG, califica como un recurso de apelación y no como un recurso de reconsideración.
- Que, no existe vulneración de los principios de legalidad y tipicidad, debido a que la Ley N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG, dispuso que seguirían vigentes las disposiciones contenidas en la Escala

de Sanciones y Multas aprobada por Resolución Ministerial N° 310-2000-EM-VMM, siendo de tal manera que se “complementa” el rango legal requerido por la LPAG para la determinación de las infracciones y sanciones por el incumplimiento de obligaciones legales.

- Que, no existe vulneración al debido proceso ni al derecho de defensa, toda vez que ha quedado desmentida la vulneración de los principios de tipicidad y legalidad, además que se señaló el supuesto de infracción en cada caso.
- Que, al haberse encausado el recurso de reconsideración como un recurso de apelación no corresponde evaluar la nueva prueba presentada por el administrado.
- Que, corresponde declarar el agotamiento de la vía administrativa.



LÍNEA DE TIEMPO DE LOS HECHOS RELEVANTES DEL CASO “SOUTHERN”



III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1. Problemas principales

Problema N° 1:

¿OSINERGMIN ha vulnerado el principio de legalidad al iniciar los procedimientos administrativos sancionadores contra Southern mediante los Oficios N° 248-2007-OS-GFM y N° 034-2008-OS-GFM?

Problema N° 2:

¿OSINERGMIN ha actuado conforme al principio del debido procedimiento en el procedimiento administrativo sancionador seguido contra Southern?

3.2. Problemas secundarios

Con relación al Problema N° 1:

- 1.1 ¿La potestad sancionadora de OSINERGMIN ha sido atribuida conforme a lo dispuesto por el principio de legalidad?
- 1.2 ¿Las normas que sirven de sustento a las sanciones impuestas por OSINERGMIN cumplen los requisitos del principio de legalidad?

Con relación al Problema N° 2:

- 2.1 ¿Los Oficios N° 248-2007-OS-GFM y N° 034-2008-OS-GFM cumplen con expresar la norma que tipifica las conductas infractoras y las sanciones que pudieran imponerse con relación a estas?
- 2.2 ¿La calificación del recurso de reconsideración como un recurso de apelación, con la consecuente omisión del análisis de la nueva prueba, vulnera el derecho de defensa de Southern?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1. Respuestas preliminares a los problemas principales y secundarios

En cuanto al primer problema planteado, se afirma que OSINERGMIN habría vulnerado el principio de legalidad al iniciar el procedimiento administrativo

sancionador contra Southern, puesto que, si bien cuenta con potestad sancionadora atribuida por una norma con rango de ley, conforme a las exigencias establecidas en el artículo 230 de la LPAG, las normas que sirven de sustento a las imputaciones formuladas por OSINERGMIN carecen de la formalidad y el contenido necesario. Ello es evidente en la medida que tales normas se limitan a señalar las obligaciones y prohibiciones que deben observar los administrados, sin tipificar infracción ni establecer sanción alguna. En ese sentido, al usar dichas normas como sustento legal para imponer sanciones, OSINERGMIN estaría actuando de manera arbitraria y contraria a derecho.

Con respecto al segundo problema planteado, se considera que OSINERGMIN no ha respetado el principio del debido procedimiento en el trámite del procedimiento administrativo sancionador contra Southern. Al respecto, los oficios por los que se inició dicho procedimiento no expresan con claridad la norma que tipifica las conductas infractoras ni las sanciones que pudieran imponerse a la empresa, siendo así que se impide el adecuado ejercicio del derecho de defensa de Southern. Asimismo, la calificación del recurso de reconsideración como un recurso de apelación, genera un perjuicio importante para la empresa, toda vez que no se analiza la nueva prueba presentada para desvirtuar las imputaciones, lo cual también limita su derecho de defensa.

4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

Se considera que OSINERGMIN ha resuelto el presente caso de manera contraria a los principios de la potestad sancionadora. En tal sentido, se advierte con claridad la contravención de los principios de legalidad, tipicidad y debido procedimiento, los cuales son de obligatoria observancia por toda entidad de la Administración Pública, pues son los límites al ejercicio de la cuota de poder público que el sistema jurídico le reconoce a cada una de estas.

Con respecto al principio de legalidad, se considera que la potestad sancionadora de OSINERGMIN ha sido atribuida válidamente, pero las conductas sancionables administrativamente no se encontraban previstas por una norma con rango de ley, de manera que lo resuelto por la entidad carece de validez al transgredir de manera flagrante el principio mencionado. Asimismo, en los Oficios por los cuales se inicia el procedimiento sancionador se ha valorado

la existencia de un vicio insubsanable, que supone la vulneración del debido procedimiento, el cual reside en el hecho que se ha realizado la imputación de cargos sin expresar la tipificación de infracciones ni las posibles sanciones, lo cual le impidió a Southern ejercer su derecho de defensa adecuadamente.

Por tales razones, se sostiene que el Consejo Directivo de OSINERGMIN debió declarar la nulidad de todo lo actuado, reconociendo los vicios insubsanables en los cuales se incurrió en el procedimiento sancionador contra Southern.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1. ¿OSINERGMIN ha vulnerado el principio de legalidad al iniciar los procedimientos administrativos sancionadores contra Southern mediante los Oficios N° 248-2007-OS-GFM y N° 034-2008-OS-GFM?

Para brindar una respuesta apropiada a la específica pregunta que se formula en el presente acápite, es preciso tener en claro, en primer lugar, en qué consiste el principio de legalidad y cuáles son sus alcances, para luego aterrizar dicho principio en nuestra normativa de derecho administrativo.

En primer lugar, desde el lenguaje político, Norberto Bobbio define a la *legalidad* como “un atributo y un requisito del poder”; en ese sentido, cuando se señala que un poder reviste legalidad o se ejerce legalmente, significa que se encuentra conforme con las leyes establecidas o de alguna manera aceptadas por la colectividad (Bobbio 1990, p. 554, citado en Bergalli 1998, p. 58). Esta legalidad se encuentra estrechamente vinculada con el concepto de legitimidad, pues el poder se entenderá legítimo cuando se ejercite de conformidad con reglas prefijadas y consensuadas, así como también, al tener su origen en una fuente que confiera un “justo título” para su ejercicio (Bergalli, 1998, p. 58). En esa línea, se puede afirmar que el cumplimiento de la legalidad otorga legitimidad y que es posible hablar de legitimidad cuando el ente o entidad que ejerce el poder tiene la justificación para ello.

Desde otra perspectiva, el autor Roberto Islas refiere que la legalidad como principio es y funciona como un parámetro de control en el mundo del derecho, que dicta el “deber ser” en el marco de los diferentes ordenamientos jurídicos

(2009, p. 100). En esa línea, el autor identifica una parte estática y una parte dinámica en dicho principio: en su parte estática, el principio de legalidad funciona como una suerte de “regla de competencia y regla de control” respecto de los actos dispuestos en las leyes, por cuanto dicta qué deben hacer las entidades estatales y cómo deben realizarlo (2009, p. 101). En cambio, en su parte “dinámica”, el principio establece “la conformidad de actuación de la autoridad y la conformidad del resultado de su actuación con la ley” (2009, p. 102).

En efecto, la Constitución y las leyes establecen de forma expresa las disposiciones que deben observar las entidades estatales (sin perjuicio que, en el transcurso del tiempo estas puedan ser modificadas); se identifica, entonces, al principio de legalidad, en la medida que las entidades deberán sujetar su actuación a estas disposiciones. Así también, el principio se materializa en el control que se ejerce respecto de la actuación concreta de las entidades estatales, siendo necesaria la evaluación del caso particular, para verificar la validez de la actuación de la entidad estatal y de su resultado práctico, la cual se determina en función del cumplimiento de los requisitos establecidos por las leyes y la Constitución.

En base a lo expuesto, es evidente que el principio de legalidad se encuentra indisolublemente ligado a la idea de “control”, de manera que tanto en su parte “estática” o “dinámica” termina por materializarse en control sobre la actuación del Estado, el cual se encuentra justificado considerando la potencialidad de la actuación estatal para afectar o incidir en los derechos de los ciudadanos.

Por otro lado, García de Enterría, a la luz del ordenamiento jurídico español, refiere que el principio de legalidad se identifica con el Estado de Derecho, el cual viene a ser entendido como el imperio de la Ley o más bien “la convivencia dentro de las Leyes”, las cuales deberán de producirse conforme al marco constitucional, así como emanar de la voluntad popular y garantizar plenamente los derechos fundamentales (1984, p. 12). En consecuencia, el autor refiere que la legalidad viene a ser una “técnica determinada de organizar la vida colectiva” basada en el gobierno por las Leyes, cuya voluntad abstracta es, o debiera ser, el reflejo de la voluntad popular (1984, p. 12).

Así, integrando los conceptos expresados por los diferentes autores, el principio de legalidad, en términos generales, viene a ser un límite al ejercicio del poder público. En ese sentido, el poder debe ser ejercido de acuerdo con la legalidad, entendida como el “imperio de la Ley”, siendo así que las entidades estatales deberán actuar con sujeción a las disposiciones legislativas y constitucionales, las cuales, al emanar de la voluntad popular, dotan de legitimidad al poder del cual tales entidades se encuentran investidas. Es así como, se reafirma la idea de “control” inherente al principio de legalidad, bajo el cual se organiza la vida colectiva con respeto a las leyes y a la Constitución, que representan límites a la intervención estatal en la esfera de los ciudadanos.

En este orden de ideas, el principio de legalidad cobra especial importancia de cara al poder punitivo del Estado, del cual es límite y fundamento, y es así como aterriza, de manera específica, en el ámbito del derecho penal (Bergalli, 1998, p. 59).

En este plano, el principio de legalidad impone dos condiciones: la primera, que solo el legislador tiene la facultad de crear las leyes penales, y la segunda, que al redactar el texto de la ley, la conducta punible debe ser descrita de manera completa, con absoluta claridad y precisión (Cristóbal, 2020, p. 251). De esta manera, al imponer una pena por una conducta considerada punible por el ordenamiento jurídico, el Estado debe actuar conforme a las leyes penales y a la Constitución, siendo que cualquier exceso o inobservancia supondrá el incumplimiento del principio de legalidad, esto es, que no se ha actuado dentro de los límites dados por el ordenamiento jurídico para el ejercicio del poder público en su dimensión punitiva.

Al respecto, la Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante, la Constitución) contempla el principio de legalidad en su artículo 2 inciso 24 literal d), conforme al texto siguiente:

Derechos fundamentales de la persona

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

(...) d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley. (Subrayado agregado). (1993).

El artículo precitado consolida la otra cara del principio de legalidad, y es que su sola existencia en el ordenamiento jurídico es una garantía para el ciudadano, pues al respetar el principio de legalidad, el Estado respeta los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Particularmente, en el ámbito penal, se trataría de los derechos a la libertad y seguridad personales.

Asimismo, es importante mencionar en este punto que, el principio de legalidad guarda una estrecha relación con la institución de la reserva de ley (Cristóbal, 2020, p. 256). De la lectura del artículo, se aprecia que la determinación de las conductas consideradas punibles, así como de las penas aplicables a aquellas, deberá realizarse mediante leyes. Tal restricción tiene una intencionalidad, y es que se pretende reservar a favor del Poder Legislativo la potestad de afectar los derechos fundamentales en este ámbito (2020, p. 256). Como es evidente, ello responde al hecho que el Poder Legislativo ostenta la representación popular, por lo cual, atendiendo a lo específico, gozaría de legitimidad para producir las normas penales.

Ahora bien, el poder punitivo del Estado no solamente se manifiesta en el ámbito del derecho penal, sino también en el ámbito del derecho administrativo, cuando las entidades de la Administración Pública ejercen la potestad sancionadora. Al respecto, en el ordenamiento jurídico peruano, como en muchos otros, se ha reconocido que las entidades de la Administración Pública pueden determinar conductas infractoras e imponer sanciones, con lo cual se ha constituido un espacio de intervención materialmente menos gravoso que el de naturaleza penal, pero con la misma finalidad: salvaguardar y garantizar el Estado de Derecho en base a la determinación y sanción de conductas prohibidas.

Los autores Izquierdo y Rebollo señalan que, hoy en día, la potestad sancionadora de la Administración Pública se ha extendido hasta tal punto que resulta una tarea sumamente complicada distinguir aquello que debiera ser delito de aquello que debiera ser infracción administrativa, sin perjuicio de lo cual, se

identifica en esta última una conducta menos lesiva que aquella materia de pena, así como también, una sanción de menor gravedad (2018, p. 201-202). Por otra parte, a la par que se ha aceptado la extensión de esta potestad sancionadora, ha sido necesario incluir contrapesos, es decir, rigurosos límites en cuanto a las formalidades y condiciones para su ejercicio (2018, p. 202).

Sobre este último aspecto, Jorge Danós señala que, al regular las actividades de las entidades de la Administración Pública, entre las cuales se encuentra la actividad sancionadora, desde la ley se persigue un doble objetivo: por un lado, la eficacia de la actividad administrativa, orientada a la satisfacción del interés público encomendado a cada entidad por el marco constitucional y legislativo, y, de otro lado, garantizar que el ejercicio de la actividad administrativa no incida de forma ilegítima sobre los derechos de los administrados (2018, p. 13).

En otras palabras, se trata de encontrar un balance o equilibrio entre la eficacia de la actividad administrativa, con la importancia que esta reviste al encontrarse basada en el interés público, y el respeto, en su ejercicio, de las garantías constitucionales y legales a favor de los ciudadanos. Es así como el principio de legalidad se inserta en este plano, limitando a las entidades de la Administración Pública en el ejercicio de la potestad sancionadora, en la medida que, al igual que la potestad punitiva penal, tiene el potencial de afectar los derechos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos (Santy, 2017, p. 189). Como es evidente, ambas potestades comparten este principio como límite en tanto que son manifestaciones del mismo ius puniendi.

Bajo estas consideraciones, es oportuno identificar cómo se ha abordado el principio de legalidad en el específico ámbito del derecho administrativo peruano. Al respecto, el principio en referencia ha sido conceptualizado en dos secciones de la LPAG: la primera, referida a los principios del procedimiento administrativo general, y la segunda, referida a los principios de la potestad sancionadora.

La primera concepción del principio de legalidad se encuentra recogida en el Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG⁶, conforme al texto siguiente:

⁶ Desde la publicación de la LPAG el 11 de abril de 2001, no se ha modificado el Artículo IV en lo que respecta al principio de legalidad, siendo así que este mismo texto se encuentra en vigor. Cabe agregar que, en el vigente Texto Único Ordenado de la LPAG, aprobado por Decreto

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

(...) 1.1. **Principio de legalidad.**- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas. (2001).

Como puede apreciarse, en el marco del procedimiento administrativo general, el principio de legalidad se expresa en una fórmula amplia, acorde con las definiciones antes reseñadas. En virtud de esta fórmula, las autoridades deben respetar la Constitución y las leyes, así como actuar dentro de su marco competencial, de conformidad con los fines para los que tales competencias les han sido otorgadas. Así, en síntesis, se establece que las autoridades deben ejercer el poder público en observancia del marco legislativo y constitucional aplicable, con todo lo que ello implica.

Por otra parte, el principio de legalidad como principio de la potestad sancionadora administrativa es desarrollado en el artículo 230 de la LPAG⁷, con el siguiente texto:

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.” (...) (2001).

Supremo N° 004-2019-JUS, el principio de legalidad conserva su ubicación en el numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar.

⁷ Igualmente, el texto del Artículo 238 de la LPAG, en lo que respecta al principio de legalidad, no ha sufrido modificación alguna desde la publicación de la Ley. Sin perjuicio de ello, se debe precisar que, en el vigente Texto Único Ordenado de la LPAG, el principio ha cambiado de ubicación, encontrándose en el numeral 1 del Artículo 248.

A la luz del artículo citado se aprecia que, como principio de la potestad sancionadora, el principio de legalidad establece una doble reserva legal: la primera, respecto de la atribución de la potestad sancionadora a las entidades administrativas, y la segunda, en cuanto a la determinación de las sanciones que estas pueden imponer en caso los administrados incurran en una infracción administrativa (Morón, 2019, p. 400). Esta doble reserva legal encontraría justificación en el hecho que la ley es la norma “más autorizada” para afectar los derechos fundamentales, dada la legitimidad de la que goza al originarse en el consenso y la voluntad popular.

Después de analizar sucintamente la regulación del principio de legalidad, resta ver la manera en que este principio ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional del Perú (en adelante, el Tribunal Constitucional o Tribunal), órgano constitucional que, al velar por la primacía de la Carta Magna y la ley frente a las normas de inferior rango, así como por el respeto de los derechos fundamentales, se ha pronunciado sobre este principio y sus alcances en algunas ocasiones.

Al respecto, se encuentra la Sentencia recaída en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC, en la cual el Tribunal desarrolla los alcances del principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador. A través de sus fundamentos 3 y 4, el máximo intérprete de la Constitución fortalece al principio mencionado al considerarlo como una “auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales” (2005), y, lo que no es novedad, como criterio fundamental del ejercicio del poder punitivo por parte del Estado, idea que se ha venido reiterando en párrafos precedentes. Asimismo, identifica en el principio una doble reserva legal, distinta a la señalada por Morón, en virtud de la cual, tanto la conducta prohibida como la sanción aplicable deberán determinarse por ley para cumplir con el principio, punto que se retomará más adelante.

Por otra parte, se encuentra la Sentencia recaída en el Expediente N° 00452-2012-AA/TC, en cuyo fundamento 17 el Tribunal desarrolla la naturaleza de límite que posee el principio de legalidad (2012). De este modo, la potestad sancionadora de la Administración Pública debe ejercerse en estricta observancia de las leyes, siendo esta una garantía esencial para los administrados en el marco de un procedimiento sancionador. Asimismo, el

Tribunal señala que, si bien las leyes admiten un margen de discrecionalidad a favor de la Administración, esta no es ni puede o debe ser entendida como absoluta, dando lugar a actos arbitrarios (2012).

Dado este desarrollo sobre el principio de legalidad, en lo que sigue se analizará si OSINERGMIN ha vulnerado el principio en cuestión al iniciar los procedimientos administrativos sancionadores contra la empresa Southern. Para tal efecto, considerando el contenido del artículo 230 de la LPAG, se evaluará, en primer lugar, si la entidad contaba con potestad sancionadora atribuida por norma con rango de ley y, en segundo lugar, si las normas en que se sustentó la imposición de las sanciones cumplían con las exigencias del principio de legalidad.

5.1.1. ¿La potestad sancionadora de OSINERGMIN ha sido atribuida conforme a lo dispuesto por el principio de legalidad?

El Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG) es creado por la Ley N° 26734 (en adelante, la “Ley de creación del OSINERGMIN” o “Ley de creación”), publicada el 31 de diciembre de 1996. Posterior a ello, en virtud de la Ley N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG (en adelante, la “Ley N° 28964”), publicada el 24 de enero de 2007, el organismo regulador adquiere competencias en el sector minero y pasa a denominarse OSINERGMIN.

De acuerdo con su Ley de creación, se encarga de regular, supervisar y fiscalizar las actividades desarrolladas por personas naturales y jurídicas, en los subsectores de electricidad e hidrocarburos, así como también, de minería⁸ (1996). Por su condición de organismo regulador, cuenta con personería jurídica de derecho público interno, así como autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera, conforme se desprende de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (en adelante, la “Ley Marco”), publicada el 29 de julio de 2000⁹.

⁸ Artículo 1 de la Ley de Creación del OSINERGMIN, modificado por la Ley N° 28964.

⁹ Artículo 1 de la Ley Marco, en concordancia con el Artículo 1 de la Ley de Creación del OSINERGMIN.

Tales prerrogativas le son otorgadas, en el entendido que tiene la misión de vigilar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas aplicables a los sectores mencionados¹⁰ (2007), así como también, originariamente y para efectos del presente caso, de las disposiciones que promueven la conservación y protección del medio ambiente en el marco de las actividades propias de dichos sectores¹¹ (2007).

Es importante señalar que, de acuerdo con el texto anterior del artículo 1 de su Ley de creación, OSINERGMIN no era definido como un “organismo regulador, supervisor y fiscalizador”¹², sino que era considerado únicamente como un “organismo fiscalizador”; ello pone en evidencia la relevancia de la Ley N° 28964, por cuanto reconoce, precisa y amplía el marco competencial del organismo regulador.

En línea con lo indicado, el artículo 5 de la Ley de Creación del OSINERGMIN, referido a sus funciones, presenta algunos cambios en su redacción a raíz de su modificación por la Ley N° 28964, a fin de incluir al sector de minería dentro de los ámbitos en los cuales el regulador puede ejercer sus competencias. En tal sentido, se precisa que OSINERGMIN no solamente supervisará sino también fiscalizará las actividades en los subsectores sobre los que recaen sus competencias, esto es, electricidad, hidrocarburos y minería.

A partir de la lectura integrada de los instrumentos normativos previamente aludidos, se aprecia que las funciones de fiscalización asignadas al OSINERGMIN presuponen su potestad sancionadora. En línea con ello, el inciso d) del artículo 3 de la Ley Marco desarrolla la “función fiscalizadora y sancionadora” que poseen los organismos reguladores, bajo los siguientes términos:

(...) 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

¹⁰ Artículo 2 de la Ley de Creación del OSINERGMIN, modificado por la Ley N° 28964.

¹¹ Como es de público conocimiento, la entidad que actualmente se encarga de la supervisión y fiscalización ambiental es el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), de allí la precisión que OSINERGMIN tiene “originariamente y para efectos del presente caso” tal función fiscalizadora.

¹² Sin perjuicio que haya sido considerado como tal en virtud del Artículo 1 de la Ley Marco.

obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión; (...). (Énfasis y subrayado agregados). (2000).

En esa misma línea, el artículo 13 de la Ley N° 28964 señala que OSINERGMIN, en el marco de la supervisión y fiscalización de las actividades mineras, queda facultado para tipificar hechos y omisiones que configuren infracciones administrativas, así como también, para efectuar la graduación de las sanciones. En consecuencia, se agrega que, el Consejo Directivo del regulador es el órgano que deberá aprobar la correspondiente escala de multas y sanciones.

Dicho lo anterior, se debe precisar que, en el presente caso, cuando Southern culminó la ejecución del PAMA y comunicó ello al MINEM para que se realice la correspondiente fiscalización, OSINERGMIN apenas había asumido estas competencias con relación a las actividades mineras. En efecto, se observa que la Ley N° 28964, por la cual tales competencias le son otorgadas, es publicada el 24 de enero de 2007, y la comunicación remitida al MINEM informando la culminación del PAMA es de fecha 1 de febrero de 2007. Ahora bien, OSINERGMIN conoce dicha información por medio del oficio remitido por el MINEM a mediados de abril del mismo año, sin perjuicio de lo cual, la cercanía temporal entre la asunción de competencias y las acciones de fiscalización es indiscutible.

Dadas las circunstancias, el organismo regulador aún no había aprobado una escala de multas y sanciones; sin embargo, la Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Ley N° 28964 contenía una previsión respecto a dicho escenario: mientras se aprobaran los procedimientos de fiscalización de las actividades en el sector de minería, seguirían vigentes las disposiciones de la Ley N° 27474, el Decreto Supremo 049-2001-EM y la Escala de Sanciones y Multas, aprobada por Resolución Ministerial N° 310-2000-EM, así como las demás normas complementarias a estas¹³.

En este contexto, mediante los Oficios N° 248-2007-OS-GFM y N° 034-2008-OS-GFM (en adelante, conjuntamente, “los Oficios”), OSINERGMIN dispone el

¹³ Conforme se desprende de sus considerandos y contenido, la aplicación de esta normativa estaba pensada para el MINEM, que en su momento era el organismo competente para llevar a cabo la fiscalización en el sector. En tal sentido, se dispone la aplicación provisional de estas normas, en tanto no se aprueben otras que las reemplacen y actualicen.

inicio de los procedimientos sancionadores contra Southern “conforme a las facultades establecidas en la Ley N° 26734 y la Ley N° 28964”. Al respecto, como es claro de los artículos precedentemente citados, ambas normas hacen referencia expresa a la función fiscalizadora y sancionadora del referido organismo regulador, de manera que resulta indubitable que OSINERGMIN actúa conforme a la potestad sancionadora que le es reconocida por ambas normas con rango de ley.

Igualmente, esta potestad se encuentra reconocida en el precitado inciso d) del artículo 3 de la Ley Marco, de manera que, una tercera norma con rango de ley permite reafirmar que el regulador contaba con esta prerrogativa.

Ahora bien, en su recurso impugnativo de reconsideración, Southern cuestionó la potestad sancionadora de OSINERGMIN. El argumento principal fue que dicha potestad no puede ser ejercida en base a un “simple” decreto supremo, sino que debe estar previamente determinada e identificada en una norma de rango legal, condición esencial para la validez de cualquier procedimiento sancionador que se pretenda incoar.

Si bien no se precisa a qué decreto supremo se está haciendo referencia, es decir, qué “simple” decreto supremo consagra la potestad sancionadora de OSINERGMIN, conforme se colige de los Oficios¹⁴, se trataría del Reglamento General del organismo regulador. Ello es una suposición, debido a que no hubo mayor desarrollo sobre este cuestionamiento. Por su parte, la Resolución de Consejo Directivo N° 131-2010-OS/CD no se pronuncia sobre esta alegación realizada por Southern.

A este respecto, se debe tener presente que, el Reglamento General de OSINERGMIN, al igual que su Ley de Creación, la Ley N° 28964 y la Ley Marco, reconoce la potestad sancionadora de OSINERGMIN. Por lo demás, esta norma reglamentaria conceptualiza la función fiscalizadora y sancionadora, precisando algunos aspectos relativos a su ejercicio. En tal sentido, no se aprecia

¹⁴ Ello se asume, por cuanto los Oficios N° 248-2007-OS-GFM y N° 034-2008-OS-GFM señalan que: “...la Gerencia General del OSINERGMIN, en uso de sus atribuciones otorgadas mediante el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, se encuentra facultada a sancionar...”. Por la elección de palabras, a prima facie, se podría entender que la potestad sancionadora efectivamente ha sido “otorgada” a OSINERGMIN por una norma reglamentaria.

irregularidad alguna en lo que concierne a la potestad sancionadora del regulador, puesto que la norma reglamentaria no es el fundamento de la misma: por el contrario, esta se encuentra previamente atribuida y reconocida por ley, y el decreto supremo, simplemente, desarrolla conceptos relacionados a dicha potestad.

Por lo referido, al evaluar el cumplimiento de la primera exigencia del principio de legalidad conforme al texto del artículo 230 de la LPAG, se concluye que, en el presente caso, se ha cumplido con esta exigencia, siendo claro que la potestad sancionadora de OSINERGMIN ha sido atribuida y reconocida por más de una norma con el rango requerido por el principio. Dicho de otra manera, se ha respetado la reserva de ley en lo que respecta a la atribución de dicha potestad, por lo cual, en este extremo, no se advierte vulneración al principio de legalidad.

Para finalizar este acápite, es importante recalcar que, la reserva de ley consagrada por el principio de legalidad a la luz de la LPAG se exige, por un lado, respecto de la atribución de la potestad sancionadora a favor de una entidad de la Administración Pública, y de otro lado, respecto de la norma que comprende las consecuencias administrativas (sanciones) que pueden aplicarse a los administrados. Dicho ello, si bien la potestad en cuestión ha sido válidamente atribuida a OSINERGMIN, resta evaluar si se ha respetado el principio en cuanto a los requisitos que deben cumplir aquellas normas que sustentan las sanciones administrativas aplicadas.

5.1.2. ¿Las normas que sirven de sustento a las sanciones impuestas por OSINERGMIN cumplen los requisitos del principio de legalidad?

A fin de responder esta pregunta, es primordial identificar, en primer lugar, las imputaciones formuladas por OSINERGMIN en cada uno de los Oficios. Para ese propósito, los cuadros a continuación resultan ilustrativos:

Oficio N° 248-2007-OS-GFM

Descripción del incumplimiento	Infracción
Incumplimiento de los LMP para emisión de partículas en la chimenea del horno Isasmelt (parámetro "partículas").	Al artículo 3 de la Resolución Ministerial N° 315-96-EM/VMM.
Incumplimiento de los LMP para efluentes minero-metalúrgicos en el efluente	Al artículo 4 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

proveniente de la fundición Fu-i-9 (parámetro “arsénico”).	
Descarga de efluentes líquidos al mar sin autorización sanitaria de vertimientos.	Al artículo 104 de la LGS, y al artículo 74 de la LGA ¹⁵ .
Emisión de material particulado en el circuito de chancado, que estaría alterando la calidad ambiental del aire, y respecto de la cual no se ha tomado medidas de previsión y control.	A los artículos 5 y 6 del RPAAM, y a los artículos 74 y numeral 75.1 del artículo 75 de la LGA.
Salpicaduras de ácido sulfúrico en la zona de descarga del puerto, que estarían alterando la calidad ambiental de los suelos y que representan un riesgo para la salud, respecto de las cuales no se ha tomado medidas de previsión y control.	A los artículos 5 y 6 del RPAAM, y a los artículos 74 y numeral 75.1 del artículo 75 de la LGA.

Oficio N° 034-2008-OS-GFM

Descripción del incumplimiento	Infracción
Incumplimiento de dos proyectos del PAMA: a) “Planta de Metales Preciosos y de Selenio”, y b) “Mejora en la Zona de Lavado de Carros de Ferrocarril”, que presentan avances físicos del 95%.	No precisa ¹⁶ .

Revisando el contenido de los artículos infringidos, se identifica que, a primera vista, ninguno de estos contempla propiamente una sanción o una infracción, por el contrario, se trata de artículos que establecen obligaciones y prohibiciones. Ello se desarrollará en mayor detalle más adelante, sin embargo, se debe resaltar desde este momento que, el mero establecimiento de una obligación o prohibición no habilita a una entidad administrativa a sancionar a los administrados por su inobservancia; necesariamente, estas deben tener como correlato la previsión de las infracciones correspondientes y de las sanciones aplicables.

En segundo lugar, para efectos de complementar el análisis planteado en las siguientes líneas, es pertinente identificar el contenido del principio de tipicidad,

¹⁵ Se añade que Southern habría incurrido en el numeral 3.4 de la Escala de Multas y Penalidades.

¹⁶ Se añade que Southern habría incurrido en el inciso B2.a del artículo 48 del RPAAM, modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 022-2002-EM.

al cual se refiere el numeral 4 del artículo 230 de la LPAG, conforme al texto siguiente:

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 (...) (Énfasis y subrayado agregados). (2001).¹⁷

Como puede apreciarse, este principio consagra una tercera reserva de ley, la cual complementa aquellas establecidas bajo el principio de legalidad. De esta manera, tanto la potestad sancionadora de la entidad administrativa, como la infracción y la sanción que esta pueda determinar en un procedimiento administrativo sancionador, deberán encontrarse en una norma de rango legal.

A este respecto, Ocampo refiere que los principios de legalidad y tipicidad aparecen como “las dos caras distintas de una misma moneda”, pues el primero establece la reserva legal para las sanciones, mientras el segundo establece la reserva legal para tipificar las conductas infractoras (2011, p. 296).

En otro orden de ideas, Danós refiere que materialmente el principio de legalidad supone que la norma con rango de ley debe establecer tanto la tipificación de las conductas infractoras como las posibles sanciones (1995, p. 153). En ese sentido, la reserva legal para las infracciones que la LPAG establece bajo el principio de tipicidad, sería en realidad parte del contenido del principio de legalidad.

Este mismo razonamiento se encuentra plasmado en el fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC, donde el Tribunal Constitucional señala que el principio de legalidad no solamente exige que por ley sean determinados los delitos/sanciones, sino que las conductas punibles también se establezcan por ley. En el mismo sentido, el fundamento 41 de la

¹⁷ Actualmente, en el vigente TUO de la LPAG, el texto citado se mantiene, no obstante, en virtud del Decreto Legislativo N° 1272, se han agregado dos párrafos adicionales, precisando los alcances de este principio (la previsión de las obligaciones cuya infracción supone el incumplimiento y los límites a la tipificación de infracciones con idéntico supuesto y fundamento de hecho a los delitos y faltas).

sentencia recaída en el Expediente N° 0020-2015-PI/TC refiere que existe vulneración al principio de legalidad si se sanciona a una persona por una infracción no prevista de manera expresa en una norma con rango de ley.

En ese sentido, la reserva legal que consagra el texto literal del principio de tipicidad en la LPAG se revela como más que el complemento necesario de la reserva legal que establece el principio de legalidad, al punto que para el Tribunal Constitucional esta tercera reserva de ley es parte integrante del principio de legalidad.

Bajo esta perspectiva, entonces, ¿cuál sería el contenido del principio de tipicidad? Considerando el artículo antes citado, este principio va más allá de meramente establecer una reserva de ley, exigiendo que se establezca expresamente la conducta infractora mediante su tipificación como tal, por lo cual este sería su contenido esencial. En esa línea, de acuerdo con el fundamento 5 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC, el principio de tipicidad se satisface cuando se define con precisión la conducta infractora. Asimismo, de acuerdo con el fundamento 41 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0020-2015-PI/TC, se vulneraría este principio cuando a pesar de que la infracción se encuentra establecida en una norma con rango de ley, no se cumple con mínimos estándares de precisión al describir la conducta.

Sin ánimo de extender el desarrollo de estas cuestiones, lo cierto es que del texto del artículo citado es claro que bajo el principio de tipicidad se concibe una tercera reserva de ley, que de acuerdo con el Tribunal Constitucional se encuentra implícita en el principio de legalidad, así como también es claro que dicho principio exige que la conducta infractora se encuentre determinada con inequívoca claridad. De otro lado, es importante tener presente que se admite la determinación de infracciones mediante normas reglamentarias, siempre que exista una norma con rango legal que lo habilite o permita, aspecto que, para Morón, debilita la reserva de ley (2019, p. 420).

Bajo estas consideraciones, corresponde analizar si las normas que sustentan las sanciones impuestas por OSINERGMIN cumplen los requisitos del principio de legalidad. Para tal efecto, se analizarán en primer lugar las infracciones que

se determinaron a partir de la imputación de cargos realizada mediante el Oficio N° 248-2007-OS-GFM.

Dicho ello, con relación al incumplimiento de los LMP para la emisión de partículas, en la Resolución N° 131-2010-OS/CD se resuelve sancionar a Southern con base en el artículo 3 de la Resolución Ministerial N° 315-96-EM/VMM, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 3.- El Nivel Máximo Permisible de Emisión de Partículas al cual se sujetarán las Unidades Minero-Metalúrgicas será de 100 mg/m³ medido en cualquier momento en el punto o puntos de control. (1996).

De la revisión de dicho artículo, se advierte que no contiene una infracción o una sanción, sino una mera obligación, sin perjuicio de lo cual, ha sido usado a lo largo del procedimiento sancionador como el único sustento legal de esta infracción y, eventualmente, para efectos de imponer y confirmar una sanción contra la empresa.

En ese sentido, se estaría vulnerando el principio de legalidad, pues, en primer lugar, el artículo que erróneamente es utilizado como sustento para imponer una sanción no reviste la formalidad exigida por el principio de legalidad, siendo así que no se ha respetado la reserva de ley; y, en segundo lugar, porque ni la infracción ni las sanciones aplicables se encuentran establecidas en el artículo mencionado.

De manera similar, con relación al incumplimiento de los LMP para efluentes mineros metalúrgicos, en particular, del parámetro "arsénico", en la Resolución N° 131-2010-OS/CD se sanciona a la empresa en base al artículo 4 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM, dispositivo que no reviste rango de ley y que no comprende infracción o sanción alguna, conforme puede apreciarse:

Artículo 4.- Los resultados analíticos obtenidos para cada parámetro regulado a partir de la muestra recogida del efluente minero-metalúrgico, no excederán en ninguna oportunidad los niveles establecidos en la columna "Valor en cualquier Momento", del Anexo 1 o 2 según corresponda. (1996).

Por lo expresado, nuevamente se estaría vulnerando el principio de legalidad, al sancionar al administrado usando como base una disposición que carece de rango legal y que, además, no contempla infracción o sanción alguna, sino una prohibición.

En lo que respecta a la descarga de efluentes líquidos al mar sin autorización sanitaria de vertimientos, se determinó que Southern habría incurrido en la infracción tipificada en el numeral 3.4 de la Escala de Multas y Penalidades, cuyo texto es el siguiente:

3.4. La descarga de relaves y desechos, así como la emisión de gases o polvos al ambiente en general, sin contar con la autorización correspondiente será sancionada de acuerdo a la tabla siguiente. (2000).

	SANCION POR OCURRENCIA		
	1ª Vez	2ª Vez	3ª Vez
Productores Mineros en general	Multa de 50 UIT	Multa de 600 UIT	Paralización de actividades
Pequeño Productor Minero	Multa de 5 UIT	Multa de 60 UIT	Paralización de actividades

Si bien en este caso el artículo indicado sí establece una conducta infractora y una sanción, se vulnera el principio de legalidad por cuanto se trata de una norma que no tiene el rango requerido por el principio de legalidad, y que tampoco encuentra sustento en una Ley, sino en el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (en adelante, TUO de la LGM), aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, esto es, otra norma reglamentaria.

Por último, en lo que respecta a la emisión de material particulado y a las salpicaduras de ácido sulfúrico, se sanciona a Southern con base en los artículos 4 y 5 del RPAAM, y los artículos 74 y numeral 75.1 del artículo 75 de la LGA.

El artículo 4 del RPAAM se refiere a la potestad de fiscalización de la autoridad competente en materia ambiental en el sector minero, mientras que, el artículo 5 del RPAAM, se refiere a la obligación del titular minero de respetar los niveles máximos permisibles. De esta manera, no se aprecia en el contenido de ninguno

de estos artículos una conducta sancionable ni una sanción aplicable, además que ciertamente no se trata de una norma con rango legal, de lo cual resulta evidente que se ha vulnerado el principio de legalidad.

Por otro lado, el artículo 74 y el numeral 75.1 del artículo 75 de la LGA, se refieren a la responsabilidad general de los titulares de las operaciones por emisiones, efluentes y demás impactos negativos que puedan generar sobre el medio ambiente y la salud, y la adopción de medidas de prevención del riesgo y daño ambiental en su fuente generadora, respectivamente. En este caso, si bien se trata de disposiciones que pertenecen a una norma con rango legal, no establecen de manera expresa una conducta infractora y mucho menos una sanción aplicable. Así, se estarían vulnerando los principios de legalidad y tipicidad, pues no es una norma bajo la cual pueda determinarse con claridad una infracción o ampararse válidamente la imposición de una sanción.

Se afirma que hay vulneración del principio de legalidad, por cuanto este principio no se agota en el aspecto de la reserva de ley y, en tal sentido, no puede afirmarse que se ha cumplido con el mismo cuando la norma con rango de ley supuestamente establece sanciones. El principio se cumple en su contenido referido a las sanciones, cuando efectivamente estas son determinadas en una norma con rango de ley, por lo cual no basta que exista una norma con rango de ley y de esta pueda presumirse una sanción.

Por otro lado, la imprecisión en las presuntas conductas infractoras señaladas por OSINERGMIN vulnera el principio de tipicidad, por cuanto la conducta infractora no se encuentra expresamente establecida en la norma que presuntamente la tipifica. En ese sentido, si bien se trata de una norma con rango de ley, no se ha observado el estándar de claridad que exige el principio de tipicidad.

Antes de concluir con el análisis de estos incumplimientos señalados en el Oficio N° 248-2007-OS-GFM, es importante notar que, tanto en este como en la Resolución N° 131-2010-OS/CD, se menciona que OSINERGMIN impone las sanciones contra Southern en base a la Escala de Multas y Penalidades. En efecto, más precisamente, se indica que, la Gerencia General del OSINERGMIN se encuentra facultada para sancionar de acuerdo con dicha escala, aprobada

mediante resolución ministerial, a quien encontrara responsable de infracciones administrativas.

En concordancia con lo expuesto hasta este punto, es claro que se trata de una alegación genérica e irrelevante, la cual reafirma la vulneración de los principios anteriormente mencionados. Solo en el caso de la conducta infractora consistente en la descarga de efluentes líquidos al mar se ha identificado la infracción y la sanción aplicables según dicha Escala de Multas y Penalidades; en cambio, las demás presuntas conductas infractoras no se encontrarían tipificadas ni podrían ser sancionadas en función a esta escala. Ello es congruente con el hecho que se hayan utilizado otras normas para fundamentar la imposición de las sanciones y argüir la existencia de infracciones.

A este respecto, en su recurso impugnativo de reconsideración, Southern señala que OSINERGMIN habría vulnerado los principios de legalidad y tipicidad debido a que, en la imputación de cargos y en la resolución de primera instancia administrativa, la imposición de sanciones se fundamenta en base a normas reglamentarias, no habiéndose precisado ni la norma con rango de ley que tipifica las infracciones ni aquella que establece las sanciones. Asimismo, agrega que, cuando se ha empleado como sustento normas con rango de ley, ninguna de estas ha cumplido con expresar claramente infracciones o sanciones.

Por su parte, OSINERGMIN se defiende de esta acusación argumentando que, con la mención expresa que se realiza en la Ley N° 28964, que en los procedimientos de fiscalización de las actividades mineras a cargo suyo se mantendrán en vigor las disposiciones de la Escala de Multas y Penalidades, se completa el rango legal requerido por la LPAG para la determinación de las infracciones y sanciones aplicables por los incumplimientos imputados.

A manera de crítica, lo afirmado por el regulador parece simplista cuando lo que se encuentra en discusión es el ejercicio válido del ius puniendi estatal. Los principios de la potestad sancionadora que han sido materia de análisis son bastante claros al establecer la reserva legal en la tipificación de las conductas y en la determinación de las sanciones, siendo incuestionable que una entidad administrativa debe respetar el contenido de estos principios y ejercer su potestad sancionadora de conformidad con los límites legalmente establecidos.

Continuando con el análisis, con respecto a la imputación contenida en el Oficio N° 034-2008-OS-GFM, consistente en el incumplimiento respecto de dos proyectos del PAMA, es claro e incuestionable que se ha transgredido el principio de legalidad, debido a que se ha utilizado como único sustento de la imputación al artículo 48 del RPAAM. En otras palabras, se ha impuesto una sanción a la empresa en base a una norma reglamentaria, que no reviste el rango que ordena el principio de legalidad y que tampoco encuentra sustento en una norma con rango de ley, pues este reglamento desarrolla otra norma infra legal (el TUO de la LGM).

Por todo lo explicado hasta este punto, hay material suficiente para brindar una respuesta afirmativa a la pregunta inicialmente planteada. Es así como, OSINERGMIN efectivamente habría vulnerado el principio de legalidad tanto al iniciar los procedimientos sancionadores contra Southern, como al confirmar las sanciones impuestas por medio de la Resolución N° 131-2010-OS/CD, todo ello con base en el sustento legal expresado en los Oficios.

En conclusión, en lo concerniente a la potestad sancionadora, esta ha sido válidamente atribuida y reconocida al organismo regulador por más de una norma con rango de ley, como es el caso de su Ley de creación y la Ley Marco. Por ese lado, no existe mayor cuestionamiento, pues se ha cumplido con las formalidades que exige el principio de legalidad. Ahora bien, en cuanto a la exigencia referente a la previsión de las consecuencias administrativas e infracciones en una norma con rango de ley, resulta claro que OSINERGMIN ha inobservado ello. En efecto, las normas que sustentan las imputaciones y las sanciones aplicadas por medio de la Resolución N° 131-2010-OS/CD carecen de la formalidad debida y dictaminada por los principios de legalidad y tipicidad, siendo claro que la entidad administrativa ha vulnerado el principio de legalidad y ha causado un perjuicio importante a la empresa al imponerle multas administrativas sin contar con sustento legal válido, afectando las garantías que le asisten en su condición de administrado.

En línea con lo indicado, y al ser manifiesta la contravención a la Constitución y a las leyes por haberse inobservado el principio materia de análisis, se considera que el Consejo Directivo de OSINERGMIN debió declarar la nulidad de los actos administrativos (los Oficios y, consecuentemente, los actos que de estos se

derivaron), al materializarse la causal contemplada en el numeral 1 del artículo 10 de la LPAG.

5.2 ¿OSINERGMIN ha actuado conforme al principio del debido procedimiento en el procedimiento administrativo sancionador seguido contra Southern?

La segunda cuestión materia de análisis gira en torno al principio del debido procedimiento. Para efectos de abordar adecuadamente la pregunta que se plantea, es fundamental identificar el contenido y los alcances de este principio, al igual que como se hizo en el punto anterior con el principio de legalidad.

Lo primero que cabe tener en cuenta es que, conforme es señalado por Ramón Huapaya, el principio del debido procedimiento en el derecho administrativo es la manifestación del derecho fundamental del “debido procedimiento administrativo”, el cual no es más que el derecho fundamental del debido proceso en los procedimientos administrativos (2015, p. 138-139). Por lo tanto, este principio específicamente establecido para el ámbito administrativo sería en realidad una derivación del principio-derecho al debido proceso.

Dicho lo anterior, Landa destaca que el debido proceso es una institución jurídica proveniente del sistema anglosajón, denominada originalmente *due process of law* (2002, p. 448). Agrega que, de manera unánime, la doctrina y la jurisprudencia han señalado que se trata de un derecho fundamental, el cual, paulatina y pacíficamente, se ha ido extendiendo al ámbito del derecho administrativo (2002, p. 449).

En esa misma línea, el autor Christian Guzmán razona, a partir del ordenamiento jurídico peruano, que el derecho fundamental al debido proceso en el ámbito de los procedimientos administrativos vendría a ser una ampliación del derecho fundamental al debido proceso “judicial” (2009, p. 234). Este último, se encuentra reconocido expresamente en el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución, específicamente, como principio y derecho de la Administración de Justicia, en virtud del cual, debe respetarse a favor del ciudadano la jurisdicción predeterminada por ley, así como los procedimientos previamente establecidos.

La regulación expresa de este principio-derecho para el ejercicio de la función jurisdiccional, sin que exista mención acerca de su aplicabilidad en sede administrativa, no significa que sea privativo del ámbito judicial. Como bien señala Morón, haciendo referencia a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, hoy en día es indiscutible que el debido proceso se extiende a otras esferas del quehacer público (2005, p. 235). De allí que, en el particular ámbito administrativo, sea conocido como principio-derecho al debido procedimiento administrativo¹⁸.

Quedando ello en claro, corresponde tratar propiamente acerca del concepto y el contenido de este principio-derecho. Así, tomando como base la definición de debido proceso (judicial) de Guzmán, como “el conjunto de garantías indispensables para que un proceso pueda ser considerado justo” (2009, p. 234), se puede conceptualizar al debido procedimiento administrativo como “el conjunto de garantías indispensables para que el procedimiento administrativo pueda considerarse justo”. Esta definición tiene la particularidad de traer a colación el aspecto de la “justicia”, siendo precisa la explicación de la “justicia administrativa” del autor Enrique Rojas, quien señala que, en razón a esta, la actividad de las entidades administrativas debe “orientarse a la realización o satisfacción de intereses públicos concretos, con el pleno respeto a los derechos e intereses públicos” (2011, p. 179). Con esta última idea se puede complementar la definición antes propuesta, de tal manera que el debido procedimiento administrativo podría ser considerado como el “conjunto de garantías indispensables para que el procedimiento administrativo pueda llevarse a cabo en satisfacción de la finalidad para la cual se ha previsto, en armonía con los derechos de los administrados y el interés público en general”.

En otro orden de ideas, Santy considera que el debido procedimiento en sede administrativa es “una garantía formal” a favor del administrado, por cuanto debe observarse la secuencia de actos o fases procedimentales establecidas por ley, a fin de que la decisión o acto emitido por la entidad como resultado del procedimiento sea válido en el ordenamiento jurídico (2020, p. VIII-1). En este

¹⁸ En la doctrina, hay autores que se refieren al “debido proceso administrativo”, mientras que, otros prefieren la denominación de “debido procedimiento administrativo”. Sin afán de ingresar a la discusión acerca de la corrección de usar el término “proceso” o “procedimiento”, para efectos del presente trabajo se hará referencia al “debido procedimiento administrativo”.

aporte se identifica otro aspecto del debido procedimiento administrativo, y es que las entidades administrativas deberán observar el cauce formal regulado por ley, a efectos de emitir una decisión o acto válidamente. Es así como se concibe al debido proceso, en tanto cauce formal, como una garantía en sí mismo.

A partir de las definiciones reseñadas, es posible reconocer las dos modalidades del debido proceso: adjetiva y material, las cuales han sido abordadas por la doctrina y desarrolladas por autores como Landa y Guzmán. El debido proceso adjetivo, también llamado procesal, se refiere al cumplimiento de las normas que propiamente regulan o establecen el procedimiento aplicable, las cuales pueden emanar de la Constitución o de las leyes (Guzmán, 2009, p. 234). Por su parte, el debido proceso material, también llamado sustantivo, se refiere a la expedición de una resolución o decisión conforme a derecho, fruto de un proceso justo, en el cual se han observado criterios de razonabilidad o proporcionalidad (2009, p. 234).

Como se puede inferir, ambas acepciones del debido proceso se complementan entre sí, puesto que se obliga a la entidad administrativa a seguir un cauce formal para el trámite del procedimiento administrativo, así como a emitir una resolución o decisión conforme al ordenamiento jurídico (que es producto del seguimiento de dicho cauce formal). No tendría sentido seguir un procedimiento conforme se encuentra establecido en la ley para luego emitir una resolución injusta, como tampoco lo tendría inobservar el procedimiento establecido y luego emitir una resolución justa; por tal motivo, ambos aspectos se encuentran comprendidos bajo este principio-derecho.

Pasando a otro tema, corresponde examinar cómo este principio ha sido abordado por nuestra legislación, en específico, por la LPAG. En esa línea, cabe destacar que se encuentra recogido en dos secciones: (i) en el Artículo IV del Título Preliminar, como principio del procedimiento administrativo general, y (ii) en el listado de principios de la potestad sancionadora de la Administración Pública.

En el Título Preliminar, el numeral referido al principio del debido procedimiento fue modificado por el Decreto Legislativo N° 1272 (en adelante, DL 1272), publicado el 21 de diciembre de 2016. Con posterioridad a ello, no ha sido

materia de otra modificación, por lo cual este texto se ha mantenido vigente hasta la fecha.

En ambas redacciones, el principio del debido procedimiento se presenta como un conjunto de garantías y derechos a favor de los administrados en el marco de los procedimientos administrativos. Bajo esa premisa, ambos artículos ofrecen un listado no taxativo de tales derechos y garantías. Ahora bien, la redacción anterior únicamente enuncia los derechos a exponer los argumentos, ofrecer y producir pruebas y obtener una decisión fundada en derecho y debidamente motivada. En cambio, la redacción vigente del principio comprende una lista más elaborada y extensa, contemplando adicionalmente el derecho a ser notificados, a solicitar el uso de la palabra, a refutar los cargos imputados, a impugnar las decisiones, entre otros.

Es preciso subrayar que algunos de estos derechos parecen estar pensados, si bien no de forma exclusiva, para el procedimiento sancionador. Tal es el caso del derecho a refutar los cargos imputados, siendo que tal imputación se efectúa en el marco de este procedimiento especial. Otro ejemplo se encuentra en el derecho a ofrecer y producir pruebas, el cual le permite al administrado contradecir aquello que se le imputa a través del ofrecimiento de medios probatorios, en ejercicio de su derecho de defensa.

En la Exposición de Motivos del DL 1272, se precisa que el principio del debido procedimiento se encuentra indisolublemente ligado a los siguientes aspectos: el derecho a un procedimiento predeterminado para la emisión de las decisiones administrativas, el derecho a que no exista desviación con respecto a los fines para los cuales se ha establecido el procedimiento, y el derecho a garantías en el trámite del procedimiento (2017, p. 5). Con ello, se aprecia la naturaleza garantista que subyace a este principio.

Teniendo en cuenta lo anterior, ahora corresponde explicar el principio del debido procedimiento como principio que rige la potestad sancionadora. Este se encuentra regulado en el numeral 2 del artículo 230 de la LPAG, el cual también fue objeto de modificaciones por el DL 1272. Al respecto, el primer párrafo del numeral no presenta cambios sustanciales, pues ambas redacciones coinciden en manifestar que las entidades no pueden aplicar sanciones sin sujetarse al

cauce formal previamente establecido y sin observar las garantías del debido proceso. Sin embargo, la novedad se encuentra en la adición de un segundo párrafo al numeral por el DL 1272, el cual establece que, para efectos de la debida separación entre la fase instructora y la fase sancionadora, estas deberán encargarse a autoridades distintas. De esta manera, se perfilan tres caracteres especiales de este principio en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador.

Como puede observarse, la LPAG contempla al principio en cuestión en dos secciones distintas y con contenidos disímiles. Al respecto, si bien podría pensarse que el “debido procedimiento administrativo sancionador” se deriva del “debido procedimiento administrativo”, ello no es así realmente, en especial por cuanto se menciona que en el marco de este procedimiento especial deben respetarse las garantías del debido proceso. De acuerdo con Huapaya, esto implica que el contenido especial de este principio se complementa no solo con los derechos comprendidos bajo el principio del debido procedimiento del Título Preliminar, sino también con las garantías del derecho procesal y aquellas del derecho de defensa (2015, p. 160).

Dicho ello, es oportuno revisar algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional con relación a este principio en sede administrativa. Por ejemplo, está la Sentencia recaída en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC, cuyo mérito se encuentra en el señalamiento del debido procedimiento administrativo como un derecho constitucionalmente reconocido que, en concordancia con lo expresado anteriormente, constituiría una ampliación o proyección del debido proceso reconocido en la Constitución (2006, fundamentos 19 y 20). Asimismo, se identifica en este a una “garantía genérica” que tiene por objeto asegurar el respeto de los derechos de los administrados frente al ejercicio de la potestad sancionadora, al permitirles, por ejemplo, impugnar aquellas decisiones de la Administración que pudieran afectarles (2006, fundamento 21).

Por otro lado, se encuentra la Sentencia recaída en el Expediente N° 5514-2005-PA/TC. Lo llamativo de esta sentencia se encuentra en el fundamento 4, por el cual se indica que, en el procedimiento sancionador, el derecho de defensa es una garantía para el administrado, la cual se materializa en la contradicción y argumentación que este realiza a fin de defender sus derechos e intereses en el

marco de la investigación (2007). En ese sentido, se agrega que, para el ejercicio cabal de este derecho, es fundamental que se ponga en conocimiento del administrado los cargos que se le imputan, además del sustento probatorio, y que se otorgue un plazo prudencial para la presentación de sus descargos (2007). Solo de esta manera se estaría respetando debidamente su derecho de defensa y, por consiguiente, el principio-derecho al debido procedimiento en el ejercicio de la potestad sancionadora.

Por último, no es posible concluir el presente acápite sin conceptualizar al procedimiento administrativo sancionador, el cual desempeña un rol protagónico en este contexto. Este es definido por Morón como “el conjunto concatenado de actos que deben seguirse para imponer una sanción administrativa” (2019, p. 391). Cabe notar que, el primer extremo de la definición se condice con el de cualquier procedimiento: una secuencia de actos; sin embargo, la finalidad del procedimiento sancionador es aquello que lo caracteriza, esto es, la imposición de una sanción, conforme se ha mencionado en líneas anteriores.

El mismo autor identifica dos objetivos en este procedimiento: por un lado, permite corregir la actividad administrativa a través de la comprobación de presuntos ilícitos, y por otro, le permite al administrado el ejercicio de su derecho de defensa y, en paralelo, controlar la actuación de la entidad administrativa en el marco de las investigaciones (2019, p. 391). Dicho de otra manera, favorece la eficacia de la Administración Pública, por cuanto permite la determinación de los ilícitos cometidos por los administrados y, eventualmente, la imposición de una sanción proporcional al disvalor generado por la conducta infractora incurrida; mientras que, de otro lado, es una garantía para el presunto administrado infractor, pues le permite defenderse contra la imputación formulada, así como también, ejercer cierto control de la actuación de las entidades administrativas (que puede o no ser acorde a derecho).

En este punto es preciso recordar lo expresado por Nieto sobre la potestad sancionadora de la Administración Pública que, enmarcada en el derecho público estatal, prioriza la protección y el fomento del interés general, sin que por ello deban menospreciarse las garantías individuales a favor de los administrados (2008, p. 26). En esa línea, el procedimiento administrativo sancionador se regula para equilibrar el ejercicio de la potestad sancionadora de

la Administración, que encuentra justificación en la protección del interés general, así como para hacer efectivo el respeto del derecho al debido procedimiento administrativo, esto es, las garantías necesarias para que el curso del procedimiento y la eventual sanción aplicada sean conformes a derecho y no arbitrarios.

Bajo estas consideraciones, en lo que sigue, se evaluará si OSINERGMIN ha actuado de acuerdo al principio del debido procedimiento en el procedimiento sancionador contra Southern, a fin de responder si, con la emisión de la Resolución N° 131-2010-OS/CD, se vulneró dicho principio, conforme a los alcances expresados en este subcapítulo y los que se desarrollarán en adelante.

5.2.1. ¿Los Oficios N° 248-2007-OS-GFM y N° 034-2008-OS-GFM cumplen con expresar la norma que tipifica las conductas infractoras y las sanciones que pudieran imponerse con relación a estas?

Cuando el procedimiento sancionador contra Southern tuvo lugar, el numeral referido al principio del debido procedimiento en el Título Preliminar de la LPAG señalaba que este comprendía los derechos a presentar los argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener un pronunciamiento fundado en derecho y debidamente motivado. Por otra parte, bajo la sección referida a la potestad sancionadora de la Administración Pública se señalaba que debía seguirse el procedimiento correspondiente para la imposición de una sanción administrativa, en observancia de las garantías del debido proceso.

Dicho ello, es relevante abordar, aunque sea brevemente, cuál era el trámite del procedimiento sancionador que debía seguir OSINERGMIN de acuerdo con la normativa vigente en aquel momento. A este respecto, en su descargo inicial, Southern plantea que el regulador no ha aplicado el procedimiento sancionador correspondiente que, a su entender, sería aquel contemplado en el RPAAM (en adelante, el "Procedimiento PAMA"). Por el contrario, se ha tramitado el procedimiento sancionador de OSINERGMIN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo de OSINERGMIN N° 640-2007-OS-CD de fecha 25 de octubre de 2007 (en adelante, Procedimiento OSINERGMIN).

En tanto que no corresponde analizar ello bajo la pregunta que se plantea, basta señalar que tal cuestión habría quedado zanjada por medio de la Resolución N° 1195-2008-A-OS/GFM (resolución de primera instancia), por la cual OSINERGMIN señaló que había aplicado el Procedimiento OSINERGMIN en concordancia con sus facultades otorgadas por ley y en observancia de las disposiciones contenidas en el RPAAM. Para sustentar tales afirmaciones, cita los dispositivos legales que la facultan a aprobar y aplicar el Procedimiento OSINERGMIN (su Ley de creación, la Ley N° 28964, entre otras) y, además, ofrece ejemplos concretos de cómo se han aplicado las disposiciones del Procedimiento PAMA en el procedimiento sancionador tramitado.

Lo cierto es que, independientemente de cuál fuera el procedimiento sancionador aplicable, el organismo regulador se encontraba obligado a respetar las garantías establecidas en la LPAG, en tanto que dicho dispositivo legal es aplicable a todos los procedimientos administrativos en general, así como a cualquier procedimiento administrativo sancionador¹⁹.

Teniendo ello en consideración, corresponde ingresar al asunto materia de análisis, esto es, la imputación de cargos formulada en los Oficios. Para tal efecto, es esencial tener presente lo dispuesto en el artículo 234 de la LPAG, el cual se refiere a los caracteres del procedimiento sancionador. Dicho artículo indica que, para ejercer adecuadamente la potestad sancionadora debe seguirse el procedimiento establecido, el cual, de acuerdo con su inciso 3, comprende notificar a los administrados con los hechos materia de imputación, incluyendo la calificación de las infracciones en las que calzarían tales hechos, y la expresión de sanciones que pudieran ser dictadas, de determinarse la responsabilidad.

El autor Juan Carlos Morón, en concordancia con lo indicado, señala en otras palabras que este artículo comprende una serie de reglas fundamentales de observancia obligatoria en cualquier procedimiento sancionador (2019, p. 497). Específicamente sobre la imputación de cargos, el autor destaca que es un acto procedimental de carácter esencial en el procedimiento sancionador, por el cual

¹⁹ Esto se desprende del artículo 229 de la LPAG, el cual se refiere al ámbito de aplicación del Capítulo referido al Procedimiento Sancionador.

el administrado conoce los hechos que se le imputan, las posibles sanciones, entre otros aspectos, cuyo desconocimiento no le permitiría ejercer ni válida ni adecuadamente su derecho de defensa frente a la entidad administrativa (2019, p. 497).

En esa misma línea se pronuncia Danós que, al analizar la Ley Española del Procedimiento Administrativo, identifica que es obligación de la autoridad instructora comunicar al administrado imputado un “pliego de cargos”, el cual le permite formular sus descargos y ejercer adecuadamente su derecho de defensa (1995, p. 158).

Por otro lado, Morón agrega que la imputación de cargos debe cumplir ciertos estándares de precisión y claridad, pues no basta, por ejemplo, que se mencione la norma que comprende las infracciones y sanciones, sin efectuar expresamente la calificación de los hechos ni determinar la sanción aplicable (2019, p. 498-499). Como es evidente, una situación como la ejemplificada, le impediría al administrado ejercer debidamente su derecho de defensa, pues tendría que deducir cuál de las disposiciones del instrumento normativo mencionado por la entidad administrativa contiene la infracción de la cual se le acusa, así como también, qué sanción podría serle impuesta.

Dicho ello, en el presente caso, la notificación de la imputación de cargos se efectúa por medio de los Oficios, los cuales señalan los hechos materia de incumplimiento, así como las normas que se estarían infringiendo. Ello se constata, además, en cuanto ambos documentos especifican que se deberá corroborar la comisión de los ilícitos administrativos para que la entidad administrativa pueda efectivamente ejercer su potestad de sancionar.

Siendo que la imputación de cargos debe contener el detalle de los hechos materia de imputación, así como la calificación de las infracciones que tales hechos pueden configurar y las posibles sanciones que pudieran imponerse, a continuación, se deberá evaluar si dichos aspectos se encuentran presentes en cada uno de los oficios que incoaron el procedimiento sancionador contra Southern.

El primero de estos, el Oficio N° 248-2007-OS-GFM, desarrolla los hechos materia de imputación juntamente con las infracciones en forma de un listado, como puede apreciarse en la siguiente imagen:

1. Incumplimiento de los límites máximos permisibles para emisión de partículas. El parámetro "partículas" en la chimenea del horno Isasmelt, superó los límites máximos permisibles de emisiones. Por lo tanto, existe infracción grave al artículo 3° de la Resolución Ministerial N° 315-96-EM/VMM.
2. Incumplimiento de los límites máximos permisibles para efluentes minero metalúrgicos. El parámetro "arsénico" en el efluente proveniente de la fundición (Fu-i-9), ubicado aproximadamente a 50 metros de la puerta de ingreso a la fundición, lado oeste, superó los límites máximos permisibles para efluentes líquidos de las actividades minero metalúrgicos, correspondiente a la columna "valor en cualquier momento" del anexo 1 de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM. Por lo tanto, existe infracción grave al artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM.

Cada uno de estos puntos, con excepción del punto 3, sigue una estructura muy similar: se señala en qué consiste el incumplimiento, luego el hecho particular que constituye la infracción y, finalmente, se señala la disposición normativa que se estaría infringiendo.

Lo primero que cabe notar es que, las normas que tipifican las infracciones no se han señalado de forma clara y precisa. Si se tiene en consideración lo analizado en la sección anterior del presente trabajo, dedicada al principio de legalidad, se conoce que las disposiciones que sirven de sustento para afirmar que hay infracción, en realidad, no contienen ninguna infracción, pese a lo cual son utilizadas por el organismo regulador a fin de argumentar la imposición de sanciones. Es aquí donde se identifica la primera irregularidad en la imputación de cargos, la cual se encuentra estrechamente vinculada con la vulneración al principio de legalidad y se resume en que las normas señaladas en dicho documento no tipifican ninguna infracción.

Por más que se afirme que se está infringiendo una norma, ello no es equivalente a señalar la norma que tipifica la infracción, así como tampoco resulta suficiente para justificar la ausencia de la norma tipificadora. Al respecto, el numeral 3 del artículo 234 de la LPAG es claro al disponer que debe explicitarse bajo qué infracción califica la conducta incurrida por el administrado. Ello, indubitadamente, se ha obviado en esta imputación de cargos.

Ahora bien, en el caso del punto 3 del Oficio N° 248-2007-OS-GFM, se indica que la empresa se encontraría incurso en el numeral 3.4 de la Escala de Multas

y Penalidades. Como puede comprobarse, con relación a este incumplimiento, sí se ha señalado la norma que tipificaría la infracción; sin embargo, este punto permite poner en evidencia una segunda irregularidad en la imputación de los cargos, y es que no se han señalado las sanciones aplicables.

La omisión en que ha incurrido el organismo regulador se puede comprobar con la sola lectura de cada una de las imputaciones, ya que en ninguna de estas se ha indicado la expresión de sanciones que pudiera imponerse a Southern por las infracciones detectadas. Ahora bien, un párrafo del Oficio señala que de corroborarse la comisión de ilícitos administrativos, el órgano competente de OSINERGMIN sancionará de acuerdo con la Escala de Multas y Penalidades. En consonancia con lo expuesto en líneas precedentes, la sola mención de la norma que comprendería las sanciones aplicables no basta para satisfacer el contenido obligatorio dispuesto por la LPAG para la imputación de cargos.

Con todo, se aprecia que el Oficio N° 248-2007-OS-GFM, por el cual se determina el inicio del procedimiento sancionador contra Southern, no cumple con uno de los requisitos indisponibles que establece la LPAG para todo procedimiento sancionador, razón por la cual, se trata de un acto administrativo defectuoso. Al mismo tiempo, este habría generado indefensión en el administrado, en razón que no pudo conocer las infracciones específicas en que habría incurrido ni las sanciones correspondientes, a fin de defenderse oportuna y adecuadamente.

Por otra parte, en el Oficio N° 034-2008-OS-GFM se señala que Southern habría incurrido en el inciso B2.a del artículo 48 del RPAAM. En ese sentido, se aprecia que, al igual que en el punto 3 del primer oficio, se ha individualizado la norma que tipifica la infracción. No obstante, se incurre en la misma irregularidad detectada, pues nuevamente el regulador prescinde de señalar la expresión de las sanciones que pudieran recaer sobre el administrado por tal infracción. De hecho, se menciona un instrumento normativo de rango reglamentario en base al cual se impondrían las sanciones (el RPAAM), lo cual, conforme ya se desarrolló, no basta para satisfacer la disposición establecida en el numeral 3 del artículo 234 de la LPAG.

De la revisión de los actuados del presente caso, se observa que la argumentación de Southern sigue la línea plasmada en los párrafos anteriores, pues alega que se ha vulnerado el principio del debido procedimiento, así como su derecho de defensa, en base a una imputación de cargos defectuosa. En esa línea, señala que OSINERGMIN no ha notificado a la empresa las conductas previstas como infracciones ni las sanciones aplicables, con lo cual la ha dejado en un estado de indefensión. Asimismo, pone énfasis en que la entidad administrativa ha inobservado el contenido que señala la LPAG para la imputación de cargos, lo cual, acarrearía la nulidad de todo lo posteriormente actuado.

Por su lado, OSINERGMIN desvirtúa lo alegado por Southern con relación a la vulneración de este principio y de su derecho de defensa, en razón a que no existiría vulneración a los principios de legalidad y tipicidad. En adición a ello, afirma que se ha señalado el supuesto de infracción en cada caso, por lo cual, no habría vulneración al derecho de defensa.

Como comentario final, se debe señalar que, si bien es razonable interpretar que no hay vulneración al debido procedimiento si no se ha vulnerado el principio de legalidad, el somero análisis plasmado en la Resolución N° 131-2010-OS/CD resulta poco satisfactorio cuando lo que se encuentra en discusión es la vulneración de un principio que regula y ordena la actuación punitiva del Estado, y menos aún, por cuanto afirma que señalar el “supuesto de infracción” es suficiente para garantizar el derecho de defensa. Esto no es así realmente, pues la imputación de cargos, que es parte esencial del procedimiento administrativo sancionador, debe cumplir con los requisitos establecidos en el numeral 3 del artículo 230 de la LPAG; y si no se observan tales requisitos, no es posible afirmar que se ha cumplido con el debido procedimiento.

Por todo lo indicado, es claro que se ha transgredido el principio del debido procedimiento, y esto se materializa en los Oficios que, como se ha reiterado, no cumplen con expresar de manera clara la norma que tipifica las conductas infractoras ni las sanciones que pudieran imponerse con relación a estas. El procedimiento sancionador continuó y finalizó en sede administrativa en base a imputaciones de cargos incompletas que no permitieron el adecuado ejercicio

del derecho de defensa de Southern y que fueron emitidos en clara contravención de las disposiciones generales y vinculantes de la LPAG.

5.2.2. ¿La calificación del recurso de reconsideración como un recurso de apelación, con la consecuente omisión del análisis de la nueva prueba, vulnera el derecho de defensa de Southern?

El principio del debido procedimiento, conforme al texto vigente del numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, establece que es un derecho del administrado impugnar las decisiones que le afecten. Si bien el texto anterior del numeral no lo contemplaba explícitamente, asumir que por tal motivo este derecho no existía es un absurdo, considerando entre otros aspectos que la LPAG, desde su publicación, estableció los recursos administrativos por medio de los cuales los administrados pueden cuestionar las decisiones de las entidades de la Administración Pública.

Antes de analizar las disposiciones normativas relacionadas a este tema, es importante tener presente algunos comentarios de la doctrina sobre los recursos administrativos. En esa línea, el autor Paul Villegas comenta que, desde el derecho público, se ha procurado reforzar la protección de los administrados frente las actuaciones arbitrarias de la Administración Pública, siendo manifestación clara de ello la implementación de recursos y acciones que permiten el control de tales actuaciones (2021, p. 350).

En otro orden de ideas, Morón refiere que los recursos administrativos no son garantías para el administrado, sino que en realidad constituyen cargas en su contra y, al mismo tiempo, representan un privilegio para la Administración Pública (2019, p. 192). Dicho autor identifica en el “autocontrol de legalidad de la propia Administración Pública” al fundamento del establecimiento de los recursos administrativos; en ese sentido, cuando el administrado interpone un recurso está colaborando con la entidad administrativa, al permitirle controlar su legalidad (2019, p. 195). Sin perjuicio de lo sostenido, añade que, materialmente, los recursos le permiten al administrado ejercer su derecho de defensa en sede administrativa, así como exponer su pretensión ante las autoridades administrativas, antes de acudir a las autoridades judiciales (2019, p. 196).

En base a lo expresado por ambos autores, se puede arribar a algunas conclusiones con relación a los recursos administrativos. Independientemente del fundamento que subyace a su configuración, lo cierto es que nuestra legislación actual contempla el derecho a impugnar, es decir, la interposición de recursos administrativos, como una garantía del principio al debido procedimiento. En ese sentido, se puede coincidir en que este le permite al administrado defenderse, así como también, en el hecho que ha sido concebido como una garantía en nuestra normativa, la cual, por lo tanto, debe ser respetada por las entidades administrativas.

Sin más preámbulo, el primer artículo relevante para continuar con el desarrollo de este acápite es el artículo 206 de la LPAG. Este consagra la facultad de contradicción de los administrados, quienes al verse frente a un acto administrativo que desconoce, vulnera o lesiona sus derechos o intereses legítimos, pueden contradecirlo en sede administrativa mediante los recursos impugnativos legalmente previstos.

A partir de este artículo, es sencillo establecer la relación entre la facultad de contradicción y el ejercicio del derecho de defensa del administrado, pues se admite que los actos de las entidades administrativas en general, y especialmente aquellos pueden resultar injustamente gravosos para los administrados, como podría ser el caso de una resolución que imponga una sanción sin encontrarse debidamente motivada, sean cuestionados en sede administrativa. Bajo estas consideraciones, se coincide con el autor Ramón Huapaya en que la facultad de recurrir en sede administrativa es parte esencial del derecho al debido procedimiento (2015, p. 153).

Seguidamente, el artículo 207 de la LPAG²⁰ contempla tres recursos administrativos: reconsideración, apelación y revisión. El primero de estos, se encuentra regulado en el artículo 208²¹ de la citada Ley, y tiene como características principales que debe sustentarse en nueva prueba, además que se interpone ante el órgano que emitió el acto impugnado, el mismo que también se encargará de resolverlo. Como refiere Danós, el propósito de la

²⁰ Este vendría ser el artículo 218 del TUO vigente de la LPAG.

²¹ Este vendría a ser el artículo 219 del TUO vigente de la LPAG.

reconsideración es solicitar la reevaluación del acto dictado, para lo cual se requiere al administrado que proporcione nuevos elementos probatorios, al ser esta la única forma en que el mismo órgano emisor del acto puede efectuar tal reevaluación (2019, p. 48). En esa línea, el procedimiento recursivo al que da lugar la interposición de dicho recurso tiene por objeto principalmente la discusión de fundamentos de hecho, lo cual, para el autor, no significa que no puedan incluirse complementariamente algunos argumentos jurídicos (2019, p. 48).

Por su parte, el recurso de apelación se encuentra regulado en el artículo 209²² de la LPAG, y se caracteriza por sustentarse en la diferente interpretación de las pruebas aportadas o en cuestiones puramente jurídicas. En este escenario, el recurso se presenta ante la autoridad que ha emitido el acto impugnado, y esta lo eleva al superior jerárquico, siendo este último el encargado de resolver. Según precisa Danós, el contenido que la legislación establece para este recurso no limita la posibilidad de que se adjunte nueva prueba con su interposición, así como tampoco impide que en este se cuestionen los fundamentos de hecho del acto materia de impugnación (2019, p. 48)²³.

En el presente caso, Southern interpone un recurso de reconsideración, en el cual, al mismo tiempo que presenta nueva prueba, como genéricamente corresponde en un recurso de esta naturaleza, incluye una “cuestión previa”. A través de esta, realiza un cuestionamiento con respecto a la validez de la resolución de primera instancia y alega la trasgresión de los principios de legalidad, tipicidad y debido procedimiento. En ese sentido, se trataría de un recurso de reconsideración en el cual se pretenden camuflar argumentos jurídicos bajo la denominación de “cuestión previa”.

Esta situación no pasó inadvertida por OSINERGMIN, que en el sexto considerando de la Resolución N° 131-2010-OS/CD refiere que, al estarse deduciendo la nulidad de la resolución impugnada a través del recurso

²² Este vendría a ser el artículo 220 del TUO vigente de la LPAG.

²³ Lo afirmado por Danós no es algo pacífico en la doctrina, siendo que, como el mismo autor lo señala, hay autores como Guzmán Napuri que tienen una posición contraria sobre esta cuestión.

presentado (por el cuestionamiento de la afectación de principios de la potestad sancionadora), corresponde calificarlo como uno de apelación.

El regulador afirma que procede de esta manera, en base a los artículos 209 y 213 de la LPAG. El primero de estos se refiere al recurso de apelación, conforme se desarrolló en párrafos anteriores. Por su parte, el segundo artículo se refiere al error en la calificación, estableciendo que, en caso el recurrente cometa un error al calificar el recurso, ello no deberá impedir que sea tramitado, siempre y cuando del contenido del escrito del recurso pueda deducirse su naturaleza.

Las consecuencias de la calificación que efectúa el regulador se muestran en el considerando 11 de la Resolución N° 131-2010-OS/CD, el cual señala lo siguiente:

...el recurso de apelación se interpondrá cuando se sustente en la interpretación diferente de las pruebas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, es decir, en esta instancia no cabe evaluar nuevas pruebas, por lo que corresponde confirmar la multa por esta infracción. (2010).

Similarmente, en el considerando 14 de la Resolución se señala que: “el recurso de apelación solo resuelve el sustento de interpretación de puro derecho, por lo que las nuevas pruebas aportadas por Southern no pueden ser evaluadas en esta instancia” (2010).

Para el órgano de primera instancia los argumentos de derecho presentados por la empresa bajo la “cuestión previa” tuvieron un mayor peso que la nueva prueba aportada, y en función a ello determinaron que, en realidad, se trataría de un recurso de apelación, razón por la cual lo elevan al superior jerárquico, quien finalmente resuelve. Por su parte, el órgano superior deja de analizar la nueva prueba arguyendo que, en tanto constituye un recurso de apelación, no corresponde analizarla. Independientemente de lo que pueda opinarse sobre la calificación del recurso, la realidad es que la nueva prueba presentada por Southern no fue analizada en sede administrativa, pues con la emisión de la Resolución N° 131-2010-OS/CD se puso término a dicha vía. Tal situación, desde la perspectiva del presente trabajo, resulta bastante controversial.

En este contexto, surge la siguiente pregunta: antes de la emisión del pronunciamiento de segunda instancia, ¿qué líneas de acción tenía el organismo regulador frente a un recurso de reconsideración con las características anteriormente descritas?

- Una primera opción hubiera sido emitir una resolución reconsiderada, pronunciándose sobre la nueva prueba aportada y señalando que en la cuestión previa se plantea la discusión de fundamentos de derecho que no corresponde discutir por medio de un recurso de esa naturaleza. En este escenario, Southern habría podido apelar esta resolución, cuestionando el pronunciamiento sobre la nueva prueba aportada y usando el contenido de la cuestión previa, pues nada le impide volver a usar los fundamentos de derecho expresados en el escrito del recurso. Lo que no sería correcto cuestionar en este supuesto, es que en la resolución reconsiderada no se analicen los fundamentos de derecho, pues ello no le corresponde al órgano que emitió la resolución de primera instancia.
- Una segunda opción hubiera sido calificar el recurso como una apelación, y que el superior jerárquico resuelva evaluando tanto los argumentos de derecho como la nueva prueba aportada, reconociendo que, al realizar tal calificación del recurso y no evaluar dicha prueba, podría generarse una situación de indefensión en agravio del administrado.

Bajo estas consideraciones, para responder si se vulneró o no el principio al debido procedimiento, lo primero que cabe señalar es que el organismo regulador realizó la calificación del recurso conforme a lo indicado en la LPAG, y en ejercicio de su discrecionalidad determinó que la deducción de la nulidad de la resolución cuestionada, así como los fundamentos de derecho expuestos, eran determinantes como para que no se considerase a tal recurso como uno de apelación. En este extremo, no se advierte irregularidad alguna, puesto que la entidad habría actuado conforme a sus facultades.

Ahora bien, ingresando al fondo de la Resolución N° 131-2010-OS/CD se identifica probablemente el aspecto más discutible con relación a este análisis. Al respecto, es de opinión del presente trabajo que sí se habría vulnerado el

principio del debido procedimiento, por cuanto se causó un perjuicio irreparable a Southern al no evaluarse la nueva prueba que presentó. El superior jerárquico pudo haberse pronunciado sobre la prueba, sin embargo, optó por no realizarlo a sabiendas que con la resolución que emitiera iba a quedar agotada la vía administrativa y la empresa no iba a tener opción de hacer valer sus medios probatorios en dicho ámbito. En ese sentido, es posible afirmar que no se habría cautelado adecuadamente su derecho de defensa, vulnerándose el principio mencionado.

Por todo lo expuesto en la segunda parte de este trabajo, es evidente que se ha vulnerado el principio materia de análisis con la emisión de la Resolución N° 131-2010-OS-CD. Ello se manifiesta en dos aspectos: en primer lugar, en el hecho que no se ha cumplido con efectuar la imputación de cargos conforme se encuentra prevista en la LPAG, afectando el derecho de defensa del administrado e inobservando previsiones aplicables a todo procedimiento sancionador, y, en segundo lugar, por cuanto se ha omitido analizar en segunda instancia la prueba aportada por el administrado, contraviniendo las garantías que le asisten y generándole una situación perjudicial. Por tal motivo, y al ser manifiesta la contravención a la Constitución y a las leyes, se considera que el Consejo Directivo de OSINERGMIN debió declarar la nulidad de los actos administrativos, al haberse producido la causal contemplada en el numeral 1 del artículo 10 de la LPAG.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

- El principio de legalidad, consagrado en el numeral 1 del artículo 248 de la LPAG, comprende una doble reserva de ley: para la atribución de la potestad sancionadora de las entidades de la Administración Pública y para la previsión de las sanciones aplicables por estas. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, este principio comprende una tercera reserva de ley, por la cual, las infracciones también deberán encontrarse expresamente establecidas en normas con rango legal.

- La Resolución de Consejo Directivo N° 131-2010-OS/CD vulnera el principio de legalidad, pues si bien la potestad sancionadora de OSINERGMIN ha sido válidamente atribuida por ley (como puede comprobarse de la revisión del contenido de la Ley Marco y la Ley N° 28964), las normas empleadas como sustento de la imputación y, más específicamente, de la imposición de sanciones, realmente no prevén infracción ni sanción alguna; mientras que, aquellas que sí lo hacen, no revisten el rango exigido.
- Cabe agregar que, en la mayoría de las imputaciones señaladas en los Oficios, las normas que se han empleado como sustento legal desarrollan prohibiciones y obligaciones en abstracto. Conforme a lo sostenido a lo largo del presente trabajo, el hecho que una norma contemple una obligación o una prohibición no basta para que pueda sancionarse su incumplimiento, debiendo existir una infracción tipificada, así como una sanción aplicable. En ese sentido, al imponer sanciones a Southern en base a normas con tal contenido, se reafirma que OSINERGMIN está actuando en exceso de sus competencias y, por lo tanto, vulnerando el principio de legalidad.
- Por otro lado, el principio del debido procedimiento se manifiesta en un conjunto de garantías a favor del administrado en el marco de un procedimiento sancionador. Estas comprenden el derecho de presentar sus alegatos, ofrecer y producir pruebas, ser sancionado en observancia del procedimiento establecido, entre otros. Al mismo tiempo, el procedimiento sancionador en sí constituye una garantía para el administrado, siendo que por ley se determinan los actos que lo componen, entre otras disposiciones que son de obligatorio cumplimiento en el curso del mismo para toda entidad de la Administración Pública.
- Dicho ello, en el presente caso, la Resolución de Consejo Directivo N° 131-2010-OS/CD también ha vulnerado el principio del debido procedimiento, pues con su emisión se ha pretendido validar una imputación de cargos defectuosa, en la cual no se precisaron las infracciones incurridas ni la expresión de sanciones que pudieran ser

aplicadas al administrado. El contenido obligatorio de la imputación de cargos se encuentra establecido en el numeral 3 del artículo 234 de la LPAG, y su inobservancia no solo supone una clara contravención al dispositivo legal, sino una grave afectación al ejercicio del derecho de defensa del administrado.

- En lo concerniente a la calificación del recurso de reconsideración presentado por Southern como un recurso de apelación, se identifica que el organismo regulador realizó tal calificación en observancia de las disposiciones contenidas en la LPAG. En ese sentido, en aquel extremo, no se aprecia irregularidad ni defecto alguno. Sin embargo, el superior jerárquico dejó de pronunciarse sobre la nueva prueba aportada por la empresa, a pesar de que su pronunciamiento agotaría la vía administrativa y, por lo tanto, esta no tendría otra oportunidad para que la prueba pudiera ser valorada en sede administrativa. Con relación a este último punto, se considera que el superior jerárquico no cauteló adecuadamente el derecho a recurrir de Southern, afectando su derecho de defensa y vulnerando, nuevamente, el principio del debido procedimiento.
- En razón de todo lo expuesto, se considera que existían motivos suficientes como para que el órgano de segunda instancia declarase nulo todo lo actuado a través de la Resolución N° 131-2010-OS/CD, al ser clara la contravención al ordenamiento jurídico; sin embargo, se optó por insistir en la imposición de las sanciones sin sustento legal válido, y se obstaculizó el derecho de defensa de Southern, causándole un grave perjuicio, atentando contra dos de los principios más elementales de la potestad sancionadora.

BIBLIOGRAFÍA

Bergalli, R. (1998). Principio de legalidad: fundamento de la modernidad. *Jueces para la democracia*, (32), 58-64.

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/174749.pdf>

Congreso de la República de Perú. (1996, 31 de diciembre). Ley N° 26734. Por la cual se expide la Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía – OSINERG. Diario Oficial El Peruano.

Congreso de la República de Perú. (2000, 11 de abril). Ley N° 27444. Por la cual se expide la Ley del Procedimiento Administrativo General. Diario Oficial El Peruano.

Congreso de la República de Perú. (2000, 29 de julio). Ley N° 27332. Por la cual se expide la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. Diario Oficial El Peruano.

Congreso de la República de Perú. (2007, 24 de enero). Ley N° 28964. Por la cual se expide la Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinerg. Diario Oficial El Peruano.

Constitución Política del Perú (1993), art. 2, inciso 24; art. 139, numeral 3.

Cristóbal, T. (2020). El principio de legalidad como exigencia mínima de legitimación del poder penal del Estado. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 12 (14), 249-266. <https://doi.org/10.35292/ropj.v12i14.267>

Danós, J. (1995). Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública. *Ius et veritas*, (10), 149-160.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15485/15935>

Danós, J. (2018). Comentarios a propósito de los quince años de vigencia de la Ley del Procedimiento Administrativo General. *Justicia y Derechos Humanos*, (1), 12-24. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/11/Revista-Justicia-y-Derechos-Humanos-del-Minjus-Legis.pe_.pdf

Danós, J. (2019). La regulación del procedimiento administrativo sancionador en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo*, (17), 26-50.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22164/21480>

García de Enterría, E. (1984). Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la

Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (10), 11-62.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=249929>

Guzmán, C. (2009). Los principios generales del Derecho Administrativos. *Ius et veritas*, 19(38), 228-249.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12203/12768>

Huapaya, R. (2015). El derecho constitucional al debido procedimiento administrativo en la ley del procedimiento administrativo general de la República del Perú. *Revista de Investigações Constitucionais*, 2(1), 137-165.

<https://www.redalyc.org/pdf/5340/534056245005.pdf>

Islas, R. (2009). Sobre el principio de legalidad. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 97-108.

<https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r23516.pdf>

Izquierdo, M. y Rebollo, M. (2018). Derecho Administrativo Sancionador: caracteres generales y garantías materiales. En Rebollo, M. y Vera, D. (Dir.), *Derecho administrativo* (Vol. 2, pp. 201-224). Tecnos.

<https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/09/2.-REBOLLO-PUIG-IZQUIERDO-Derecho-administrativo-Sancionador-Caracteres-generales.pdf>

Landa, C. (2002). *El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional*. *Pensamiento constitucional*, 8(8), 445-461.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/3287/3129>

Ministerio de Energía y Minas. (1996, 13 de enero). Resolución Ministerial N° 011-96-EM-VMM. Por la cual aprueban los niveles máximos permisibles para efluentes líquidos minero-metalúrgicos. Diario Oficial El Peruano.

Ministerio de Energía y Minas. (1996, 19 de julio). Resolución Ministerial N° 315-96-EM-VMM. Por la cual aprueban niveles máximos permisibles de elementos y compuestos presentes en emisiones gaseosas provenientes de las unidades minero-metalúrgicas. Diario Oficial El Peruano.

Ministerio de Energía y Minas. (2000, 2 de septiembre). Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM. Por la cual aprueban escala de multas y penalidades a

aplicarse por incumplimiento de disposiciones del TUO de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias. Diario Oficial El Peruano.

Morón, J. (2005). Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la Administración Pública en la Ley Peruana. *Advocatus*, (13), 227-252. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/2795/2689>

Morón, J. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Ley 27444* (14^{va} Edición, Tomo II). Gaceta Jurídica.

Nieto, A. (2008). *Derecho administrativo sancionador* (4^a Edición). Editorial Tecnos.

Ocampo, F. (2011). El principio de razonabilidad como límite a la tipificación reglamentaria de los organismos reguladores. *Ius et veritas*, 21(42), 290-304. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12094>

Presidencia del Consejo de Ministros. (2001, 9 de mayo). Decreto Supremo N° 054-2001-PCM. Por el cual aprueban el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía – OSINERG. Diario Oficial El Peruano.

Presidencia del Consejo de Ministros. (2017, 08 de junio). Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1272, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo. [https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/exposici%C3%B3n de motivos dl 1272.pdf](https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/exposici%C3%B3n%20de%20motivos%20dl%201272.pdf)

Rojas, E. (2011). El debido procedimiento administrativo. *Derecho PUCP*, (67), 177-188. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3147>

Santy, L. (2017). El principio de legalidad en el Derecho Administrativo. *Gaceta Constitucional*, 189-197. <https://works.bepress.com/luiggiv-santycabrera/58/download/>

Santy, L. (2020). El principio del debido procedimiento administrativo: estudio teórico y jurisprudencial. *Actualidad Gubernamental* (144), VIII-1–VIII-6. <https://works.bepress.com/luiggiv-santycabrera/302/download/>

Sentencia N° 2192-2004-AA/TC. (2004, 11 de octubre). Tribunal Constitucional (Sala 1).

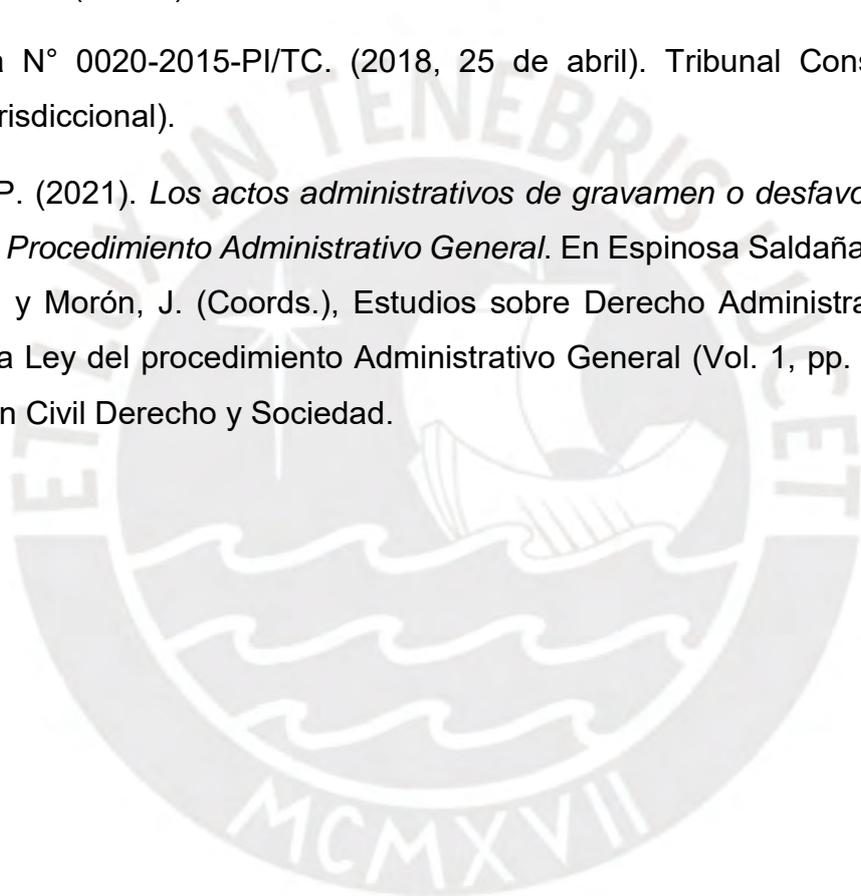
Sentencia N° 3741-2004-AA/TC. (2005, 14 de noviembre). Tribunal Constitucional (Pleno Jurisdiccional).

Sentencia N° 5514-2005-PA/TC. (2007, 13 de marzo). Tribunal Constitucional (Sala 1).

Sentencia N° 00452-2012-AA/TC. (2012, 11 de septiembre). Tribunal Constitucional (Sala 2).

Sentencia N° 0020-2015-PI/TC. (2018, 25 de abril). Tribunal Constitucional (Pleno Jurisdiccional).

Villegas, P. (2021). *Los actos administrativos de gravamen o desfavorables en la Ley del Procedimiento Administrativo General*. En Espinosa Saldaña, E. (Dir.), Danós, J. y Morón, J. (Coords.), *Estudios sobre Derecho Administrativo a 20 años de la Ley del procedimiento Administrativo General* (Vol. 1, pp. 343-357). Asociación Civil Derecho y Sociedad.





RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 131-2010-OS/CD

001277

Gerencia de Fiscalización Minera
OSINERGMIN

Lima, 27 de mayo de 2010

VISTO:

El Expediente N° 2007-024, que contiene el recurso de apelación interpuesto por la empresa minera SOUTHERN PERU COPPER CORPORATION, SUCURSAL DEL PERU (en adelante SOUTHERN), representada por el señor Hans A. Flury Royle, contra la Resolución de Gerencia General N° 1195-2008-1-OS/GFM del 22 de abril de 2008; en materia de infracción a la normativa ambiental¹.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Gerencia General N° 1195-2008-1-OS-GFM del 22 de abril de 2008 se sancionó SOUTHERN con multa de 103.75 UIT por incumplimiento de 2 proyectos de su Programa de Adecuación y Manejo Ambiental y por 2 infracciones graves al superar Límites Máximos Permisibles (LMP), de acuerdo al siguiente detalle:

a) 3.75 UIT por incumplimiento de dos proyectos del PAMA²:

- Proyectos de planta de metales preciosos y de selenio³ y
- Mejora en la zona de lavado de carros de ferrocarril⁴.

¹ El Expediente 2007-024 se vincula a la acumulación de dos (2) procedimientos sancionadores iniciados contra SOUTHERN PERU COPPER CORPORATION, SUCURSAL DEL PERU mediante Oficios 248-07-OS-GFM y 034-2008-OS-GFM. Esta acumulación fue dispuesta en el artículo 1° de la resolución apelada.

² En relación al incumplimiento del PAMA, la multa es proporcional al porcentaje de retraso físico en la ejecución de los dos proyectos del PAMA, de conformidad con la legislación minera aplicable: artículo 48° literal B) del Reglamento de Protección Ambiental de la Actividad Minero-Metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, modificado por Decreto Supremo N° 022-2002-EM y Resolución Ministerial N° 244-2003-EM/DM.

Cabe precisar que para el caso de los PAMA, la citada normativa estableció una escala de multa específica y distinta al régimen general de sanciones previsto en la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/DM.

³ Según el Informe de Cumplimiento del PAMA - Auditoría Ambiental de "Planta de Fundición y Refinería de Ilo", emitido por la Empresa Fiscalizadora Externa Tecnología XXI S.A., este proyecto registró a la fecha de finalización (año 2000), un porcentaje de inversión respecto al compromiso del PAMA del 98% y un avance físico de ejecución del 95% (fojas 95).

⁴ De acuerdo al Informe de Cumplimiento del PAMA - Auditoría Ambiental de "Planta de Fundición y Refinería de Ilo", emitido por la Empresa Fiscalizadora Externa Tecnología XXI S.A., este proyecto registró a la fecha de finalización (año 1999), un porcentaje de inversión respecto al compromiso del PAMA del 30% y un avance físico de ejecución del 95% (fojas 101).



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 131-2010-OS/CD

- b) 100 UIT por dos infracciones graves consistentes en la vulneración de Límites Máximos Permisibles (LMP) para los parámetros "partículas" de las emisiones en la chimenea del horno Isasmelt y parámetro "arsénico" en el efluente líquido de la fundición (Fu-i-9).

Los valores registrados para el parámetro "partículas" fueron de 187.9 mg/m³N (primera corrida) y 219.4 mg/m³N (segunda corrida)⁵ y para el parámetro "arsénico" de 8,0092 mg/L⁶, respectivamente, excediendo los niveles máximos permisibles previstos en el artículo 3° de la Resolución Ministerial N° 315-96-EM/VMM y artículo 4° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM (100 mg/m³N y 1,0 mg/L, respectivamente).

Además; se sancionó a la empresa con una segunda multa de 70 UIT por infracción al artículo 104° de la Ley General de Salud, Ley N° 26842; artículo 74° y numeral 75.1 del artículo 75° de la Ley General del Ambiente, Ley N° 28611; y los artículos 5° y 6° del Reglamento para la Protección Ambiental para las Actividades Minero Metalúrgicas, Decreto Supremo N° 016-93-EM.

La multa de 70 UIT se configuró de la siguiente manera:

- a) 50 UIT por la descarga no autorizada de vertimientos, de tres nuevos efluentes líquidos hacia el mar, provenientes de la fundición.
b) 20 UIT por dos infracciones vinculadas a la emisión de material particulado en el circuito de chancado, sin haber adoptado medidas de previsión y control para evitar o reducir dicha emisión.

Finalmente, se requirió a SOUTHERN que presente el Plan de Cese de Proceso /Instalación en el plazo máximo de cuatro (4) meses, de acuerdo con lo establecido en el inciso B4.b del artículo 48° del Reglamento para la Protección Ambiental para las Actividades Minero Metalúrgicas, Decreto Supremo N° 016-93-EM.

2. Por escrito N° 1010711 de fecha 21 de mayo de 2008, la recurrente interpuso recurso de reconsideración, en atención de los siguientes argumentos:

- a) Sobre la solicitud de nulidad

La resolución impugnada vulneraría los Principios de Legalidad y Tipicidad, porque las infracciones que se le atribuyen no se encuentran reguladas en una norma con rango de Ley. Además, no cumple con la tipicidad, pues las infracciones no pueden ser reguladas por Decreto Supremo, ni mucho menos por Resolución Ministerial.

⁵ Tal como consta a fojas 113, en la Tabla-N° 5.6 del Informe de Cumplimiento del PAMA - Auditoría Ambiental de "Planta de Fundición y Refinería de Ilo", emitido el 5 de julio de 2007 por la Empresa Fiscalizadora Externa Tecnología XXI S.A.

⁶ Conforme al resultado del Informe de Ensayo con valor oficial del Laboratorio INSPECTORATE, obrante a fojas 580

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 131-2010-OS/CD

001278

Además, violaría los principios de debido proceso y defensa, pues no se comunicó la norma con rango de Ley que se habría infringido, y no se ha observado lo establecido en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en cuanto señala que se debe indicar al supuesto infractor la Ley que habría vulnerado.

b) Sobre la reconsideración

Se argumenta lo siguiente respecto a las infracciones imputadas:

- Incumplimiento del Proyecto PAMA: Planta de metales preciosos y de selenio
Se señala que en la supervisión del año 2007, como en la supervisión especial del año 2008, se verificó la conclusión de la infraestructura comprometida en el PAMA. Además que no ha habido valoración adecuada de las pruebas aportadas al procedimiento sobre el cumplimiento de este proyecto PAMA.
- Mejora en la zona de lavado de carros de ferrocarril
Se señala que OSINERGMIN ha considerado monitoreos realizados en el agua proveniente de sistema de captación de agua de lavado, que incluye un desarenador y un separador de aceite agua. No obstante, esta agua es reaprovechada en su totalidad, por lo que no existen efluentes. En consecuencia, el comparar sus resultados con LMP, constituye un error que ha llevado a considerar el incumplimiento del compromiso PAMA.
- Sobre el incumplimiento de LMP para emisión de partículas en la chimenea del horno Isasmelt
La generación de partículas se debe al ingreso de nueva tecnología. Antes de la instalación del horno, no se emitían partículas, por lo que SOUTHERN no había previsto medidas para evitar la generación de polvos. En consecuencia, este hecho no constituye un incumplimiento del PAMA, y no debería ser sancionado como si lo fuera.
El incumplimiento de LMP para las partículas no corresponde directamente al proceso pirometalúrgico realizado en la fundición, sino a emisiones fugitivas que son colectadas y evacuadas para mejorar las áreas de trabajo.
- Sobre el incumplimiento de LMP para flujos en el parámetro "arsénico" en el punto FU-i-9 ubicado a 50 metros de la puerta de ingreso de la fundición
Esto se debe a un desajuste en los equipos, el cual sin embargo, se ha superado satisfactoriamente, lo cual puede ser verificado en cualquier momento. A junción como nueva prueba los resultados de monitoreo de efluentes líquidos.
- Sobre la descarga de tres efluentes líquidos sin autorización, los que se vierten al mar y no han sido considerados en su PAMA
SOUTHERN reconoce la descarga de efluentes no autorizados, pero señala que OSINERGMIN no es competente para sancionarlas, por lo que vulnera principio de legalidad. Además, esto afectaría el principio de *non bis in idem*, pues se sancionaría doblemente por la misma infracción.



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 131-2010-OS/CD

ES COPIA AUTENTICADA
[Firma]
Caroline de Trazegnies Thorne
Asesora Legal de la Alta Dirección
OSINERGMIN

- Sobre la emisión de material particulado en el circuito de chancado, alterando la calidad ambiental del aire y el titular minero no está adoptando medidas para la previsión y control (art. 5° y 6° del Decreto Supremo N° 016-93-EM)
Se señala que la limpieza del área ha generado la emisión del material particulado. Esto podría ser comprobado en los resultados de monitoreo realizados antes de la auditoría en el segundo semestre del año 2007 y los reportes presentados, sin embargo, esta prueba no fue valorada adecuadamente.
- Sobre las salpicaduras de ácido sulfúrico en la zona de descarga en el puerto y el titular minero no está adoptando medidas para la previsión y control
Se señala que la descarga se ha realizado sobre el suelo impermeabilizado, con canales, sumideros y una planta de neutralización. Además que no se ha tomado en consideración las medidas preventivas y de protección ambiental que han sido evidenciadas durante la auditoría.

Sobre la obligación de presentar un Plan de Cese en un plazo de 4 meses, SOUTHERN señala que cuenta con un contrato de estabilidad administrativa que establece cuáles son las normas que le aplican, lo cual impide presentar un Plan de Cese. No obstante, aún en el caso que se requiriera la presentación de dicho Plan de Cese, ello debería tener como objetivo eliminar, neutralizar y/o evitar efectos negativos sobre el medio ambiente, producidos o que puedan producirse por la actividad minera, y ello no ha sido considerado en la resolución.

3. SOUTHERN presentó el escrito N° 1049918 de fecha 22 de agosto de 2008, dirigido a la Gerencia General de OSINERGMIN, solicitando que se tenga por cumplidos seis de los siete requerimientos señalados en la Resolución de Gerencia General N° 1195-2008-1-OS-GFM, por lo siguiente:

- Ha implementado un balance metalúrgico mensual de la planta de selenio que acredita la captura del 98% de selenio. Presenta reportes de mayo, junio y julio de 2008.
- Se han realizado trabajos de mejora en el sistema desarenador y pozos separadores de agua aceite, habiendo cumplido con los LMP. Adjuntan informe de acciones de mejoramiento y reporte de sistema de pozos separadores de agua-aceite de Invaod de carros de ferrocarril de Patio Puerto.
- Se ha presentado ante la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM), el Plan de Cese sobre el material particulado generado por el horno Isasmelt. Además que se encuentra implementando medidas de adecuación. Se anexa cargo de presentación del Plan de Cese y memoria descriptiva de las medidas correctivas y operativas que se están realizando.
- Sobre el LMP de arsénico, el parámetro ha sido corregido. Se señala que este parámetro ya fue corregido. Se presenta contramuestras tomadas en la supervisión especial del 16 al 26 de julio de 2007 de acuerdo al PAMA y durante la supervisión del 15 al 17 de febrero de 2007. Además anexan reportes de monitoreo sobre este parámetro en el punto FU-i-9 y el reporte de monitoreo de efluentes de la Fundición.
- Sobre los tres puntos de vertimientos, se ha iniciado procedimiento de autorización sanitaria de vertimiento. Presentan copia del cargo de dicha solicitud.



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 131-2010-OS/CD

001279
OSINERGMIN
Gerencia de Fiscalización Minera

- Sobre la emisión de material particulado en el circuito de chancado de la zaranda 15-001 de la chancadora secundaria, se han tomado las medidas preventivas de capacitación en esta área, lo cual fue realizado antes de la supervisión. Adjuntan lista de actividades de la capacitación de personal.
 - Sobre la descarga de ácido sulfúrico, se ha puesto en operación un sistema de contención con cañales y sumideros para coleccionar las posibles fugas de ácido. Además ha instalado una geomembrana. Adjuntan fotografías del proceso de instalación de la geomembrana.
4. Mediante Informe GFM N° 260-2008 del 08 de setiembre de 2008, se analizó el recurso de reconsideración, y se recomendó encausarlo como un recurso de apelación, toda vez que se había deducido la nulidad de la Resolución impugnada.
 5. Con Oficio N° 621-2009/MEM-AAM del 07 de mayo de 2009, la DGAAM informó sobre la aprobación del Plan de Cese correspondiente a la "Chimenea de Higiene del Edificio Horno Isasmelt" y se adjuntó la Resolución Directoral N° 065-2009-MEM/AAM del 23 de marzo de 2009. Además adjuntó el Informe N° 108-2009-MEM-AAM/ADWALL que aprueba la eliminación un punto de monitoreo FU-i-3 e implementación de FU-i-7, FU-i-9, FU-i-10. Con lo cual, se elevó el expediente al Consejo Directivo para su pronunciamiento.
 6. Evaluados los actuados, procede en primer término pronunciarse por el recurso de reconsideración formulado por la impugnante.

En el presente caso, de la revisión del recurso administrativo interpuesto se advierte que se deduce la nulidad de la resolución impugnada, tal como se señaló en el Informe GFM N° 260-2008 del 08 de setiembre de 2008, cuestionándose la afectación de diversos principios de la potestad sancionadora previstos en la Ley N° 27444. En tal sentido, en aplicación de los artículos 209° y 213° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, corresponde calificar dicho recurso administrativo como uno de apelación.

7. Sobre el argumento que sostiene la vulneración del principio de Tipicidad y de Legalidad previstos en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, al no establecerse las infracciones imputadas, en una norma con rango de Ley, es necesario precisar que si bien el artículo 230.4, señala que sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley, es importante tener en cuenta que la misma norma establece que "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 permita tipificar por vía reglamentaria."

Al respecto, cabe señalar que el argumento que sostiene la vulneración del principio de Tipicidad y de Legalidad previstos en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, al no haberse determinado la imposición de sanción, al amparo de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, implicaría que conforme al marco normativo vigente el Osinergmin carecería de competencia y facultades legales para



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 131-2010-OS/CD

ES COPIA AUTENTICADA

Caroline de Trazagnies Thorne
Asesora Legal de la Alta Dirección
OSINERGMIN

sancionar los incumplimientos alegados en el Procedimiento Administrativo Sancionados, cuales son:

- a) Incumplimiento de compromisos PAMA
- b) Incumplimiento de LMP en emisiones y efluentes
- c) Incumplimiento de adoptar medidas de previsión y control

Sin embargo, la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente (en adelante "LGA") establece que en su artículo 2° numeral 2.1, que las disposiciones contenidas en dicha norma, así como en sus normas complementarias y reglamentarias, "son de obligatorio cumplimiento para toda persona natural o jurídica, pública o privada, dentro del territorio nacional, el cual comprende el suelo, subsuelo, el dominio marítimo, lacustre, hidrológico e hidrogeológico y el espacio aéreo". De manera específica, en el capítulo 4 referido a la "Empresa y Ambiente", artículo 73°, numeral 1. se reitera que sus disposiciones "son exigibles a los proyectos de inversión, de investigación y a toda actividad susceptible de generar impactos negativos en el ambiente, en tanto sean aplicables, de acuerdo a las disposiciones que determine la respectiva autoridad competente."

Así, ésta Ley establece en el artículo 74°, que todo titular de operaciones es responsable por las emisiones, efluentes, descargas y demás impactos negativos que se generen sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, como consecuencia de sus actividades. Esta responsabilidad incluye los riesgos y daños ambientales que se generen por acción u omisión.

Complementariamente a estas disposiciones, en el artículo 75° inciso 1, la LGA ha establecido que el titular de operaciones debe adoptar prioritariamente medidas de prevención del riesgo y daño ambiental en la fuente generadora de los mismos, así como las demás medidas de conservación y protección ambiental que corresponda en cada una de las etapas de sus operaciones, bajo el concepto de ciclo de vida de los bienes que produzca o los servicios que provea, de conformidad con los principios establecidos en el Título Preliminar de dicha ley y las demás normas legales vigentes.

Como se observa, la legislación establece con claridad la obligación por parte de toda persona natural o jurídica, de adoptar medidas de prevención del riesgo y daño ambiental en la fuente generadora, como es el caso de las operaciones mineras, precisando la responsabilidad del titular de la actividad, de responder por los efluentes y el impacto negativo que se genere como consecuencia de sus actividades.

A nivel sectorial, el Decreto Supremo N° 016-93-EM, Reglamento de Protección Ambiental para las Actividades Minero Metalúrgicas, expedido conforme a lo dispuesto por el entonces vigente Código del Medio Ambiente, también estableció en sus artículos 5° y 6° la obligación del titular minero de controlar sus emisiones, efluentes y todos los impactos ambientales de sus operaciones.

Es el caso que el Ministerio de Energía y Minas, en su calidad de autoridad sectorial competente, estableció las obligaciones generales y los Límites Máximos Permisibles a cumplir en el ejercicio de actividades mineras y la sanción que corresponde a su

77



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 131-2010-OS/CD

ES COPIA AUTENTICADA
[Firma]
Caroline de Trézegnie Thorne
Asesora Legal de la Alta Dirección
OSINERGMIN

001280

OSINERGMIN
Gerencia de Fiscalización Minera

infracción; por lo que carece de fundamento el argumento expuesto por la recurrente en el sentido que se habría vulnerado los principios de Tipicidad y Legalidad.

Los Límites Máximos Permisibles para los efluentes de las actividades minero metalúrgicas se establecieron mediante Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM. El artículo 4° de esta norma estableció que los resultados analíticos obtenidos para cada parámetro regulado a partir de la muestra recogida del efluente minero-metalúrgico, no excederán en ninguna oportunidad los valores establecidos en las tablas adjuntas a la norma.

Por su parte, el Ministerio de Energía y Minas expidió la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, cuando tenía esa atribución legalmente reconocida por el inciso l) del artículo 101° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería (Decreto Supremo N° 014-92-EM), aprobando la Escala de Multas y Penalidades por incumplimiento de disposiciones del TUO de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias. En esta resolución ministerial se estableció la escala de multas por infracciones a obligaciones ambientales, norma que actualmente se encuentra vigente y en la que se ampara la determinación de multa impuesta a la recurrente. De hecho, en la propia Ley N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG, se declara expresamente que en tanto se aprueben por el OSINERGMIN, los procedimientos de fiscalización de las actividades mineras a su cargo, seguirían vigentes a las disposiciones sobre esta materia contenidas, entre otras, en la Escala de Sanciones y Multas aprobada por Resolución Ministerial N° 310-2000-EM-VMM (sic), siendo de aplicación todas las normas complementarias de estas disposiciones que se encuentren vigentes a la fecha de promulgación de la presente Ley.

Así, mediante esta Ley se complementa el rango legal requerido por la Ley N° 27444, para la determinación de las infracciones y sanciones aplicables por el incumplimiento de las obligaciones legales establecidas, con es la referida a los LMP y demás

Conforme a lo expuesto, la resolución de la Gerencia General del Osinergmin N° 1195-2008-1-OS/GFM, no vulnera los principios de Tipicidad y Legalidad establecidos en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Respecto a la vulneración del debido proceso y el derecho de defensa, en virtud de lo señalado en los párrafos antecedentes, se desprende que al no existir una vulneración por la tipicidad o legalidad de la norma que regula las infracciones imputadas a SOUTHERN no ha existido vulneración del debido proceso, pues se señaló cuál era el supuesto de infracción en cada caso, y en consecuencia, tampoco se ha vulnerado el derecho de defensa.

8. Sobre el incumplimiento del proyecto PAMA: Planta de metales preciosos y selenio, la empresa señala que a la fecha de la auditoría ya se había cumplido con el 100% de este proyecto, esto es, antes de mayo de 2007.



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 131-2010-OS/CD

Adjunta como medio probatorio, un documento de levantamiento de la recomendación N° 12 sobre la captura del 98% de selenio que habría presentado durante la Segunda Supervisión Especial de Levantamiento de Observaciones de recomendaciones realizada del 15 al 17 de febrero de 2008. Además, presenta los reportes de Balance metalúrgico de selenio en la Planta de Selenio de mayo, junio y julio de 2008.

Al respecto, es necesario precisar que a pesar de las pruebas que evidencian el cumplimiento del compromiso de captura de selenio, desde febrero de 2008, la infracción materia de análisis y por la que se ha iniciado el Procedimiento Administrativo Sancionador, corresponde a mayo de 2007, y en ese lapso de tiempo, la empresa no ha probado que el proyecto se hubiera ejecutado al 100%, por lo cual, este extremo de la apelación debe ser desestimada.

9. Respecto al incumplimiento de la zona de lavado de carros de ferrocarril, SOUTHERN señala que no existen efluentes en esta zona y que los muestreos realizados por la entidad supervisora en el agua proveniente del área de lavado que luego es aprovechado, ha conducido al error de considerar como no cumplido este proyecto PAMA.

Sobre este aspecto, se debe señalar que el incumplimiento observado en la zona de lavado y por el que se inició el Procedimiento Administrativo Sancionador, no implica sólo al agua proveniente del lavado, sino también a la descarga de hidrocarburos y de residuos.

Respecto al manejo de efluentes, evaluada la información presentada por SOUTHERN se ha podido evidenciar contradicción en sus argumentos. Por un lado, se inuica que no existirían efluentes en la zona de lavado (recurso de apelación), mientras que por otro lado (escrito N° 1049918), se adjunta documentación que evalúa el cumplimiento de los LMP de efluentes, los que se habrían adecuado con fecha posterior a la supervisión que determinó la infracción.

En este sentido, también este aspecto de la apelación debe ser desestimado.

10. Respecto al incumplimiento de LMP de emisión de partículas en la chimenea del horno Isasmelt, es necesario precisar, que el objetivo del PAMA es, entre otros supuestos, la adecuación a los LMP, por lo que aún cuando la tecnología del Horno Isasmelt, generase como se alega, la emisión de partículas, en virtud de los artículos 5°, 6° y 9° del Decreto Supremo N° 016-93-EM, SOUTHERN tenía la obligación de cumplir con los LMP en esta área, y en consecuencia, debió adoptar las medidas de previsión necesarias para cumplir los LMP indicados.

Por otro lado, SOUTHERN no ha probado el cumplimiento de LMP en esta área, por el contrario, ha presentado un Plan de Cese correspondiente a la "Chimenea de Higiene del Edificio Horno Isasmelt", lo cual comprueba que al momento de la supervisión, no cumplía con los LMP que generan esta infracción, por lo que corresponde confirmar la multa por esta infracción.



RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 131-2010-OS/CD

ES COPIA AUTENTICADA
[Firma]
C. Oline da Trazegnies Thorne
Asesora Legal de la Alta Dirección
OSINERGMIN

001281

OSINERGMIN
Gerencia de Fiscalización Minera

Respecto al incumplimiento de ... para efuentes en el parámetro arsenico, SOUTHERN reconoce esta infracción, atribuyéndola a un desbalance de los equipos durante la estabilización del proceso, adjuntando posteriormente reportes de monitoreo que probarían el cumplimiento posterior del LMP.

Como se ha señalado anteriormente, sin perjuicio del cumplimiento actual de los LMP, nuestra legislación requiere el cumplimiento permanente de los LMP, por lo que la empresa debe prever siempre los medios para cumplir con ellos.

Asimismo, se debe tener en cuenta que conforme con el artículo 163.3 de la Ley N° 27444, las pruebas sobrevivientes, como las que se han presentado en este caso, sólo pueden presentarse siempre que no se haya emitido resolución definitiva, por lo que para el presente caso, carece de sentido su evaluación, además de que no desvirtúan la comisión de la infracción administrativa detectada con ocasión de la presente fiscalización ambiental.

En el mismo sentido, el artículo 209° de la Ley N° 27444, establece que el recurso de apelación se interpondrá cuando se sustente en la interpretación diferente de las pruebas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, es decir, en esta instancia no cabe evaluar nuevas pruebas, por lo que corresponde confirmar la multa por esta infracción.

12. Respecto a la infracción referida a tres puntos de vertimientos sin autorización, SOUTHERN señala que OSINERGMIN no es competente para imponer una sanción, ya que ello le compete a la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA), conforme a la Ley General de Aguas, Decreto Ley N° 17752.

Al respecto, cabe señalar que si bien el Decreto Ley N° 17752 establece la competencia de la autoridad de salud en ese aspecto, el Decreto Legislativo N° 757 emitido posteriormente, regula la competencia de las autoridades sectoriales o fiscalizadoras en materia ambiental, por lo que carece de fundamento lo argumentado.

Adicionalmente, se debe observar que el PAMA, cuya competencia de fiscalización le corresponde al OSINERGMIN, tiene como objetivo que los titulares de actividad minera logren reducir sus niveles de contaminación ambiental hasta alcanzar los niveles máximos permisibles (artículo 9° del Decreto Supremo N° 016-93-EM). Si existen vertimientos no autorizados, sobre los cuales no existe información, OSINERGMIN debe asegurar el cumplimiento de los LMP sobre dichos efuentes, y en consecuencia, sancionar sobre el incumplimiento en la obtención de la autorización correspondiente destinada a controlar precisamente la calidad de los vertimientos.

Al respecto, es pertinente resaltar que el artículo 7° de la Resolución Ministerial N° 011-96-EM/VMM dispone que los titulares mineros están obligados a establecer en el PAMA un punto de control para cada efluente a fin de determinar la concentración de los parámetros regulados. Conforme a ello, el vertimiento de efuentes no autorizados, configura un incumplimiento a lo establecido por la autoridad con la aprobación del PAMA.



**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 131-2010-OS/CD**

En este sentido, habiéndose comprobado que SOUTHERN contaba con vertimientos no autorizados durante la supervisión realizada, y que da origen al presente Procedimiento Administrativo Sancionador, corresponde confirmar la sanción impuesta en este extremo.

- 13. Sobre la falta de medidas para la previsión y control frente a la emisión de material particulado en el circuito de chancado, SOUTHERN señala que no se han considerado las pruebas sobre la capacitación como medio de prevención.

En torno a ello, se debe precisar que SOUTHERN no ha probado que hubiera adoptado las medidas de previsión y control suficientes para evitar el impacto al medio ambiente y la salud de los trabajadores, conforme a su obligación establecida en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 016-93-EM y el artículo 104° de la Ley General de Salud. Tan es así, que el titular minero no pudo establecer ninguna medida que estuviera adoptando al momento de la supervisión, para evitar la falta de limpieza en el área con la finalidad de no perjudicar la salud y el ambiente, siendo insuficientes las pruebas presentadas sobre la capacitación como medio de prevención de la contaminación ambiental. En consecuencia, corresponde confirmar la sanción impuesta por esta infracción.

- 14. Sobre la falta de medidas para la previsión y control para evitar las salpicaduras de ácido sulfúrico en la zona de descarga en el puerto, SOUTHERN señala que sí se habían implementado medidas de control antes de la supervisión. Posteriormente, con escrito 1049918, T comunica que a puesto en operación un sistema de contención con canales y sumideros para colectar las posibles fugas de ácido. Además ha instalado una geomembrana.

Al respecto, es necesario precisar que al momento de la supervisión, la empresa no probó la impermeabilización del área, ni las medidas de previsión y control al momento de la descarga de ácido sulfúrico, que es el momento en el que se produce la salpicadura. Además, recién probó la impermeabilización del área con una geomembrana, con fecha posterior a la supervisión.

Como ya se ha señalado, la Ley N° 27444 establece que las pruebas sobrevivientes, sólo pueden ser presentadas antes de la emisión de resolución. Además, el recurso de apelación sólo resuelve el sustento de la interpretación diferente de las pruebas o cuestiones de puro derecho, por lo que las nuevas pruebas aportadas por SOUTHERN no pueden ser evaluadas en esta instancia.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9° inciso b) de la Ley N° 26734, Ley de Creación de OSINERGMIN, artículos 1°, 17° y 18° de la Ley N° 28964, Ley que transfiere las competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERGMIN e inciso l) del artículo 52° del Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM;



ES COPIA AUTENTICADA

Caroline de Trazegnies Thorne
Caroline de Trazegnies Thorne
Asesora Legal de la Alta Dirección
OSINERGMIN

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 131-2010-OS/CD

001282

OSINERGMIN
Gerencia de Fiscalización Minera

SE RESUELVE:

Artículo 1°. - Declarar INFUNDADO el recurso de apelación presentado por SOUTHERN PERU COPPER CORPORATION, SUCURSAL DEL PERU, contra la Resolución de Gerencia General N° 1195-2008-1-O/GFM del 22 de abril de 2008, por los fundamentos expuestos en la a presente resolución; en consecuencia, CONFIRMAR la citada resolución en todos sus extremos.

Artículo 2°. - Declarar agotada la vía administrativa.



Alfredo Damert Lira
ALFREDO DAMERT LIRA
Presidente del Consejo Directivo
OSINERGMIN