

Universidad Católica de Santa María
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Segunda Especialidad en Derecho Minero y Ambiental



**Procedimiento administrativo sancionador signado con expediente N° 2007-073-
OSINERGMIN**

Trabajo Académico presentado por la Abogada:

Ponce De Leon Paredes, Marcela Bertha

ORCID: 0009-0009-3929-9584

para optar el Título de Segunda Especialidad en Derecho Minero y Ambiental

Asesor:

Mg. Yucra Nuñez, Yosiv Zolin

ORCID: 0000-0003-1581-1888

Arequipa - Perú

2024

UCSM-ERP

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
SEGUNDA ESPECIALIDAD EN DERECHO MINERO Y AMBIENTAL
SEGUNDA ESPECIALIDAD CON TRABAJO ACADÉMICO
DICTAMEN APROBACIÓN DE BORRADOR

Arequipa, 08 de Octubre del 2023

Dictamen: 010338-C--2023

Visto el borrador del expediente 010338, presentado por:

2015975842 - PONCE DE LEON PAREDES MARCELA BERTHA

Titulado:

**PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SIGNADO N° 2007-073-
OSINERGMIN**

Nuestro dictamen es:

APROBADO

**70672448 - DEL CARPIO UGARTE CESAR ALEJANDRO
DICTAMINADOR**



**42985660 - MALAGA PALAO FRANCISCO JAVIER
DICTAMINADOR**



Procedimiento administrativo sancionador signado con expediente N° 2007-073- OSINERGMIN

ORIGINALITY REPORT

6%

SIMILARITY INDEX

7%

INTERNET SOURCES

3%

PUBLICATIONS

5%

STUDENT PAPERS

PRIMARY SOURCES

| | | |
|---|--|----|
| 1 | repositorio.upn.edu.pe Internet Source | 2% |
| 2 | www.idl.org.pe Internet Source | 1% |
| 3 | Submitted to Universidad Autónoma de Nuevo León Student Paper | 1% |
| 4 | repositorio.unprg.edu.pe Internet Source | 1% |
| 5 | KLOHN CRIPPEN BERGER S.A.. "MEIA del Proyecto Minero Antamina por Incremento de Reservas y Optimización del Plan de Minado.- IGA0013037", R.D. N° 054-2011-MEM-AAM , 2021 Publication | 1% |
| 6 | Submitted to Universidad Católica San Pablo Student Paper | 1% |



*Mi especial agradecimiento a mis
hijos Sebastián y Alejandra que han sido
y son el motor que impulsa grandes
desafíos en mi vida y a mis padres que
con esfuerzo y amor supieron guiarme*



*“La revolución industrial fue otro de aquellos
extraordinarios saltos hacia adelante en la historia de la
civilización”*

Stephen Gardiner

RESUMEN

En este trabajo académico, trataremos a través de una investigación y un análisis exhaustivo, el proceso administrativo sancionador a una empresa cementera que es procesada por un organismo regulador por la utilización de un título habilitante inadecuado para sus operaciones, específicamente Concesión de beneficio. El trabajo académico analiza desde una administración sancionadora la aplicación de la Concesión de beneficio exigida por el organismo regulador OSINERGMIN en una empresa cuya actividad es mixta (minero-industrial), es el caso de una empresa cementera que al margen de tener un core business eminentemente industrial, en mayoría de estas la primera parte de la actividad económica que realizan, suele consistir en la exploración y explotación de materias primas y por tanto actividad minera, lo que conlleva a tener un marco regulatorio difuso y hasta ambiguo, toda vez que acarrea dificultad definir hasta donde se realizan procesos mineros y donde comienzan los procesos industriales, claramente el legislador no ha regulado de forma clara estos casos. A partir de ello, analizaremos las normas de la materia aplicables en el proceso de fiscalización que realiza OSINERGMIN en una empresa cementera en un procedimiento sancionador, analizando desde su legitimidad de competencia, y aplicación adecuada de los principios de tipicidad, legalidad, debido procedimiento y fiscalización de los títulos habilitantes, en este caso específico de la Concesión de beneficio, institución jurídica minera que se planteó como un método de recaudación y control en los recursos naturales, cuya aplicación ha sido compleja en las empresas con actividad mixta, como las cementeras. Partimos de un estudio técnico del proceso productivo del cemento en paralelo con el proceso minero para definir la naturaleza de la Concesión de Beneficio y a partir de ello concluir, que no es aplicable al proceso cementero una Concesión de beneficio, toda vez que en el proceso cementero no hay cavidad al “beneficio” propiamente dicho del mineral, por decirlo de alguna forma sencilla. Haciendo un análisis técnico tenemos que no existe una suerte de disgregación entre materia prima aprovechable y no aprovechable. En el proceso cementero no se “beneficia”, se utiliza prácticamente toda la materia prima extraída de la tierra y lo que se descarta desbroce, material estéril, no requiere ningún proceso físico, químico y/o físico-químico al que hace referencia la Ley General de Minería, eso hace la gran diferencia. Esta premisa que se desglosa de un análisis técnico de los procesos productivos y mineros acarrea como consecuencia la no aplicación y con ella una serie de efectos en la práctica, toda vez que, se abstrae la competencia minera a nivel de procesos regulatorios y con ella, la abstracción del Estado mismo a nivel recaudatorio y regulatorio.

La no aplicación de la Concesión de beneficio vislumbra el campo difuso legislativo en el que se encuentran las empresas que realizan actividad mixta, específicamente quienes practican actividades mineras e industriales como las cementeras. El análisis de la no aplicación de la Concesión de beneficio dará lugar a diversos pronunciamientos en materia administrativa y judicial que desembocan en otras investigaciones igual de relevantes tales como: ¿es aplicable un régimen laboral minero en actividades cementeras?, ¿es aplicable la recaudación de un aporte por regulación en actividades cementeras?, ¿es aplicable la exigencia de obligaciones mineras en actividades cementeras? En el presente trabajo se analiza partiendo desde un punto de vista técnico, el análisis de un tratamiento jurídico deficiente en la materia. La Ley General de Minería resulta siendo una norma que regula la Concesión de beneficio dándole una relevancia importante a una institución minera que, en el cuerpo normativo mismo, carece de contenido, lo que da lugar a una incertidumbre jurídica y su inaplicación en la realidad. Es necesario que el legislador trate con mayor experiencia y conocimiento los procesos mineros y sus instituciones a todo nivel, la minería está impregnada en gran parte de nuestra actividad económica, es insensato pensar que el régimen minero per se es uno solo, existen otras actividades como las cementeras, concreteras, lajeras, ceramistas, ladrilleras que hace cientos de años hacen minería en el mundo, no obstante no pueden ser tratadas ni regulatoria, ni tributaria, ni económicamente igual, por lo que es tiempo que el legislador peruano realice un análisis concienzudo de la casuística y brinde certidumbre y seguridad jurídica a las actividades económicas que realizan actividad minero- industrial.

Palabras clave: Concesión de beneficio, Empresa cementera, Industria minera.

ABSTRACT

In this academic work, we will address, through research and thorough analysis, the administrative sanctioning process of a cement company that is being prosecuted by a regulatory body for the inappropriate use of an enabling permit for its operations, specifically the Benefit Concession. This academic work examines, through an administrative sanctioning procedure, the application of the Benefit Concession required by the regulatory body OSINERGMIN in a company engaged in mixed (mining-industrial) activities. This is the case for a cement company, which, in addition to its predominantly industrial core business, often involves the exploration and exploitation of raw materials, constituting mining activities. This situation results in a blurred and ambiguous regulatory framework, as it is challenging to define the boundaries between mining and industrial processes. Clearly, the legislator has not provided clear regulations for such cases. We will analyze the relevant regulations in the enforcement process conducted by OSINERGMIN in a cement company during a sanctioning procedure, examining aspects such as competency, proper application of principles like typification, legality, due process, and the scrutiny of enabling permits. In this specific case, the focus is on the Benefit Concession, a legal mining institution initially conceived as a method for revenue collection and resource control in the natural resource sector. Its application has been complex in companies engaged in mixed activities, like cement production. Starting with a technical study of the cement production process in parallel with the mining process, we aim to define the nature of the Benefit Concession and, consequently, conclude that it is not applicable to the cement production process. This is because the cement production process does not involve the actual "beneficiation" of minerals in the traditional sense. From a technical perspective, there is no clear distinction between usable and non-usable raw materials in the cement production process. In cement production, almost all extracted raw materials from the earth are used, and what is discarded, such as overburden and sterile material, does not require any physical, chemical, or physico-chemical processes as referenced in the General Mining Law. This fundamental difference is critical. This premise, derived from a technical analysis of the production and mining processes, results in the non-application of the Benefit Concession, which, in turn, has several practical implications. It abstracts mining competency at the regulatory process level and, consequently, abstracts the state from revenue collection and regulation. The non-application of the Benefit Concession reveals the legislative ambiguity in which companies engaged in mixed activities, specifically those combining mining and

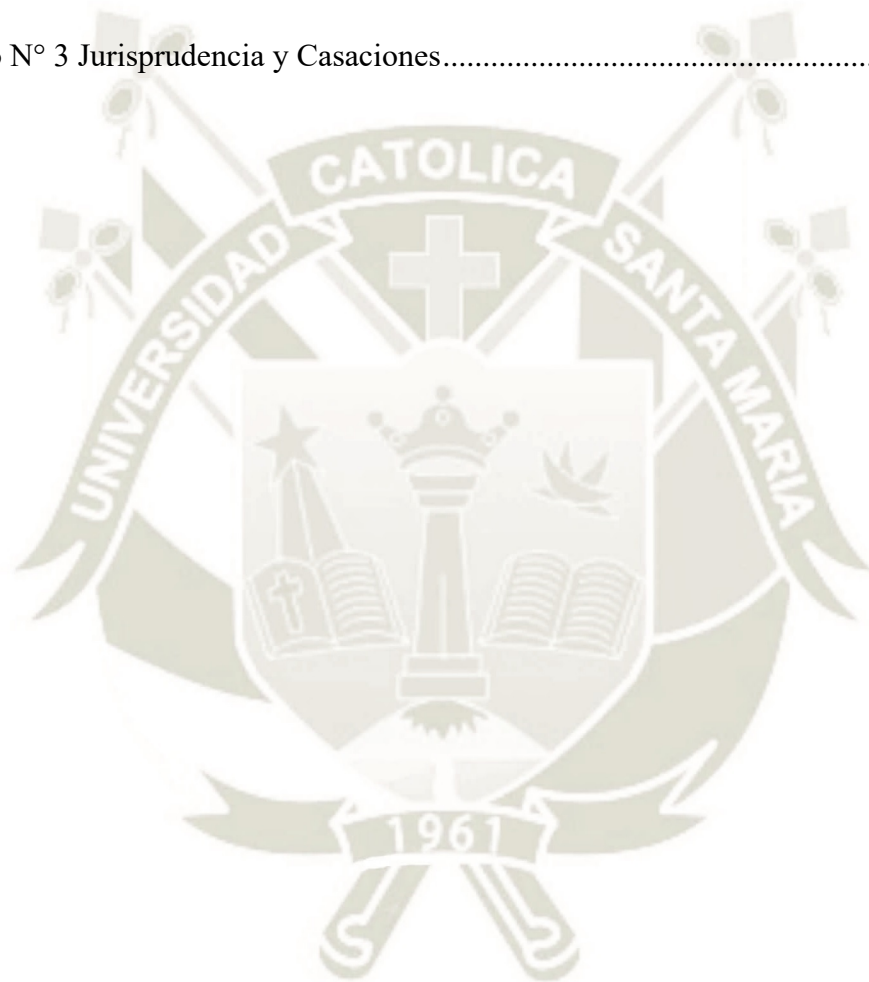
industrial activities, find themselves. The analysis of the non-application of the Benefit Concession will lead to various administrative and judicial decisions that will trigger further investigations of equal significance, such as the applicability of a mining labor regime in cement-related activities, the applicability of regulatory contributions in cement-related activities, and the imposition of mining obligations in cement-related activities. This work analyzes, from a technical standpoint, the deficiencies in the legal treatment of this matter. The General Mining Law ends up being a regulation that assigns significant importance to the Benefit Concession as a mining institution. However, within the very legal framework, this institution lacks substantive content, leading to legal uncertainty and its non-application in practice. It is imperative for the legislator to approach mining processes and their institutions at all levels with greater expertise. Mining plays a pivotal role in a significant portion of our economic activity. It would be imprudent to assume that a single mining regime can adequately encompass all these diverse activities. Industries like cement production, concrete manufacturing, quarrying, ceramics, and brickmaking have been engaged in mining for millennia. However, they cannot be treated uniformly in terms of regulation, taxation, or economics. Therefore, it is high time for the Peruvian legislator to conduct a comprehensive analysis of the nuances and provide legal certainty and security to economic activities that combine mining and industrial aspects.

Keywords: Benefit concession, Cement company, Mining industry.

ÍNDICE GENERAL

| | |
|--|-----|
| RESUMEN | v |
| ABSTRACT | vii |
| INTRODUCCIÓN..... | 1 |
| 1. Justificación de la Relevancia del Caso | 3 |
| 2. Marco Teórico..... | 5 |
| 2.1. Proceso productivo del cemento | 5 |
| 2.1.1. Preparación de la materia prima | 6 |
| 2.1.2. Clinckerizacion..... | 6 |
| 2.1.3. Molienda y despacho..... | 7 |
| 2.2. Las actividades mineras en la regulación aplicable al sector minero..... | 8 |
| 2.2.1. Actividad de cateo | 9 |
| 2.2.2. Actividad de prospección | 10 |
| 2.2.3. Actividad de exploración..... | 11 |
| 2.2.4. Actividad de explotación..... | 12 |
| 2.2.5. Actividad de beneficio..... | 12 |
| 2.2.6. Actividad de labor general | 15 |
| 2.2.7. Actividad de comercialización | 15 |
| 2.2.8. Actividad de transporte minero | 16 |
| 3. Resumen de los Hechos que Sustentan la Pretensión de las Partes. | 17 |
| 4. Identificación de los Problemas Jurídicos: Sustantivos, Procesales y/o de Ejecución, Relacionados con las Decisiones Adoptadas por el Órgano Administrativo o Jurisdiccional, en Función de las Fases del Procedimiento, o de las Actuaciones de las Partes. | 23 |
| 4.1. Descripción de los problemas relevantes del expediente | 23 |
| 4.1.1. Planteamiento del problema | 23 |
| 5. Análisis Crítico, Posición y Aportes Fundamentados del Aspirante, Respecto de los Problemas Jurídicos Detectados, Sustentados en el Ordenamiento Jurídico..... | 37 |

| | |
|---|----|
| CONCLUSIONES..... | 38 |
| REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS | 39 |
| ANEXOS | 42 |
| Anexo N° 1 Etapas de Producción del Cemento | 43 |
| Anexo N° 2 Actividades Involucradas en el Proceso de Transformación de los Metales de Acuerdo a Sociedad Nacional de Industrias. | 44 |
| Anexo N° 3 Jurisprudencia y Casaciones..... | 45 |



GLOSARIO DE TÉRMINOS

1. **Actividad minera:** Incluye todas las etapas desde la exploración hasta la comercialización de minerales. Engloba procesos como cateo, prospección, exploración, explotación, beneficio y transporte de minerales.
2. **Cementera:** Empresa que produce cemento, frecuentemente involucrada en la explotación de materias primas mineras como parte de su proceso productivo.
3. **Clinkerización:** Etapa del proceso de fabricación de cemento donde el material se calienta a altas temperaturas para transformarse en clinker, un componente principal del cemento.
4. **Concesión de beneficio:** Autorización otorgada por el estado para realizar operaciones de tratamiento y transformación de minerales extraídos, como parte de las actividades mineras.
5. **Concesión minera:** Derecho legal otorgado por el estado a una entidad para explorar y explotar recursos minerales dentro de un área específica.
6. **Core business:** Se refiere al negocio principal o actividad central de una empresa. En el contexto de las cementeras, puede incluir tanto la producción de cemento como las actividades mineras asociadas.
7. **D.S.:** Decreto Supremo.
8. **Derecho ambiental:** Rama del derecho que regula las relaciones entre el ser humano y su entorno natural, enfocándose en la protección del medio ambiente y la regulación del impacto de las actividades humanas.
9. **EIA (Estudio de Impacto Ambiental):** Documento técnico requerido por la legislación para evaluar los efectos significativos que un proyecto puede causar sobre el medio ambiente.
10. **Extracción:** Actividad minera que implica la remoción de materiales naturales (como piedra caliza) de la tierra, necesarios para la producción de cemento.
11. **Fiscalización:** Acción de controlar y verificar el cumplimiento de las leyes y regulaciones por parte de las empresas, llevada a cabo por entidades como **OSINERGMIN**.

12. **Instrumento de gestión ambiental:** Herramienta legal que regula y controla el impacto ambiental de las operaciones industriales y mineras.
13. **Marco regulatorio difuso:** Se refiere a una situación donde las normas y regulaciones aplicables a un sector son ambiguas o no están claramente definidas, lo que puede complicar su aplicación.
14. **MEM:** Ministerio de Energía y Minas.
15. **Molienda:** Proceso de pulverización de clinker y otros componentes para producir cemento.
16. **OSINERGMIN:** Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería de Perú, encargado de regular, supervisar y fiscalizar las actividades en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería.
17. **PAS:** Procedimiento Administrativo Sancionador.
18. **Proceso productivo del cemento:** Incluye todas las etapas involucradas en la producción de cemento, desde la extracción de materias primas hasta la molienda del clinker y la fabricación del cemento final.
19. **Proceso sancionador:** Procedimiento administrativo que se inicia cuando una entidad o empresa infringe normativas establecidas, pudiendo resultar en sanciones o multas.
20. **Regulación aplicable al sector minero:** Conjunto de normativas y leyes que establecen los parámetros y procedimientos para la operación y supervisión de actividades mineras.
21. **Resolución administrativa:** Decisión emitida por una autoridad administrativa como resultado de un procedimiento sancionador o de fiscalización.
22. **Sanción administrativa:** Penalización impuesta por una autoridad administrativa como resultado de violaciones a las regulaciones o leyes, que puede incluir multas, suspensiones o revocaciones de licencias.
23. **SNMPE:** Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía.
24. **Tipicidad, legalidad y debido procedimiento:** Principios legales que aseguran que las sanciones o procedimientos administrativos se apliquen correctamente conforme a la ley y con garantías procesales adecuadas.
25. **TUO LGM:** Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería.

INTRODUCCIÓN

La industria del cemento y sus derivados desempeñan un papel crucial en el desarrollo de las ciudades. Este sector no solo contribuye al progreso de la infraestructura en constante expansión de las urbes, sino que también ejerce una influencia significativa en la economía en su conjunto. De hecho, la industria cementera constituye una parte sustancial, tanto de manera directa como indirecta, de la fuerza laboral activa y del producto interno bruto del país.

En este contexto, resulta fundamental comprender a fondo esta industria, incluyendo los requisitos regulatorios que los inversionistas deben cumplir para poner en marcha operaciones en el ámbito cementero. Además, es esencial analizar el riguroso proceso de fiscalización al que están sujetos, derivado del control y supervisión de los títulos habilitantes.

No sorprende conocer que nuestro sistema jurídico incorpora una amplia variedad de licencias, permisos y autorizaciones para poner en marcha operaciones a gran escala. En ocasiones, estas regulaciones son acertadas, mientras que, en otras, se observa un cierto grado de excesiva complejidad, como en el caso del sector minero.

La industria cementera no escapa a esta realidad, en efecto la industria cementera tiene en su conformación una etapa de operación minera, ello complica su tratamiento en cuanto a la exigencia de títulos habilitantes y como es natural, estos títulos habilitantes deben ser fiscalizados para así asegurar su cumplimiento.

En el presente trabajo académico, ilustraremos a través de la investigación y análisis de un procedimiento administrativo sancionador, lo que implica para una empresa cementera ser procesada por un organismo regulador en el control de un título habilitante impertinente a sus operaciones: Concesión de beneficio.

OSINERGMIN es un organismo regulador cuya misión la ejerce en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería y ha sido creado con el objeto de regular, supervisar y fiscalizar, a nivel nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y observancia de normas técnicas y por tanto desarrolla un control riguroso de títulos habilitantes.

En la presente investigación analizaremos cual es el papel que desarrolla **OSINERGMIN** en las empresas cuya actividad es mixta, tal es el caso de las empresas cementeras que al margen de tener un core business eminentemente industrial, la primera parte de la actividad económica que realiza consiste en la extracción de materias primas y por tanto actividad

minera, lo que conlleva a tener un marco regulatorio difuso, toda vez que el legislador no ha regulado de forma clara estos casos.

A partir de ello, analizaremos las normas de la materia aplicables en el proceso de fiscalización que realiza **OSINERGMIN** en una empresa cementera en un procedimiento sancionador, cuyo nombre no revelaremos y para efectos prácticos denominaremos “EMPRESA S.A.”, analizando desde su legitimidad de competencia, y aplicación adecuada de los principios de tipicidad, legalidad, debido procedimiento y fiscalización de los títulos habilitantes, en este caso específico de la concesión de beneficio, institución jurídica minera que se planteó como un método de recaudación y control en los recursos naturales, cuya aplicación es compleja en las empresas con actividad mixta, como las cementeras.



1. Justificación de la Relevancia del Caso

La industria del cemento en el Perú tiene poco más de un siglo, estimando aproximadamente a fines del 1800 su llegada. Alrededor de 1864, en la década de 1860, se introdujo en Perú el cemento conocido como "cemento romano". En 1915 llega al Perú la compañía constructora norteamericana "Foundation CO". La primera fábrica de cemento comercial de Perú fue establecida en Lima por la Peruvian Portland Cement Company, que compró los hornos a la Fundación en 1919-1930, durante el gobierno del presidente Leguía. Poco después, en 1955 y 1975, se establecen las fábricas de Cemento en Chilca, Lima, Andino, Chiclayo, Pacasmayo, Sur y EMPRESA S.A., desarrollando diversos tipos de cemento. La llegada del cemento al Perú trajo consigo un cambio rotundo en el desarrollo de construcciones y por tanto un avance económico social importante. Perú ocupó el puesto N° 35 en la producción de cemento desde el 2015, de acuerdo a lo informado por ASOCEM en base a The Global Cement Report – International Cement, Banco Mundial y FMI. Ahora bien, para tratar la industria cementera es ineludible estudiar la actividad minera, dado que la mayoría de las empresas cementeras en el Perú llevan a cabo la extracción de materia prima, siendo así parte inicial de su proceso de producción. La actividad minera ha sido una constante en la historia del Perú, desempeñando un papel fundamental desde tiempos ancestrales. La continua promoción y ejecución de esta actividad sigue contribuyendo de manera significativa al desarrollo económico del país, generando un impacto positivo que perdura en el tiempo. (Vidaud, 2013)

Por ello, resulta crucial profundizar en el análisis jurídico de las instituciones administrativas que conforman este ámbito. De acuerdo con este supuesto, se ha priorizado la investigación jurídica de la concesión minera desde una perspectiva doctrinaria, delegando la investigación de otras instituciones jurídicas-como la CONCESIÓN DE BENEFICIARIO que también han sido reguladas para posibilitar la ejecución del "proceso minero. Se podrán encauzar las reformas legislativas que sean resultado de un diagnóstico histórico-jurídico-económico previo, a partir de un análisis basado en estudios de caso, y brindar a los inversionistas mayor certidumbre sobre el desarrollo de la industria, promoviendo la inversión minera y cementera de manera eficiente, a partir de un mejor conocimiento de la industria y sus títulos habilitantes. La "Concesión de Beneficio" se plantea como un sustituto de otras formas de repotenciar la empresa, como un título que posibilita el inicio de operaciones, o como una herramienta

burocrática, dado que ahora nuestra nación debe apostar por la innovación tecnológica, la reducción de la burocracia administrativa y el fomento de la inversión privada en el sector minero e industrial. Sin embargo, no es mucho lo que se ha publicado sobre esta figura administrativa -de hecho, la academia se ha enfocado mayormente en la "concesión minera"- en la literatura. Esto es así aunque el proceso de beneficio agregue valor al mineral y permita realizar una actividad minera industrial que beneficie mucho económicamente al Estado y a sus ciudadanos. (Mutsios, 2018)

Es el caso que en relación a la Concesión de Beneficio se han generado posiciones difusas en la industria cementera, actualmente se cuentan con empresas cementeras que tienen autorizada una Concesión de Beneficio, cuyos titulares han declarado como concesión de beneficio etapas en el proceso en las cuales no existe un beneficio de la materia prima extraída propiamente dicha, sino más bien su otorgamiento ha obedecido a la emisión de un título habilitante automáticamente que con el avance de la tecnología se vislumbra su impertinencia para un proceso industrial cementero.

Los recursos naturales son definidos como todo elemento del mundo natural que el ser humano puede utilizar para satisfacer sus requerimientos y que tiene valor de mercado actual o potencial. Ley N° 26821, 1997, tal como lo señala el artículo 3 de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales. (Ministerio del Ambiente, 2009)

La exigibilidad de una concesión de beneficio para la industria cementera no solo significa una carga más en el campo regulatorio inaplicable, cuya omisión puede imposibilitar la operación industrial, sino también una afectación al normal desarrollo de la inversión privada en el país. La justificación para estudiar este tema se hace más evidente en el contexto actual, dado el desafiante panorama que implica para el Perú superar la considerable brecha en infraestructura. A pesar de doce años de crecimiento ininterrumpido en el sector de la construcción, la persistencia de esta brecha plantea un desafío significativo. Este escenario señala que la demanda de materiales de construcción, en particular el cemento, seguirá atrayendo inversiones tanto extranjeras como nacionales de aquellos interesados en participar en este sector en constante desarrollo. Perú ocupa el puesto 91 de 148 naciones en el WORLD ECONOMIC FORUM. Global Competitiveness Report, detrás de Chile (puesto 46) y ligeramente por delante de Colombia (puesto 92) en cuanto a infraestructura, componente fundamental de nuestra competitividad económica. Es relevante el estudio de la exigibilidad de la

Concesión de Beneficio aplicable a industria cementera a partir del análisis casuístico de un procedimiento administrativo sancionador, procesado en la vía administrativa y tribunales judiciales durante 11 años. (Foro Económico Mundial, 2020)

2. Marco Teórico

2.1. Proceso productivo del cemento

Sin pretender transformar este trabajo académico en un estudio de ingeniería, dada la naturaleza del tema jurídico a abordar, es esencial comprender la fabricación del cemento. Este entendimiento aportará una perspectiva integral que enriquecerá el análisis de la cuestión legal en estudio.

Según el Informe Financiero Burkenroad Perú - Sector Cemento en el Perú, publicado el 26 de mayo de 2010 por el Centro de Negocios de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el proceso de producción del cemento consta de las siguientes etapas:

- Extracción.
- Preparación de materias primas.
- Clinckerizacion.
- Molienda.
- Despacho.
- Extracción

La fabricación de cemento requiere como materia prima básica piedra caliza, que se obtiene mediante explotaciones mineras en canteras situadas dentro de concesiones de minerales no metálicos. (Reporte Financiero Burkenroad Perú, 2010)

2.1.1. Preparación de la materia prima

El material extraído se lleva a una trituradora primaria, que suele encontrarse en una cantera, donde la piedra caliza se tritura por primera vez, a menudo hasta un tamaño de sólo 10 cm. A continuación, la piedra caliza se tritura por segunda vez en una trituradora secundaria, ya sea en las instalaciones de la planta industrial o en el interior de la cantera. Estos procedimientos de preparación también se utilizan para el yeso y la pizarra, pero no para la puzolana, que se integra más tarde y no necesita preparación adicional. El tipo de cemento producido determinará qué insumos se obtienen de la extracción de minerales no metálicos. La caliza y otros minerales no metálicos se muelen en una planta industrial con el fin de homogeneizar y pulverizar los insumos para obtener un producto intermedio conocido como "crudo" o "harina bruta". La mezcla inicial se estandariza y el tamaño de los minerales disminuye mediante este proceso.

2.1.2. Clinckerizacion

El "crudo" se somete a un proceso de precalentamiento en un horno. Experimenta cambios fisicoquímicos debido al calor, que conducen a la creación de clínker, que es la materia prima principal utilizada para fabricar cemento. A continuación, el clínker se deja enfriar y, en ocasiones, se vuelve a triturar para reducir su tamaño. De momento, el término "clínker", que saldrá a la venta en octubre de este año. "Producto granulado obtenido por calcinación de calizas y arcillas, y que se emplea en la fabricación de cementos" es la definición de clínker que se da en él. (Real Academia Española, 2015)

2.1.3. Molienda y despacho

Una vez enfriado, el clínker se transporta a los molinos de bolas, donde se muele junto con otros aditivos, como yeso y puzolana (según el tipo de cemento que se vaya a producir), hasta obtener una mezcla homogénea. Esta nueva mezcla se somete a un último proceso de pulverización y clasificación, en el que se separa el producto grueso del fino. El primero se somete de nuevo a molienda, mientras que el segundo se denomina "cemento".

Por último, el cemento se traslada mediante cintas a los silos de almacenamiento, donde se saca y se envía a granel o en sacos de papel. La complejidad y precisión que requiere la producción de cemento se reflejan a lo largo de todo el proceso, desde la extracción de la materia prima hasta el producto acabado. De las cuatro etapas que se han desarrollado, la que podría clasificarse como actividad minera de explotación es la autorización de uso superficial del suelo; para llevar a cabo esta actividad, será necesario contar con la aprobación del instrumento de gestión ambiental, un título de concesión minera y otros actos administrativos, licencias, permisos y autorizaciones pertinentes para el desarrollo del proyecto.

De la descripción de las etapas de la producción del cemento, no es claro definir en cuál de estas, se encuentra la actividad minera de beneficio.

Asimismo, resulta necesario conocer las diversas actividades que se regulan en el sector minero, dentro de las cuales está la actividad de beneficio.

2.2. Las actividades mineras en la regulación aplicable al sector minero

El Decreto Supremo N° 014-92-EM autorizó el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería ("TUO LGM"), que regula el ciclo minero, las características y atribuciones particulares de las explotaciones mineras y los títulos habilitantes generales que permiten su implementación. Las siguientes son las actividades que conforman el sector minero, según lo establece el Artículo VI del Título Preliminar de la Ley Minera:

- Cateo.
- Prospección.
- Exploración.
- Explotación.
- Labor general.
- Beneficio.
- Comercialización.
- Transporte minero. (Ministerio de Energía y Minas, 1992)

La lista se amplía de conformidad con el literal a) del artículo 2 del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, el cual fue autorizado mediante Decreto Supremo N° 024-2016-EM. Este reglamento incluye como operaciones mineras tanto. Almacenamiento de concentrados de mineral, carbón activado, refinados, minerales no metálicos, relaves, escorias y otros" entre las "Actividades de cierre de minas (cierre temporal, progresivo y final de componentes) y/o actividades de cierre de pasivos ambientales mineros en la etapa de ejecución de cierre y reutilización de pasivos. (Mutsios, 2018)

La actividad de beneficio será el objeto principal de este estudio.

2.2.1. Actividad de cateo

Según el artículo 1 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, la prospección es el proceso de búsqueda de indicios de mineralización mediante operaciones mineras básicas D.S. 014-92-EM, 1992. Esta descripción concuerda con el análisis técnico de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía (SNMPE), que define esta actividad como la búsqueda visual de anomalías geológicas superficiales que proporcionen indicios sobre la presencia de minerales. El informe quincenal de la SNMPE El ciclo productivo de la minería. Septiembre 2015. Lima confirma esta conclusión. (Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, 2015)

En otras palabras, el objetivo principal del cateo es obtener indicios o evidencias visibles de la existencia de minerales en un área determinada. Estos indicios pueden incluir la presencia de rocas, minerales o alteraciones geológicas específicas que sugieran la existencia de yacimientos minerales potenciales. El cateo es una actividad exploratoria inicial y elemental en la industria minera. Una vez que se obtienen indicios promisorios de mineralización, es probable que se realicen estudios más detallados y técnicos para confirmar la viabilidad de un depósito mineral y evaluar su potencial económico y ambiental antes de proceder con la exploración minera.

La prospección es una actividad libre en todo el territorio nacional D.S. N° 024-92-EM, 1992, según el primer párrafo del artículo 2 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minas. Esto implica, en teoría, que el desarrollo de las prospecciones no necesitará de un título habilitante. Sin embargo, los alcances de esta libertad son precisados por el artículo 4 del Reglamento de Títulos Habilitantes del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado mediante Decreto Supremo N° 03-04-EM ("DS03"), que establece que no es necesario un permiso para realizar una prospección en una región libre [énfasis añadido]. Según esta especificación, realizar una búsqueda en una zona libre será gratuito, incluso en ausencia de un título habilitante. (Ministerio de Energía y Minas, 2018)

En cuanto a las áreas no libres, el artículo 2 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, señalando que, sin la debida autorización escrita del titular

o propietario, no se permite a terceros realizar cateos en áreas amparadas por concesiones mineras, áreas donde estén prohibidos los denuncios, ni en terrenos cercados o cultivados [énfasis añadido]. Además, salvo autorización previa de la autoridad competente, la minería está prohibida en el segundo párrafo del mismo artículo en las zonas urbanas o de crecimiento urbano, en las regiones destinadas a la defensa nacional, en las zonas arqueológicas y en los bienes de dominio público. (Ministerio de Energía y Minas, 1992)

2.2.2. Actividad de prospección

Las disposiciones en materia de prospección se entremezclan con la legislación que regula la actividad de prospección. El artículo 1 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería define la prospección como el proceso de identificación de regiones de mineralización potencial mediante el uso de indicadores químicos y físicos que se miden utilizando instrumentos y metodologías precisos. Aunque el objetivo tanto de la prospección como de la explotación es encontrar recursos minerales naturales, es importante entender que los métodos utilizados son diferentes. Las limitaciones que se aplican al crecimiento de las actividades de prospección también se aplican a la explotación propiamente dicha. En este sentido, la explotación es libre en las regiones que hayan sido designadas como tales; no obstante, para realizar la actividad en territorio de terceros, se necesitarán los permisos necesarios. Además, se necesitarán permisos especiales para realizar explotaciones en zonas urbanas o de crecimiento urbano, regiones de defensa nacional, propiedades públicas, zonas arqueológicas y áreas naturales protegidas. Por último, el inversor puede elegir un lugar concreto para llevar a cabo investigaciones adicionales en profundidad con el fin de verificar la presencia de minerales en las cantidades requeridas en función de la ejecución de las actividades de prospección y explotación.

2.2.3. Actividad de exploración

La exploración se define como la actividad minera destinada a demostrar el tamaño, posición, propiedades mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales, en el artículo 8 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minas. (Ministerio de Energía y Minas, 1992)

La importancia de la exploración es subrayada por la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, que afirma que las investigaciones realizadas durante esta etapa son esenciales para conocer la cantidad (reserva) y la ley (calidad) del mineral contenido en el yacimiento. Es fundamental subrayar en este contexto que determinar la cantidad de mineral necesaria para que la explotación minera sea viable es un requisito previo para llevar a buen término un proyecto. Por consiguiente, el objetivo de los trabajos de exploración no se limita a "encontrar el yacimiento" per se; también incluye determinar si la zona en cuestión contiene el recurso mineral en cantidad suficiente para sustentar un proyecto minero económicamente viable. (Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, 2015)

Según el artículo 7 del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, para llevar a cabo esta actividad se utiliza el sistema de concesiones. Para llevar a cabo la fase exploratoria de forma exhaustiva y sostenible, es imprescindible destacar que, además de las concesiones, se necesitan otras licencias administrativas, como la adquisición de un instrumento de gestión ambiental. (Ministerio de Energía y Minas, 1992)

2.2.4. Actividad de explotación

Extracción es la actividad de extraer los minerales contenidos en un yacimiento, según el segundo párrafo del artículo 8 de la Ley de Minas. Es necesario preparar el yacimiento, es decir, completar la fase de desarrollo y construcción- antes de iniciar las operaciones mineras. La planificación de la infraestructura necesaria para llevar a cabo la explotación marca la culminación de esta etapa. (Ministerio de Energía y Minas, 1992)

Pero la mera posesión de una concesión minera es insuficiente para iniciar las operaciones mineras. También es esencial obtener las autorizaciones y permisos necesarios. Para garantizar una gestión adecuada de este recurso durante las operaciones mineras, estos permisos pueden abarcar, entre otras cosas, la adquisición de un instrumento de gestión medioambiental que acredite el cumplimiento de la normativa medioambiental vigente, derechos de uso del agua y derechos de superficie que permitan el acceso a los terrenos donde se llevará a cabo el proyecto.

2.2.5. Actividad de beneficio

Esta actividad comienza cuando se reciben en planta de beneficio las rocas procedentes del yacimiento minero, las cuales se encuentran mezcladas con minerales y otras sustancias. A partir de este punto, se llevan a cabo una serie de procesos químicos y físicos con el fin de reducir el tamaño de las rocas y obtener un mayor grado de pureza del mineral metálico contenido en ellas. El objetivo final de estos procesos es producir un insumo de alta calidad, apto para su utilización en diversas industrias. Este proceso de beneficio es de suma importancia para la industria minera, ya que permite extraer y preparar los minerales metálicos para su posterior aprovechamiento en aplicaciones industriales .

Según el artículo 17 de MGL TUO, esta actividad se define de la siguiente manera:

Artículo 17.- Se denomina beneficio al conjunto de procedimientos físicos, químicos y/o físico-químicos utilizados para concentrar o extraer los componentes valiosos de un agregado mineral y/o para refinar, fundir o purificar metales

Además, el beneficio se define como "lavado metalúrgico del mineral extraído, preparación mecánica, concentración, lixiviación, absorción-desorción, Merrill Crowe, tostación, fundición, refinado, entre otros. (Ministerio de Energía y Minas, 2016)

Según dicho reglamento, las actividades de beneficio se limitan a los minerales cuya transformación implique la extracción o concentración de la parte más valiosa en relación con el material extraído del yacimiento; los minerales metálicos son los únicos a los que se aplica este reglamento.

Lira ha hecho las siguientes afirmaciones a nivel teológico:

El último paso del proceso minero, que se produce una vez extraído el mineral del interior de la tierra, se denomina beneficio. En este proceso es crucial distinguir los compuestos que son útiles de los que no lo son. En el sector minero, este proceso -conocido como beneficio del mineral- adquiere una importancia extrema, ya que la capacidad de extraer minerales de forma rentable de una variedad de recursos minerales es un componente crítico de su rentabilidad.

El beneficio de los minerales se vuelve crucial, ya que los compuestos de interés suelen estar presentes en cantidades muy pequeñas en las rocas que incluyen. También señaló que este proceso se lleva a cabo en instalaciones especializadas como plantas, fundiciones, refinerías y otras empresas de naturaleza similar. (Lira, 1992)

La actividad de beneficio juega un papel fundamental en la ejecución de un proyecto minero, ya que a través de ella se logra obtener el mineral purificado con un alto valor comercial. Antes de la etapa de beneficio, lo que se obtiene son rocas con minerales extraídas de la tierra, que necesitan ser sometida a proceso específicos para separar y concentrar los minerales de interés. Es en la actividad de beneficio donde se aplican métodos físicos y químicos para liberar y separar los minerales valiosos, purificarlos y obtener concentrados de alta calidad. Estos concentrados tienen un valor comercial significativamente mayor que las rocas de minerales en bruto.

En cuanto a las fases del proceso de beneficio, el artículo 17 de la LGM TUO D.S. 014-92-EM, 1992 especifica las siguientes:

1. Preparación mecánica: Es el método utilizado para clasificar, limpiar y/o reducir el tamaño de los minerales.
2. Se conoce como metalurgia al conjunto de procedimientos físicos, químicos y/o físico-químicos utilizados para concentrar y/o extraer materiales valiosos de los minerales.
3. Refinación: Es el procedimiento utilizado para separar los metales de los subproductos de procesos metalúrgicos anteriores.

Belaunde ha expresado que estas actividades forman parte de lo que se conoce como concesión de beneficio, la cual puede abarcar todas las actividades previamente descritas o una parte de ellas, dependiendo del petitorio del interesado. (Belaunde, 2011)

Sugerimos distinguir entre los "niveles" del acto administrativo que habilitan la prestación porque esta frase genera ciertas dudas.

Históricamente, la etapa de refinado no siempre se ha considerado un componente crucial de la actividad de beneficio, sino más bien una tarea independiente. En realidad, debía cumplir una determinada norma que exigía una acomodación única para poder llevarse a cabo. Como veremos más adelante, el grado de pureza que puede alcanzarse para un material metálico tras llevar a cabo ambos procesos es lo que distingue el beneficio del refinado.

2.2.6. Actividad de labor general

La prestación de servicios auxiliares, tales como ventilación, drenaje, izaje o extracción a dos o más concesiones de diferentes concesionarios es la actividad laboral general, según el análisis del artículo 19 del TUO LGM. (Plataforma digital única del Estado Peruano, 1992)

Baldeón ha sugerido que existen dos categorías de trabajo: (i) trabajo específico y (ii) trabajo genérico, basándose en la información mencionada anteriormente. Dentro de los límites de una concesión, el propio concesionario se encarga de las tareas específicas. Las tareas genéricas, por su parte, son servicios de apoyo prestados a dos o más concesiones propiedad de varios concesionarios. (Baldeón, 2016)

2.2.7. Actividad de comercialización

En cuanto al artículo 3 del TUO de la LGM, la comercialización de los productos minerales es libre, tanto interna como externamente, no requiriéndose para su ejercicio el otorgamiento de concesión. (Plataforma digital única del Estado Peruano, 1992)

El artículo 4 del TUO LGM D.S. 014-92-EM, 1992 establece, sin embargo, que "no son reclamables los productos minerales adquiridos a particulares que no estén autorizados para disponer de ellos". Es responsabilidad del comprador confirmar el origen de los componentes minerales. Dicho de otro modo, aunque la comercialización es una empresa libre, el comprador del producto mineral debe asegurarse de que el vendedor es legítimo. Dada la falta de una "autorización" explícita para la comercialización, tiene sentido que quien lleve a cabo esta actividad en cumplimiento de la norma pertinente sea una persona autorizada.

Al respecto, el artículo 6 del DS03 D.S. 03-04-EM, 2010 señala que en las transacciones o contratos de compraventa de productos mineros, ambas partes, bajo responsabilidad, están obligadas a precisar el origen de dichos productos, identificando el derecho minero del cual ha sido extraído y/o especificando, en el caso de productos metalúrgicos, el certificado de la Planta de Beneficio. (Ministerio de Energía y Minas, 2010)

De acuerdo con este artículo, a fin de prevenir y gestionar las actividades relacionadas con la minería informal e ilegal, es imperativo que en nuestra legislación se determine el origen del producto minero. El Decreto Legislativo N° 1107 Decreto Legislativo N° 1107, 2017, en ese sentido, establece procedimientos de control y fiscalización de la comercialización, distribución y transporte de productos mineros, así como de los aparatos y equipos que puedan ser utilizados en actividades ilícitas. Sin embargo, cabe señalar que el certificado de planta de beneficio sólo es necesario para los productos metalúrgicos en el procedimiento de formalización minera, según el marco de la investigación. Esto lleva a preguntarse si la ausencia de dicho certificado necesario para los productos mineros no metalúrgicos se debe a que, en los términos definidos en el TUO LGM, estos bienes no requieren un beneficio. (Ministerio del Ambiente, 2017)

2.2.8. Actividad de transporte minero

El artículo 22 de la Ley de Minas (D.S. 014-92-EM, 1992) define el transporte minero como "[...] cualquier sistema utilizado para el transporte masivo continuo de productos minerales por métodos no convencionales. Las cintas transportadoras, las tuberías o los funiculares son posibles ejemplos de los sistemas que deben emplearse" [el subrayado es nuestro]. A esta definición, Vega ha presentado las siguientes alegaciones. El transporte minero constituye la actividad a través de la cual una persona establece y opera un sistema de transporte continuo y masivo de minerales, con el propósito de proporcionar servicios de transporte de dichos minerales a terceros concesionarios. Este servicio puede comprender rutas que conectan uno o varios centros mineros con destinos como puertos, plantas de beneficio o refinерías. (Plataforma digital única del Estado Peruano, 1992)

3. Resumen de los Hechos que Sustentan la Pretensión de las Partes.

Con fecha 10.07.2007 la Dirección General de Minería informa a **OSINERGMIN** con Oficio N° 643-2007-MEM/DGM que contiene el Informe N° 491-2007-MEM-DGM/PDM sobre las concesiones de beneficio que vienen operando por encima del 50% de la capacidad autorizada, con los respectivos reportes de declaración estadística minera de producción correspondiente al mes de mayo 2007 y las fichas técnicas de las plantas de beneficio, que se detalla a continuación:

Figura 1

Fichas técnicas de las plantas de beneficio

| Empresa | Nombre de Planta | Cap autorizada | Cap en trámite | Cap operativa |
|--|----------------------|----------------|----------------|---------------|
| Cia de Inv Mras y agrícolas Lurin S.A. | CIMALSA | 60 TM/D | 0 | 98.57 TM/D |
| Cia Mra Aurífera Santa Rosa S.A. | Santa Rosa | 25000 TM/D | 50000 TM/D | 55914.13 TM/D |
| Cia Mra San Valentin S.A. | San Pedro | 500 TM/D | 0 | 874.45 TM/D |
| Empresa S.A. | Rehabilitación N° 13 | 2193 TM/D | 0 | 3620.67 TM/D |

Nota: Diario Oficial El Peruano, (1992)

Ello da lugar a que con fecha 15.09.2007 la Gerencia de fiscalización minera de **OSINERGMIN** con Oficio N° 025-2007-OS-GFM, inicie procedimiento sancionador imputando la siguiente infracción:

(...) infracción al Reglamento de Procedimientos Mineros D.S. N° 018-92-EM aprobado (artículo 38) y al Reglamento para la Protección del Medio Ambiente en las Actividades Mineras y Metalúrgicas Decreto Supremo N° 016-93-EM (Minería, 1993) aprobado (artículo 20) por operar a más del 50% de la capacidad autorizada por el Ministerio de Energía y Minas a mayo de 2007, según consta en las Declaraciones Mensuales de Estadística de Producción (...). (Ministerio de Energía y Minas, 1992)

El medio ambiente está comprendido en la regulación del título decimoquinto del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería. DEROGADO por el artículo 2 del Decreto Supremo N° 040-2014-EM, publicado el 12 de noviembre de 2014, es DECRETO SUPREMO N° 016-93-EM (*) (*) (...).

Estudios de Impacto Ambiental (EIA) en el Capítulo III, Artículo 20 Los requisitos del Artículo 35 del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM respecto al Estudio de Impacto Ambiental, deben ser tomados en consideración por el solicitante de una concesión minera y/o de beneficio, así como por aquellos que incrementen la producción de sus operaciones o el tamaño de la planta de beneficio en más del 50%. Esto cubrirá las reglas que se encuentran en la Parte 1 del Anexo 2, que es un componente de este reglamento. A fin de aplicar las instrucciones del párrafo anterior, el tamaño de la planta de beneficio o el porcentaje de expansión de la producción en sus operaciones debe medirse sobre la base de la capacidad de producción para la que se haya realizado la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) o la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) más reciente. (...)

Reglamento de Procedimientos Mineros DECRETO SUPREMO N° 018-92-EM(*) (*) DEROGADO por la Primera Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Supremo N° 020-2020-EM, publicado el 08 agosto 2020.

Artículo 38.- Concluida la construcción e instalación de la planta, el interesado deberá notificarlo a la Dirección General de Minería. Esto permitirá a la Dirección ordenar una inspección para confirmar que las operaciones de la planta se han llevado a cabo de conformidad con el proyecto original, con respecto a la seguridad minera, la higiene y el impacto ambiental. También se acompañará de la correspondiente autorización de vertido de residuos industriales. Se requiere que la inspección se realice dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha de solicitud. El título de concesión será otorgado por la Dirección General de Minas si la inspección es positiva. (Ministerio de Energía y Minas, 1992)

Se concedió el plazo de 5 días hábiles para formular descargos.

Con fecha 27.09.2007, EMPRESA S.A. presenta descargos al PAS (Fojas 14 a 45).

- 16.11.2019 Agotada la actuación procesal, **OSINERGMIN** emite Resolución de Gerencia General N° 4664 que resuelve entre otros:
 - Imponer al denunciado una multa de diez (10) Unidades Impositivas Tributarias, vigente a la fecha de pago, por infracción al artículo 38° del Reglamento de Procedimientos Mineros, autorizada por el D.S. N° 018-92 - EM. (Ministerio de Energía y Minas, 1992)
 - Archivar el proceso administrativo sancionador, autorizado por el D.S. No. 016-93-EM, que se inició contra la autoridad en relación con el artículo 20° del Reglamento de Protección Ambiental en la Actividad Metalúrgica.
 - Disponer que el operador desista de explotar su concesión de beneficio "Rehabilitación 13" por encima de la capacidad instalada de 800 TM/D como medida correctiva, directiva que ha sido aceptada por la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas. (Ministerio de Energía y Minas, 1993)
- Posteriormente el administrado ha formulado recurso de apelación y medida cautelar.
- 13.06.2012 La Resolución N° 34-2012-OS/TASTEM -S2, emitida por el Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Materia Energética y Minera, aborda lo siguiente:

Manifestando que no es de su interés pronunciarse sobre la acción preventiva que ha solicitado el administrado.

Anuncia como improcedente el recurso de apelación presentado y verifica la resolución en todos sus extremos.

- 09.2012 El administrado interpone acción contencioso administrativa ante el Juzgado Civil, contra **OSINERGMIN** a fin de que se declare judicialmente la nulidad total de la Resolución del Tribunal de apelaciones de sanciones en temas de Energía y Minería.

Resumen de posiciones:

La parte demandante solicita al órgano jurisdiccional:

- **Pretensión principal**

Se declare la nulidad porque la resolución contraviene el principio del debido procedimiento en su manifestación del derecho a que las resoluciones se sustenten en una motivación adecuada,

- **Pretensión accesoria**

Se declare la actividad cementera que realiza en su planta industrial no es actividad minera, sino industrial, sustentando su pretensión en que la empresa es propietaria de la Concesión Minera no metálica Acumulación Chili N° 1 de donde obtienen a través de mecanismos de extracción: perforación y voladura en las canteras – algunas de las materias primas o insumos para la fabricación de cemento (tales como caliza, yeso, pizarra y puzolana) para lo cual cuenta con los permisos y autorizaciones correspondientes.

Además, refiere que la actividad es realizada fuera de la Planta Industrial de la empresa, consistente en extraer y chancar la materia prima para fabricar cemento, constituye una actividad minera. Que a la Planta Industrial ingresan materias primas extraídas de sus canteras, así en la Planta Industrial Rehabilitación N° 13 las materias primas son sometidas a las trituradoras secundarias, luego son almacenadas en canchas para posterior utilización. Que en el proceso productivo desarrollado en la Planta Industrial, comprende las siguientes etapas: Trituración secundaria y almacenamiento de materias primas, molienda de harina cruda, sistema de horno (clinkerización) molienda de cemento y almacenamiento y despacho de cemento, no se desarrollan actividades mineras, porque no se beneficia mineral alguno, en consecuencia en ninguno de los procesos productivos guarda correspondencia con la definición de concesión de beneficio, que conforme a la gran división 3 de la CIU, aun cuando EMPRESA S.A. se

autoabastecza de materia prima proveniente de la explotación de canteras, la actividad por la cual obtiene sus mayores ingresos brutos anuales es la fabricación de cemento, siendo entonces una actividad del sector industrial, siendo así, para la operación de la Planta Industrial debe tramitar y obtener títulos habilitantes exigibles a las actividades industriales por PRODUCE, lo cual vienen cumpliendo a la fecha y no aquellos aplicables a las actividades de beneficios de mineral regulado por el Ministerio de Energía y Minas. Que, si la actividad fabricación de cemento no está sujeta a la normativa del sector minero, tampoco lo está a la competencia de **OSINERGMIN**, razón por la cual, la Resolución impugnada ha sido dictada por un órgano competente incurriendo en las causas de nulidad prevista en el Artículo 10 Inc. 2 de la Ley 27444, LPAG. En consecuencia, sostener que la actividad cementera es actividad minera implica reconocer que existe una duplicidad de regímenes y de organismos competentes que vulnera la ley; además que mediante la R.S. 574-72-CI-DS del 17 de agosto de 1972 se dispuso la transferencia de la Fábrica de Cemento al Sector Industrial y Comercio, advirtiéndose que desde ese momento se determinó que la actividad cementera es una actividad industrial, sujetándose a la regulación y control de ese sector.

La parte demandada solicita se declare infundada bajo los siguientes argumentos:

La resolución recurrida es un acto administrativo debidamente motivado y no vulnera el derecho al debido procedimiento administrativo minero porque, conforme a la verdad material que sustenta todo procedimiento administrativo minero, se ha establecido que la producción de clinker y cemento comienza con la extracción de roca caliza, que luego es triturada y molida hasta alcanzar un estado pulverulento. De este modo se obtiene el producto clínker, que posteriormente se calienta a temperaturas de entre 1.400 y 1.450 grados centígrados, a partir del cual se obtiene el cemento. En consecuencia, el clínker y el cemento son subproductos de una actividad del sector minero que constituye una serie rentable de actividades mineras no metálicas. que la demandante es la titular legal de la concesión minera para el beneficio de Rehabilitación N.º 13, que le fue otorgada tras el proceso de privatización de 1994. En consecuencia, la demandante lleva a cabo las operaciones mineras de conformidad con los términos de la Concesión Minera, de la que es titular de conformidad con los

artículos 9 y 17, así como con otras disposiciones pertinentes de la Ley General de Minería. Como tal, el demandante está sujeto a las obligaciones señaladas en el artículo 48 de la Ley General de Minería. (Plataforma digital única del Estado Peruano, 1992)

- 21.05.2013, el Décimo Juzgado Especializado en lo contencioso administrativo emite Sentencia de primera instancia resolviendo:
 - Declarar infundada la demanda en todos sus extremos.
- El administrado interpone recurso de apelación en contra de Sentencia de primera instancia recaída en Resolución N° 8 del 21 de mayo del 2013, presentando los mismos argumentos expuestos en la primera instancia.
- 05.05.2014, la Cuarta Sala Especializada en lo contencioso administrativo mediante Resolución N° 9 emite Sentencia de Vista que resuelve:
 - Confirmar en todos sus extremos la resolución N° 8 de fecha 21 de mayo del 2013.
- El administrado interpone Recurso de casación en contra de la Resolución N° 9 de fecha 05 de mayo del 2014.
- 09.05.2018, Mediante Resolución N° 17, la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima dictó sentencia casatorio:

(...) REVOCAN la sentencia recaída en la Resolución Número Ocho, de fecha 21 de mayo de 2012, de folios 198 del expediente, que declaró infundada la demanda, y la REFORMAN, declarando FUNDADA EN PARTE la demanda. En consecuencia, se declara NULA la Resolución del Tribunal de Apelaciones Sancionadora en Materia Energética y Minera N.º 034-2012-OS/TASTEM-S2 de fecha 13 de junio de 2012, así como la Resolución de la Gerencia General de **OSINERGMIN** N° 004664 de fecha 16 de noviembre de 2009, debiendo considerarse la labor de la empresa demandante como industrial; asimismo, se declara IMPROCEDENTE la demanda en la pretensión solicitando que la cementera.(...)

4. Identificación de los Problemas Jurídicos: Sustantivos, Procesales y/o de Ejecución, Relacionados con las Decisiones Adoptadas por el Órgano Administrativo o Jurisdiccional, en Función de las Fases del Procedimiento, o de las Actuaciones de las Partes.

4.1. Descripción de los problemas relevantes del expediente

4.1.1. Planteamiento del problema

El problema básicamente consiste en haber sancionado a una empresa cementera argumentando operar por encima de la capacidad permitida en la concesión de beneficio, cuando en realidad la industria cementera no cuenta con el proceso de beneficio típico de la actividad minera metálica, en consecuencia, este problema deviene en una serie de subproblemas tales como:

- Afectación a la estructura del procedimiento sancionador, se puede advertir que, desde la notificación de cargos, la Administración tiene dificultad al procurar encajar los hechos con la situación típica, se termina afectando la primera etapa del procedimiento administrativo sancionador típico.
- Vulneración de principios de Procedimiento Administrativo Sancionador y Competencia.

4.1.1.1. Problemas de relevancia procedimental

En este ítem se desarrollarán los dos primeros subproblemas:

4.1.1.1.1. Afectación a la estructura del procedimiento sancionador

Conforme establece el Texto Único Ordenado de la Ley de procedimiento administrativo general en su Artículo 254 Ley N° 27444, 2019, el procedimiento administrativo sancionador se inicia con la notificación de cargos, en la cual se debe detallar mínimamente:

- a) Las alegaciones formuladas contra él o ella.
- b) Las limitaciones de las infracciones que estos hechos pudieran representar.
- c) La indicación de las posibles sanciones, en su caso.
- d) La autoridad competente para aplicar la sanción.

e) La definición del estándar por el que se mide esta competencia.

Revisamos el inicio de procedimiento administrativo sancionador en autos, encontrando lo siguiente, y aquí detallamos por cada uno de los caracteres. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2019)

4.1.1.1.2. Los hechos que se le imputen a título de cargo.

Tenemos que la Autoridad Administrativa, **OSINERGMIN**, mediante Oficio N° 025-2007-OS-GFM ha iniciado procedimiento administrativo sancionador.

En dicho Oficio no se aprecia descripción de los hechos que se le imputan, toda vez que se hace una simple referencia a un Oficio del Ministerio de Energía y Minas, pero en estricto no se refieren hechos, máxime se refiere (...) de acuerdo a lo informado por la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas (...) La referencia al Oficio del Ministerio de Energía y Minas es muy general; en mi consideración esto incumple el requisito indispensable de imputación de cargos, toda vez que es **OSINERGMIN** quien imputa, no el Ministerio de Energía y Minas. Para que el responsable pueda ejercer las garantías del derecho al debido proceso, es imperativo que se le notifique la formulación de los cargos. Esto les permite estar plenamente informados sobre los hechos de las acusaciones en su contra, así como otra información crucial. (Moron, 2005)

4.1.1.1.3. La calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir.

Se califica una infracción contenida en el Artículo 20 del Reglamento de Protección Ambiental aprobado por D.S. 016-93-EM y Artículo 38 del Reglamento de Procedimientos Mineros D.S. 018-92-EM. El Artículo 20 del Reglamento de Protección Ambiental aprobado por D.S. 016-93-EM establece la exigencia de un instrumento ambiental al titular de concesión minera y/o beneficio, precisando varios supuestos y al no haber precisado la Autoridad Administrativa el supuesto o la infracción específica, no es posible determinar a qué infracción se refiere. Asimismo, el artículo 38 del Reglamento de Procedimientos Mineros D.S. 018-92-EM establece que se

debe dar aviso a la Dirección General de Minería para que ordene una inspección que confirme que todos los aspectos de seguridad minera, higiene e impacto ambiental se han realizado conforme al proyecto original D.S. N° 018-92-EM, 1992. Al igual que la referencia legal anterior no se aprecia en qué medida se enerva el cumplimiento de la norma. (Ministerio de Energía y Minas, 1992)

4.1.1.1.4. La expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer

La Autoridad Administrativa ha declarado que, además de aplicar las medidas preventivas y correctoras necesarias, está facultada para sancionar a quien determine como responsable de la infracción administrativa si aporta pruebas de su comisión..

No hace precisión de cuál sería la eventual sanción a imponer.

De acuerdo con el artículo 246 de la LPAG Ley N° 27444, 2019, las únicas conductas administrativamente sancionables son las específicamente enumeradas en normas con rango de ley por su tipificación como tales, sin que quepa una interpretación extensiva o paralela. No es posible imponer a los interesados el cumplimiento de deberes que no estén previamente previstos en norma legal o reglamentaria, según el caso, a través de la tipificación de infracciones. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2019)

Es obligación de la Administración haber precisado la eventual sanción a imponer, sin embargo, no lo hizo. De igual manera que en el caso anterior esto no permite al administrado ejercer las garantías propias del derecho al debido procedimiento

4.1.1.1.5. **Precisando la norma que atribuya tal competencia.**

La autoridad administrativa señala que se encuentra facultada para sancionar a quien resulte responsable de una infracción administrativa haciendo uso de las facultades que le otorga el Reglamento autorizado por el D.S. 054-2001-PCM en la parte final del acto administrativo que da inicio al procedimiento sancionador. A partir de la fecha de referencia 2007, este reglamento se refiere al seguimiento y control de las entidades del sector energético, garantizando la eficacia, seguridad y calidad de los servicios y/o bienes ofrecidos a los consumidores en general y preservando la adecuada conservación del medio ambiente. Como resultado, se citó incorrectamente la ley cuando debería haberse referido a la Ley 28964, que pasó a llamarse Osinergmin y cuyo ámbito de aplicación se amplió para incluir el subsector minero el 24 de enero de 2007, día en que se realizó y publicó la inspección. Por este motivo, también vigila a las empresas mineras para garantizar que sus operaciones se realizan de forma segura y saludable. (Plataforma digital única del Estado Peruano, 2007)

Nótese que a escasos meses de haber asumido competencia (10.07.2007) respecto del sector minería **OSINERGMIN** decide realizar una fiscalización en gabinete y aperturar procedimiento administrativo sancionador en merito a Oficio N° 025-2007-OS-GFM el 04 de setiembre del 2007.

Esto al margen de cuestionar la competencia que pudiera tener **OSINERGMIN** sobre la autoridad administrativa.

En otro sentido también es relevante observar que el procedimiento sancionador se ha llevado sin respetar la naturaleza del mismo como estructura, toda vez que tanto la fase instructiva y la sancionadora han sido impartidas por el mismo órgano, contraviniendo ello el artículo 246 de la LPAG.

Como se puede apreciar de autos el Oficio N° 643-2007-MEM/DGM es emitido por la Gerencia General de **OSINERGMIN**.

4.1.1.2. Problemas de relevancia sustantiva

En este ítem se desarrolla el problema principal y segundo subproblema: ii)
Vulneración de principios de Procedimiento Administrativo Sancionador

De la competencia de **OSINERGMIN**:

En la actualidad, el Organismo de Supervisión de Inversiones en Energía y Minas es un organismo público que regula y supervisa el cumplimiento por parte de las empresas de los sectores minero, de hidrocarburos y eléctrico de las leyes que regulan las operaciones que realizan.

Al principio no fue así; el 31 de diciembre de 1996 se puso en marcha la Ley n° 26734, a veces conocida como Osinerg. El 15 de octubre de 1997 comenzó a cumplir sus funciones, supervisando la prestación de un servicio consistente, confiable y de calidad por parte de las empresas de hidrocarburos y electricidad.

Según Ley N° 26734.

Artículo 1: Naturaleza y Creación Como componente esencial del Sistema Supervisor de la Inversión en Energía, conformado por la Comisión de Tarifas Eléctricas, el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía, se crea el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG), con la finalidad de actuar como órgano supervisor de las operaciones realizadas por las empresas de los subsectores de hidrocarburos y electricidad. Depende del Ministerio de Minas y Energía y tiene personería jurídica de Derecho Público Interno, además de autonomía funcional, técnica, administrativa, económica y financiera. Desde el año 2007 (24 de enero de 2007), cuando se publicó la Ley N° 28964 y se fiscalizó a EMPRESA S.A., se amplió su ámbito de aplicación al subsector minero, denominándose Osinergmin. Por ello, también vigila que las empresas mineras realicen sus operaciones de manera segura y saludable. (Congreso de la República, 1996)

Según Ley N° 28964

“Artículo 1: Naturaleza y Creación Como parte del Sistema Supervisor de la Inversión en Energía, conformado por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, se crea el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), como órgano regulador, supervisor y fiscalizador de las actividades que desarrollan las personas jurídicas de derecho público o privado nacional y las personas naturales en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y

minería. Goza de autonomía funcional, técnica, administrativa, económica y financiera, así como de personería jurídica de derecho público interno. (Plataforma digital única del Estado Peruano, 2007)

Nótese que a escasos meses de haber asumido competencia (10.07.2007) respecto del sector minería OSINERGMIN decide realizar una fiscalización en gabinete y aperturar procedimiento administrativo sancionador en merito a Oficio N° 025-2007-OS-GFM el 04 de setiembre del 2007.

La competencia es una potestad o atribución relevante que tiene la autoridad administrativa para aplicar el imperio de la ley sobre los administrados.

La competencia es una condición sine qua nom que la Autoridad Administrativa no puede eludir para aplicar el imperio de la ley en un procedimiento administrativo.

En este sentido, primeramente, es sumamente relevante conocer si OSINERGMIN estaba premunido de competencia para someter al administrado EMPRESA S.A., a un procedimiento sancionador.

Pudiera parecer una evaluación sencilla determinar la competencia, toda vez que podría limitarse a determinar si la empresa fiscalizada pertenece al sector objeto de competencia que indica la norma, ello es:

- Energía
- Hidrocarburos
- Minería.

No obstante, puede resultar más que complejo determinar a qué sector pertenece una persona jurídica y entonces podrían existir varios métodos para definirlo, tales como:

- La descripción del objeto social.
- La Clasificación Uniforme Industrial que le asigna la entidad tributaria.
- Las características de las actividades económicas que realiza.
- Otros.

Revisada la partida registral de la empresa sujeto de fiscalización que obra inscrita en RR.PP., tomando en cuenta la fecha de fiscalización, se puede apreciar que su objeto social descrito en el Artículo 2 de su estatuto incluye entre otros (...) extracción de minerales metálicos y no metálicos (...). Inscrito el 10 de mayo del 2007.

Sin embargo, el objeto social descrito en el estatuto de una constitución de empresa no siempre define las actividades económicas que efectivamente se realizan.

Podría darse el caso de personas jurídicas que tienen descritas actividades económicas en su estatuto que nunca se llegan a ejecutar.

Es necesario, acudir a otra metodología para definir si la empresa sujeta de fiscalización pertenece al sector minería. Y entonces revisamos la Clasificación Industrial Uniforme que le ha signado la entidad tributaria, encontrando que no se ha descrito dentro de sus principales actividades las actividades mineras que propiamente ha descrito la Ley General de Minería, describiendo sus actividades principales y secundades conforme se puede apreciar de la consulta RUC de SUNAT.

No obstante, sin lugar a duda el criterio que se adoptó para determinar competencia fue el hecho de contar con una concesión para Hacienda de beneficio.

En efecto EMPRESA S.A. contaba con la Resolución Directoral N° 718 de fecha 31 de diciembre de 1966 que aprueba el título de la concesión para Hacienda de Beneficio denominada Rehabilitación N° 13, con veinticinco hectáreas de extensión del Distrito Minero de Arequipa y otorgada a la Junta de Rehabilitación y Desarrollo de Arequipa que fue creada por ley 12972 en 1958 a raíz de dos terremotos que acontecieron en la región. (Ministerio de la Producción, 1966)

Sin embargo, no deja de llamar la atención que EMPRESA S.A. contaba con una hacienda de beneficio mas no con una típica Concesión de beneficio a la que se hace referencia en la Ley General de Minería a la fecha de la fiscalización.

Esta particularidad puede hacer la diferencia en atribuir competencia o no, al organismo regulador.

Con estas precisiones que cuestiona en cierta medida la legitimad para intervenir del organismo regulador, vamos a introducir en el análisis de la vulneración de los principios del Procedimiento Administrativo y el problema matriz de fondo.

- No se aprecia en el acto administrativo de apertura del PAS, motivación, afectando el Principio del debido procedimiento. Se apertura el PAS con Oficio N° 025-2007-OS-GFM cuyo contenido tiene dos párrafos que son una referencia del Ministerio de Energía y Minas.
- Se inicia el PAS por Infracción al Artículo 20 del Reglamento para la Protección del Medio Ambiente en las Actividades Mineras y Metalúrgicas, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, y al

Artículo 38 del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por D.S. N° 018-92-EM. Al final, sólo reciben sanción por el Artículo 38 del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por el D.S. N° 018-92-EM. No se hace distinción alguna a lo largo del procedimiento, ni se basa en la tipicidad, impactando negativamente en el Principio de tipicidad. (Ministerio de Energía y Minas, 1992)

- A Fojas 308 al 328, con fecha 23.05.2012, EMPRESA S.A deduce nulidad de Resolución N° 4664, en la resolución final no la resuelven, otra vez se enerva el Principio de debido procedimiento.
- Hay un Principio de inmediatez que no se cumple en el procedimiento, si OSINERGMIN hubiere realizado la fiscalización en campo se habría dado cuenta donde está ubicada la Planta de Beneficio, y habría advertido que está fiscalizando industria y no minería.
- También se debe evaluar la Competencia del organismo fiscalizador, OSINERGMIN, toda vez que tratándose de una empresa industrial no debió avocarse competencia. Este aspecto fue ampliamente argumentado por el administrado en el recurso de nulidad presentado de forma extemporánea.

Es evidente que la Administración no ha tomado en cuenta criterios técnicos para aplicación de concesión de beneficio para empresas industriales, en efecto no existen en la norma, y de pronto le toca realizar una interpretación de la norma mínimamente, ello genera complicación a la autoridad administrativa y surgen interrogantes:

¿Las empresas industriales que tienen como parte del proceso productivo la explotación de minerales, deben contar con una concesión de beneficio?

¿Cuáles deberían ser los criterios para establecer el beneficio de los minerales, considerando que en una empresa cementera se usan principalmente 4 minerales sin proceso de beneficio (caliza, pizarra, yeso y puzolana)?

Trataremos de resolver estas interrogantes a continuación:

Habría sido necesario que el administrado ilustre a la autoridad administrativa el proceso productivo del cemento, y a partir de ello la autoridad administrativa discierna la pertinencia del proceso de beneficio que no existe en empresas cementeras.

Según el Decreto Supremo N° 014-92-EM, el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, en su artículo 17, define a la concesión de beneficio como el título habilitante que corresponde a una actividad minera que tiene por objeto extraer o concentrar la parte valiosa de un mineral.

Artículo 17. El término "beneficio" se refiere a un grupo de procedimientos físicos, químicos y/o físico-químicos utilizados para separar o concentrar los componentes valiosos de un agregado mineral y/o para refinar, fundir o purificar metales. Estos procedimientos incluyen las siguientes etapas

1. Preparación mecánica: método de clasificación, lavado y/o contracción de un mineral.
2. Metalurgia: Conjunto de procedimientos utilizados en procesos físicos, químicos y/o físico-químicos para concentrar y/o extraer materiales valiosos de los minerales.
3. Refinación: Es el proceso de separación de los metales de los subproductos de procesos metalúrgicos anteriores.
4. Definiciones, Art. 20, Inc. b; Dec. Leg. núm. 109); Dec. Leg. (Plataforma digital única del Estado Peruano, 1992)

En este sentido, se precisa que por la naturaleza del proceso productivo del Cemento esta condición normativa no se produce. Es decir, no se realiza chancado con el propósito de extraer o concentrar la parte valiosa del mineral. En el proceso productivo no se genera parte valiosa del material extraído y en consecuencia el hecho fiscalizado no se subsume al supuesto de ley.

A mayor abundamiento precisamos que se utiliza la totalidad del mineral extraído, no se extrae o concentra ninguna parte valiosa de la caliza que ingresa o se extrae de la Chancadora, razón por la cual el supuesto normativo invocado en el PAS, no tipifica ni corresponde con la actividad del administrado. Pretender

lo contrario califica como una interpretación extensiva o analógica de la norma, lo antes referido amerita pronunciamiento expreso de la segunda instancia.

Es preciso enfatizar que la actividad principal y por la que se obtiene la facturación es por la industrial. Sin embargo, ilegítimamente y con el propósito de construir un argumento legal distorsionado en contra del administrado, prácticamente se pretende sostener que la actividad principal del administrado es la Minería y que la actividad industrial es accesoria de ésta.

Este argumento es falaz y afecta el Principio de verdad material. Lo cierto es que el administrado se encuentra avocado a la actividad Industrial de producción del cemento, siendo la actividad minera una parte accesoria de la actividad industrial, y no viceversa como se pretende sostener en la resolución administrativa y las dos primeras resoluciones judiciales que ratifican la posición.

Si bien el administrado explota minerales no metálicos como parte de su actividad económica, esta explotación no es lo esencial, siendo únicamente una parte de todo el proceso productivo de fabricación de cemento, evidencia de ello tenemos que se tiene conocimiento que las Plantas Industriales cementeras en ocasiones extraordinarias han importado Clinker para producir cemento, en estas ocasiones no habrían siquiera realizado actividad mínima minera. Por ello, si bien el mineral no metálico es uno de los insumos utilizados para la elaboración del producto final (cemento), la operación cementera de EMPRESA S.A. es técnicamente una actividad manufacturera distinta a su actividad minera. En base a lo expuesto, la actividad del administrado es elegible dentro del sector Industria Manufacturera (cemento), bajo la jurisdicción del Ministerio de la Producción. (Baldeón, 2016)

Sostener que la actividad industrial es un proceso complementario a la actividad minera resulta contrario a la verdad y afrenta la razón y la lógica prevista en nuestro ordenamiento jurídico, lo cierto es absolutamente inverso a lo sostenido en la resolución que se impugna. La actividad principal resulta ser la industrial pues es por la cual se obtiene el producto final y agregado.

Para sostener lo antes referido basta con remitirnos al Clasificador Industrial Uniforme CIUU y verificar que claramente se clasifica en este a la actividad

productiva de Cemento como actividad de naturaleza industrial Ver Sección C de la CIUU División 2394 “Fabricación de Cemento Cal y Yeso”.

Las materias primas siempre se transforman en un producto diferente durante un proceso de fabricación.

El término "industria manufacturera" se refiere a las empresas que transforman materias primas, sustancias químicas o componentes en nuevos productos mediante procesos físicos y/o químicos. Las materias primas procedentes de la silvicultura, la pesca, la minería, las canteras, la ganadería, la agricultura y otros procesos de fabricación constituyen los materiales, sustancias o componentes que se transforman. La utilización de maquinaria eléctrica y equipos de manipulación de materiales caracteriza a las unidades de la división de industrias manufactureras, que suelen denominarse plantas, fábricas o molinos. Por otra parte, los establecimientos que transforman manualmente materias primas o sustancias en nuevos productos en el domicilio del trabajador o en un lugar independiente, como las panaderías, y los que ofrecen productos acabados para su venta al público en general allí. Las unidades manufactureras tienen dos opciones para producir los materiales: pueden producirlos ellas mismas o contratar a otras unidades para que lo hagan. El sector manufacturero incluye ambos tipos de unidades. El nuevo producto que produce una unidad manufacturera puede ser semiacabado, es decir, un insumo para otra empresa manufacturera, o acabado, es decir, listo para su uso o consumo. Por ejemplo, las fábricas de alambre de aluminio reciben la producción de las refinerías de alúmina, y las unidades de fabricación de alambre reciben alambre de aluminio como insumo. (Organización de las Naciones Unidas, 2005, pág. 66)

Esta precisión ya se ha venido formulando a lo largo del PAS, no obstante, la RESOLUCIÓN impugnada no solo omite pronunciarse sino, más bien, sorprendentemente arriba a una conclusión a todas luces insostenible. Adviértase que la RESOLUCIÓN impugnada se ve en la necesidad de sostener este argumento lógico, toda vez que en el caso de autos se está vulnerando el Principio de tipicidad y se pretende hacer pasar una actividad distinta como una actividad de beneficio minero. Reiteramos que en el caso de autos, ni se está extrayendo parte valiosa del mineral ni es la actividad industrial accesoria de la minera.

Sostiene la RESOLUCIÓN impugnada que (...) La Dirección Técnica Minera de la DGM mediante Informe N° 153-2008-MEM-DGM de fecha 27 de marzo del 2008(fojas 53) señala que "... el proceso por el cual se produce el cemento es la clinckerizacion (Clinker subproducto y cemento = producto final) y como mineral de cabeza para usar en la planta se precisa a los minerales no metálicos: caliza yeso y puzolana(...).

Como se ha expuesto en los considerandos precedentes la afirmación citada es una interpretación analógica de la norma ya que adviértase una vez más, no se realiza preparación mecánica con el propósito de extraer o concentrar la parte valiosa del mineral, condición "sine qua non" de la concesión de beneficio. En tal medida el administrado no se encuentra dentro del supuesto normativo que debe motivar la exigencia del título habilitante requerido.

La RESOLUCIÓN además continúa haciendo afirmaciones que no se ajustan a la verdad material. Tenemos pues la siguiente afirmación que señala:

"De acuerdo a lo analizado, el cemento es producto de una secuencia productiva de la actividad minera no metálica, consistente en un proceso integrado que se inicia con la extracción de la roca (actividad minera), tratamiento (trituración y molienda) y calcinación (proceso metalúrgico), el cual ha sido materia de pronunciamiento del Tribunal de Apelaciones Sancionadoras en Materia de Energía y Minas - TASTEM". Para tal efecto, se advierte la Resolución N° 034-2012-OS/TASTEM-S del PAS de fecha 13 de junio de 2012, acatada por el administrado..

Lo antes referido conlleva las siguientes precisiones, el cemento no es producto de una actividad minera no metálica, como se ha expuesto previamente. El cemento es el resultado de una actividad Industrial, toda vez que dicha precisión está hecha en el CIUU que forma parte del cuerpo normativo peruano.

Siendo uno de los deberes de OSINERGMIN adecuar sus procedimientos al Principio de Legalidad, toda vez que consideramos que de ella devienen ulteriores afectaciones a los derechos del administrado.

Resulta a la par sintomático que al referirse al tratamiento se mencione en éste al chancado y molienda. Adviértase que no se menciona Concesión de Beneficio toda vez que en el chancado y molienda no se está extrayendo parte valiosa o se

está concentrando mineral. Reiteramos de manera insistente en esta precisión, toda vez que ésta es la que nos coloca fuera del supuesto normativo dentro del cual de forma extensiva y por analogía se pretende incluir.

Resaltamos y señalamos que el supuesto normativo sancionado objeto de inspección no se refiere a ninguna instalación similar a plantas concentradoras, instalaciones pirometalúrgicas y/o plantas hidrometalúrgicas, lixiviación y refinerías. En consecuencia, denunciarnos que se ha tipificado de manera indebida el PAS. (Belaunde, 2011)

Se reitera nuevamente que al no concentrarse o extraerse parte valiosa de un mineral en la actividad fiscalizada, la misma no se encuentra dentro del supuesto normativo que se invoca como causal de sanción.

Téngase presente lo expuesto y adviértase al indicarse que en la planta de chancado (primaria y secundaria), se realiza una interpretación analógica de la norma en la que evidentemente, como se ha explicado, no se realiza actividad de beneficio. Como se ha venido exponiendo de manera reiterada, se pretendió imponer una sanción por analogía o supuesta semejanza y este tipo de sanciones se encuentra expresamente prohibida por nuestro cuerpo normativo.

Finalmente, para mejor ilustración presentamos un gráfico de flujo del proceso de producción de cemento iniciando desde la extracción de materia prima hasta el despacho del producto final Anexo 1. Para extraer o concentrar los componentes valiosos de un agregado mineral, las actividades de beneficio implican una serie de procesos físicos, químicos y/o físico-químicos que pueden dividirse en tres etapas: (i) preparación mecánica, (ii) metalurgia y (iii) refinado legal. Estas etapas implican la realización de un proceso de transformación que incluye los siguientes pasos: trituración, molienda, concentración, fundición y refinado. (SNMPE) en Anexo 2. (Vidaud, 2013)

También es pertinente mencionar que OSINERGMIN ha emitido pronunciamiento en otro caso con el mismo administrado, respecto de la inaplicabilidad de concesión de beneficio por tratarse de una empresa cementera.

A la fecha el administrado no está obligado a contar con concesión de beneficio por pronunciamiento del Tribunal de apelaciones de OSINERGMIN, y en efecto

la Corte Suprema se ha pronunciado después de 10 años de iniciado el procedimiento sancionador.

Por todos estos puntos, la Corte Suprema se pronunció, y la Cuarta Sala de la Corte Superior de Justicia de Lima, especializada en lo contencioso administrativo, emitió una casación mediante la Resolución N° 17 que aborda:

- (...) REVOCAN la sentencia recaída en la Resolución Número Ocho, de fecha 21 de mayo de 2012, 13 de folios 198 del expediente, que declaró infundada la demanda, y REFORMÁNDOLA, se declara FUNDADA EN PARTE la demanda. En consecuencia, se declaran NULAS las resoluciones del Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Materia Energética y Minera N° 034-2012-OS/TASTEM-S2 de fecha 13 de junio de 2012, y de la Gerencia General de OSINERGMIN N° 004664 de fecha 16 de noviembre de 2009, debiendo considerarse como industriales las labores de la empresa demandante. Adicionalmente, la demanda es IMPROCEDENTE en la pretensión, en la que se solicita que la actividad cementera realizada en su planta industrial sea declarada como actividad industrial y no como actividad minera en el proceso iniciado por EMPRESA S. A. (Plataforma digital única del Estado Peruano, 2013)

El Pleno del Tribunal Constitucional resolvió el agravio constitucional interpuesto por el sindicato cementero, declarando FUNDADA la demanda de amparo al haberse acreditado la violación al derecho constitucional a la propiedad, así como a los principios de reserva de ley y proporcionalidad. En consecuencia, las empresas demandantes continuarán utilizando el valor del concentrado o componente minero como base para el cálculo del amparo. Cabe señalar que el argumento relevante obtenido para el Tribunal Constitucional ha sido el contenido en la STC EXP. ° 01043-2013-PA/TC. (Hani et al, 2013)

5. Análisis Crítico, Posición y Aportes Fundamentados del Aspirante, Respeto de los Problemas Jurídicos Detectados, Sustentados en el Ordenamiento Jurídico.

La concesión de beneficio es solo un ejemplo de la cantidad de consecuencias jurídicas que tiene el hecho de que el legislador no haya regulado el tratamiento que deben tener las empresas industriales que desarrollan actividad mixta.

A razón de la indefinición se generan otros problemas como, por ejemplo:

- El supuesto incumplimiento de obligaciones mineras ¿Una empresa cementera debe contar con Autorización de inicio de operaciones y todos los permisos mineros?
- El supuesto incumplimiento de obligaciones tributarias. ¿Una empresa cementera debe someterse al régimen minero pagando regalías, canon minero, aporte por regulación, Fondo de jubilación minera, ¿etc.?
- La evaluación de instrumentos ambientales, sus instrumentos ambientales por mandato de ley los debe evaluar el sector para el cual aporta tributos en mayor cantidad, que en el caso de cementeras nunca será el Ministerio de Energía y Minas, sino el Ministerio de la Producción.

El tema es más complejo de lo que parece y todo se basa en la carencia de regulación normativa.

Es política de Estado promover la Actividad Industrial de esta forma evitamos seguir siendo un país del tercer mundo con la principal característica de ser un país exportador de materias, incapaz de transformar materia prima en productos que puedan satisfacer las necesidades de mercado nacional y en consecuencia ni remotamente mercado internacional. Procurar como estado involucrar en permisos mineros a la actividad industrial por componentes auxiliares a su operación principal es un despropósito.

El procedimiento sancionador analizado en el presente trabajo académico, inicio procurando aplicar una descripción positiva parcial de la norma y abstraída del sistema jurídico y hasta de la Política del Estado, desarrollando una línea de argumentación fracturada desde su nacimiento y carente de lógica básica necesaria para cumplir el procedimiento administrativo.

Así transcurrieron 11 años de discutir una causa en los tribunales, a merced de la incertidumbre jurídica a una empresa cuya promoción e impulso ha sido retóricamente establecido en la norma y habitualmente incumplida por el Estado.

CONCLUSIONES

- PRIMERA:** Resulta necesario definir la función y competencia de los organismos reguladores en aras de no incurrir en procedimientos administrativos sancionadores infructuosos.
- SEGUNDA:** Exigir la obtención de una concesión de beneficio a una empresa industrial constituye una sobrerregulación que genera incertidumbre en el desarrollo de sus operaciones en el mercado.
- TERCERA:** La descripción del proceso productivo del cemento no comprende el beneficio del mineral, porque no se beneficia mineral alguno, ninguna de las etapas del proceso guarda correspondencia con la definición de concesión de beneficio, en efecto conforme a la gran división 3 de la Clasificación Industrial Internacional Uniforme -CIIU, aun cuando la cementera se autoabastezca de materia prima proveniente de la explotación de canteras, dado que la actividad por la cual obtiene sus mayores ingresos brutos anuales es la fabricación de cemento.
- CUARTA:** Existe un marco regulatorio difuso para empresas que desarrollan actividad mixta (industrial y minera), que debe ser tratado por el legislador.
- QUINTA:** La existencia de un marco regulatorio poco claro genera una afectación en el desarrollo de las actividades industriales.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Baldeón. (2016). *Tratado de Derecho Minero*.
- Belaunde, M. (2011). *Derecho Minero y Conceción*. (E. S. E.I.R.L., Ed.) Lima.
- Congreso de la Republica. (1992). *Ley General de Minería- aprobado por el D.S.N° 014-92-EM*.
- Congreso de la República. (1996). *Ley N.° 26734 Ley del Organismo Supervisor de Inversión en Energía - OSINERG*. Obtenido de <https://www.gob.pe/institucion/osinergmin/normas-legales/742328-26734>
- Congreso de la Republica. (2007). *Ley N.° 28964 Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG*. Gobierno del Perú. Obtenido de <https://www.gob.pe/institucion/osinergmin/normas-legales/744535-28964>
- Congreso de la Republica. (2007). *Ley N.° 28964 Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG*. Gobierno del Perú. Obtenido de <https://www.gob.pe/institucion/osinergmin/normas-legales/744535-28964>
- Congreso de la Republica. (2009). *LEY N° 26821 Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales*.
- Congreso de la Republica. (2019). *Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, Artículo 254*. Gobierno del Perú. Obtenido de <https://spijweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/01/27444.pdf>
- Foro Económico Mundial. (2020). *Global Competitiveness Report. Foro Económico Mundial*. Obtenido de <https://www.weforum.org/publications/the-global-competitiveness-report-2020/>
- Hani et al. (2013). *Sentencia del tribunal constitucional*.
- Lira, S. (1992). *Curso Derecho de Minería*. (E. J. CHILE, Ed.) Santiago de Chile.
- Ministerio de la Producción. (1966). *Resolución Directoral N 718*. Dirección de Redes Integradas de Salud Lima Sur
- Moron, J. C. (2005). *Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la ley peruana*. LIMA.

- Mutsios, M. (2018). *Sacando el beneficio a la actividad minera: la concesión de beneficio del Código de Minería de 1900 hasta el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería*. [Tesis para optar el Título Profesional de Abogado].
- Organización de las Naciones Unidas. (2005). *Hacia las sociedades del conocimiento: informe mundial de la UNESCO*. UNESCO. Obtenido de <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000141908>
- Presidencia del Consejo de Ministros. (1992). *D.S.N° 024-92-EM Normas conducentes a concluir el proceso de liquidación de la Comunidad de Compensación Minera*.
- Presidencia del Consejo de Ministros. (1992). *Decreto Supremo N.° 018-92-EM*. Aprueban el Reglamento de Procedimientos Mineros
- Presidencia del Consejo de Ministros. (1992). *Decreto Supremo N° 018-92-EM, Reglamento de Procedimientos Mineros*, Artículo 38. Gobierno del Perú. Obtenido de <https://www.gob.pe/institucion/osinergmin/normas-legales/741048-018-92-em>
- Presidencia del Consejo de Ministros. (1993). *Decreto Supremo N° 016-93-EM, Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero Metalúrgica*. Gobierno del Perú. Obtenido de <https://www.ins.gob.pe/RepositorioAPS/0/3/par/LEGISLACION/DS%20N%20016-93-EM%20Reglamento%20para%20la%20Proteccion%20Ambiental%20en%20la%20Actividad%20Minero-Metalurgica.pdf>
- Presidencia del Consejo de Ministros. (2010). *D.S. 03-04-EM*, Artículo 6. Lima, Perú. Obtenido de https://www.congreso.gob.gt/assets/uploads/info_legislativo/decretos/03-04.pdf
- Presidencia del Consejo de Ministros. (2016). *DS 024-2016-EM*. Reglamento de seguridad y salud ocupacional en minería
- Presidencia del Consejo de Ministros. (2017). *Decreto Legislativo N° 1107*. Gobierno del Perú. Obtenido de <https://www.gob.pe/institucion/minam/normas-legales/3628-1107>
- Presidencia del Consejo de Ministros. (2018). *Decreto Supremo N° 03-04-EM Ley General de Minería*.

Real Academia Española. (2015). *Real Academia de la Lengua Española*. Obtenido de <https://dle.rae.es/>

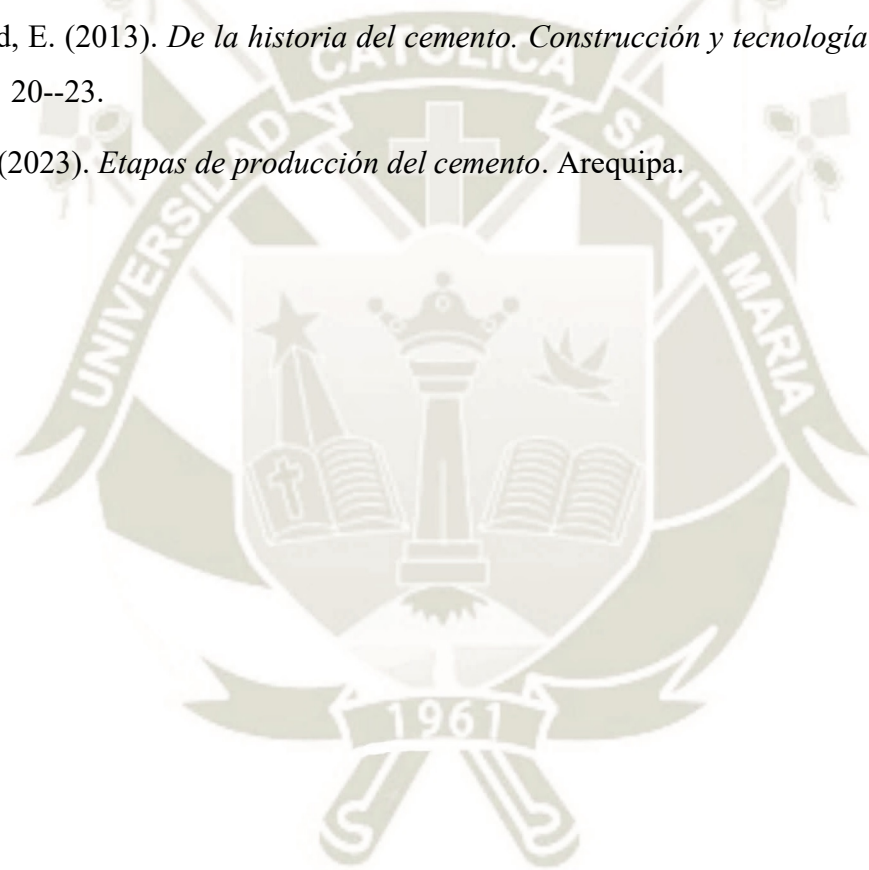
Reporte Financiero Burkenroad Perú. (2010). *Sector Cementero Del Peru* .

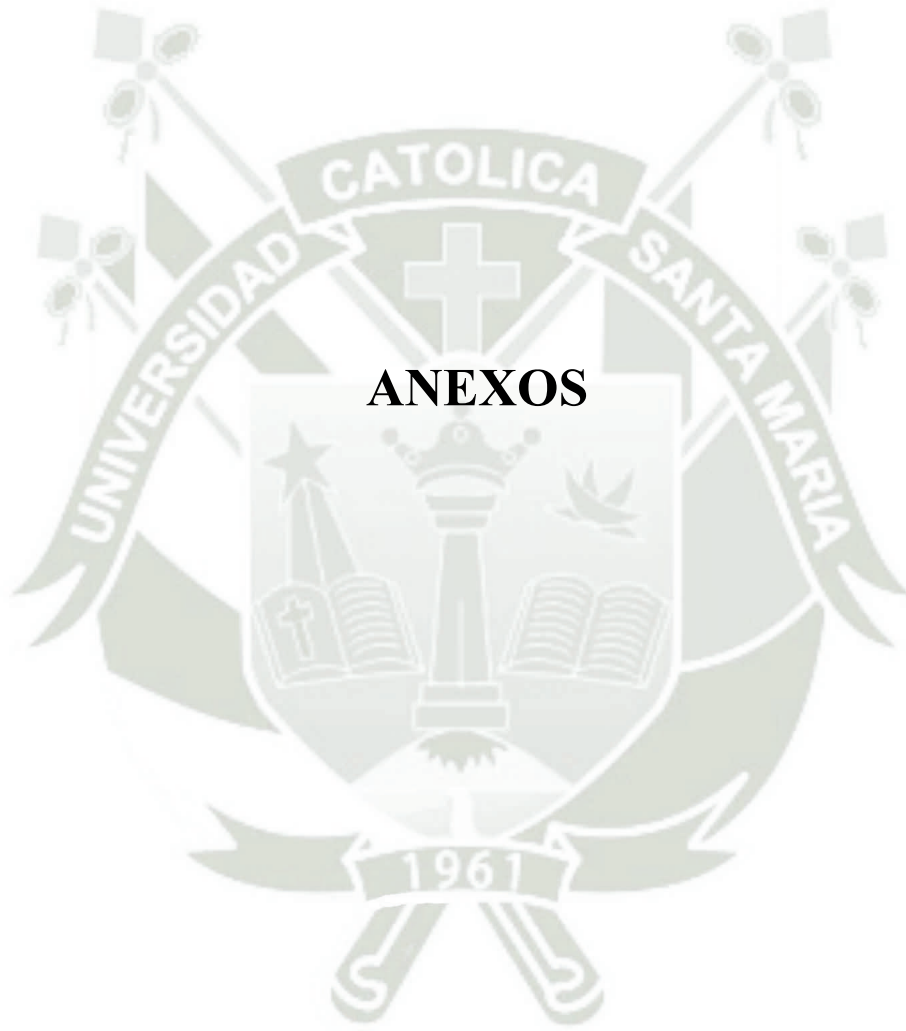
Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía. (2015). *El ciclo productivo de la minería*. Obtenido de <https://www.snmpe.org.pe/>

Tribunal Constitucional del Perú. (2013). Sentencia del Tribunal Constitucional [Exp. N.º 01043-2013-PA/TC, Lima, Cerámica San Lorenzo S.A.C. y otros]. Tribunal Constitucional del Perú.

Vidaud, E. (2013). *De la historia del cemento. Construcción y tecnología en concreto*, 60, 20--23.

Yura. (2023). *Etapas de producción del cemento*. Arequipa.

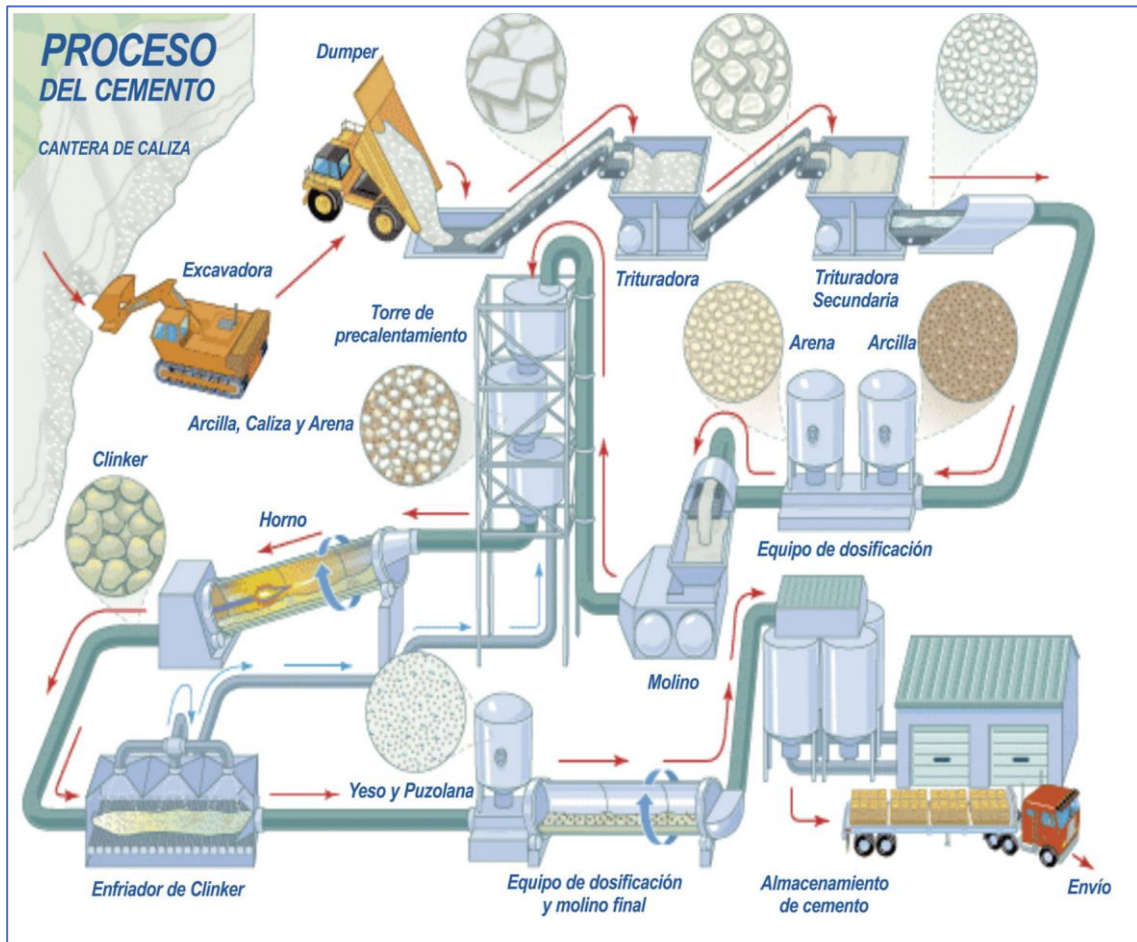




ANEXOS

Anexo N° 1

Etapas de Producción del Cemento



Nota: Yura, (2023).

Anexo N° 2

Actividades Involucradas en el Proceso de Transformación de los Metales de Acuerdo a Sociedad Nacional de Industrias.

Chancado

- El material extraído (i.e. rocas) que llega de la mina a la planta de beneficio debe ser reducido y homogenizado a través del uso de máquinas chancadoras

Molienda

- Las rocas que se obtienen del proceso de chancado son introducidas a cilindros (i.e. molinos de bolas y/ barras) donde son molidas a través de un movimiento giratorio a tamaño incluso menor que la arena. Terminando este proceso, el material está preparado para ingresar a un proceso químico.

Concentración- se obtiene concentrado de mineral (producto comercializable)

- Se ejecuta a través de distintos métodos que permiten obtener concentrado de por ejemplo cobre, zinc, entre otros. El residuo es el relave.
- Los métodos pueden ser los siguientes:
 - **Gravimetría:** El mineral es mezclado con reactivos que permiten que el metal descienda hasta el fondo del recipiente pudiendo así ser separado.
 - **Flotación:** A través del uso de reactivos, aire y su agitación, permiten que el mineral flote y pueda ser separado de la tierra.
 - **Lixiviación:** El mineral es ubicado en lugares acondicionados (pad) donde se les rocía una solución química que disuelve el contenido metálico presente.
 - **Microbiológicos:** se hace uso de bacterias.

Fundición

- Separación de los metales de aquellos contenidos que no son útiles haciendo uso del calor.

Refinación

- **Refinación piro metalurgica:** Se hace uso del fuego y del calor.
- **Refinación por electrodepositos:** proceso químico con corriente eléctrica. Especialmente utilizada en los productos obtenidos de la lixiviación.

Anexo N° 3

Jurisprudencia y Casaciones

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 01043-2013-PA/TC LIMA

CERAMICA SAN LORENZO S.A.C. Y OTROS

En Lima; a los 20 días del mes de noviembre del 2013, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los Magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

ANTECEDENTES

Con fecha 2 de Diciembre de 2011 las empresas recurrentes interponen demanda de amparo contra el Ministerio de Economía y Finanzas y el Ministerio de Energía y Minas, solicitando que se declare inaplicables, a su caso concreto, las disposiciones contenidas en el segundo párrafo del inciso h) del artículo 2º, y, en el inciso c), numeral 6.1, del artículo 6º, del Decreto Supremo N°. 157-2004-EF, Reglamento de la Ley de Regalía Minera, Ley N°. 28258, modificado por Decreto Supremo N°. 180-2011-EF y Decreto Supremo N°. 209-2011-EF.

Argumentan las recurrentes que las modificaciones efectuadas por los Decretos Supremos N°. 180-2011-EF y 209-2011EF al Reglamento de la Ley de Regalía Minera, al introducir la definición de “recursos minerales metálicos y no metálicos en el estado en que se encuentren”, modifica, mediante una norma reglamentaria, la base de cálculo sobre la que se aplica la regalía minera, desnaturalizando la ley reglamentada y determinándose así que aquella se calcule sobre el valor de los productos comerciales obtenidos por procesos de industrialización y manufactura en el caso de las denominadas empresas integradas, y no sobre el valor del concentrado o componente minero.

Asimismo solicitan que se les restituya en el goce de sus derechos constitucionales a la propiedad y la no confiscatoriedad, y que se ordene que las cosas vuelvan al estado anterior al que se encontraban antes de la expedición y entrada en vigencia del Decreto Supremo N°. 180-2011-EF y el Decreto Supremo N°.209-2011-EF. En consecuencia, se disponga que la base de cálculo de la regalía minera se aplique sobre el valor del concentrado o componente minero, y no sobre el valor del “producto comercial” final obtenido con motivo de la transformación industrial o manufacturera del recurso mineral.

Con fecha 12 de enero de 2012 la Procuradora Pública del Ministerio de Economía y Finanzas, se apersona a la instancia y deduce la excepción de incompetencia y posteriormente, mediante escrito de fecha 16 de enero de 2012, contesta la demanda argumentando que es improcedente en tanto existe vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias para resolver la litis (artículo 5º, inciso 2, del Código Procesal Constitucional), esto es, la vía del proceso de acción popular. Asimismo, argumenta que la demanda es improcedente al recaer en la causal prevista en el artículo 5º, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, en tanto los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado.

Con fecha 16 de enero de 2012 el Procurador Público a cargo de la defensa jurídica del Ministerio de Energía y Minas se apersona, contesta la demanda y deduce las excepciones de falta de agotamiento de la vía previa y de obscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, sosteniendo que los demandantes no han acreditado que la vía previa no se encuentre regulada conforme lo establece el artículo 46º del Código Procesal Constitucional. Asimismo, sostiene que el petitorio planteado en la demanda es impreciso por cuanto el concepto de regalía no se trastoca con la definición de costos de tratamiento, dado que éstos son costos naturales a los costos de producción que toda actividad económica presenta en sus etapas productivas.

El Tercer Juzgado Constitucional de Lima con fecha 6 de julio de 2012, declaró fundada la excepción de incompetencia deducida y, de conformidad con el artículo 451º inciso 5, del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente a los procesos constitucionales, resolvió declarar nulo lo actuado y por concluido el proceso. Adicionalmente, con fecha 6 de julio de 2012, declaró fundada la excepción de falta de agotamiento de la vía previa e infundada la excepción de oscuridad y ambigüedad en la forma de proponer la demanda.

La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 17 enero de 2013, confirmó la apelada, que declaro fundada la excepción de incompetencia, y en consecuencia declara nulo todo lo actuado y concluido el proceso de amparo, considerando que en el caso de autos no nos encontraríamos frente a normas autoaplicativas por cuanto, de la lectura literal de los dispositivos invocados por las empresas recurrentes, en ninguno de ellos se ordena la realización de actividad alguna que pueda incidir directamente sobre la esfera jurídica de estas, sino que dichos dispositivos contienen definiciones operativas sobre aquello que resulta ser objeto de regulación, considerando así que el petitorio planteado deberá ser dilucidado dentro de un proceso de acción popular en aplicación de lo que dispone

el inciso 5 del artículo 451º, del Código Procesal Civil. Asimismo, concluye, en lo referente a la excepción de falta de agotamiento de la vía previa, que carece de objeto emitir pronunciamiento sobre la misma, de conformidad con el artículo 450º, del Código Procesal civil, al haberse amparado la excepción de incompetencia deducida.

Mediante recurso de agravio constitucional de fecha 13 de Febrero del 2013, las empresas amparistas reiteran los argumentos de su demanda, puntualizando que la recurrida en agravio constitucional incurre en una serie de errores que vulneran su derecho constitucional a la propiedad y a la no confiscatoriedad en razón a que la Sala Civil erróneamente ha considerado que el presente caso debe ser ventilado en la vía de la acción popular y no en la vía del amparo. En este sentido, las empresas accionantes afirman que de una simple lectura de la norma cuestionada se verifica la existencia de una norma autoaplicativa que genera una afectación a los derechos constitucionales de las empresas demandantes por lo que sería procedente la interposición del proceso de amparo.

FUNDAMENTOS

Petitorio

1). Conforme aparece del petitorio de la demanda el objeto del presente proceso constitucional se circunscribe al cuestionamiento de las disposiciones contenidas en la parte final del segundo párrafo del inciso h) del artículo 2º, y, en el inciso c), numeral 6.1, del artículo 6º, del Decreto Supremo N°. 157-2004-EF, Reglamento de la Ley de Regalía Minera, Ley N°. 28258, modificado por Decreto Supremo N°. 180-2011-EF y Decreto Supremo N°. 209-2011-EF. En tales circunstancias se solicita a) la inaplicación a las empresas recurrentes de las disposiciones legales contenidas en la parte final del segundo párrafo del inciso h) del artículo 2º, y, en el inciso c), numeral 6.1, del artículo 6º, del Decreto Supremo N°. 157-2004-EF, Reglamento de la Ley de Regalía Minera, Ley N°. 28258, modificado por Decreto Supremo N°. 180-2011-EF y Decreto Supremo N°. 209-2011-EF; b) se ordene las cosas al estado anterior al que se encontraban antes de la expedición y vigencia de los Decretos Supremos N°. 180-2011-EF y 209-2011EF normas que han modificado el Decreto Supremo N°. 157-2004-EF, Reglamento de la Ley de Regalía Minera, Ley N°. 28258, respecto a la definición de recursos minerales no metálicos “en el estado en que se encuentren” y específicamente, respecto a la determinación de la base de referencia para la distribución de la regalía minera, disponiéndose que la base de cálculo por explotación de minerales no metálicos, se aplique sobre el valor del concentrado o

componente minero, y no sobre el valor del producto comercial final obtenido con motivo de la transformación industrial o manufactura del recurso mineral, tanto en el caso que se aplique el numeral 4.1 y el anexo de la Ley de Regalía Minera, como en el caso que se aplique el 1% de los ingresos generados por las ventas realizadas en el trimestre calendario.

2). Conviene al respecto puntualizar que las empresas demandantes han planteado como derechos constitucionales presuntamente vulnerados el de propiedad y el principio-derecho de no confiscatoriedad en materia tributaria previsto en el artículo 74° de la Constitución Política. Por lo tanto y en lo que sigue, el análisis de la controversia habrá de orientarse en función de los citados atributos.

Análisis de la Controversia

Estando en controversia por las partes materias constitucionales respecto a la forma y el fondo, es indispensable que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre cada una de ellas y establezca los criterios vinculantes en cada caso. En esa dirección, corresponde desarrollar las siguientes materias:

I. Respectos a los aspectos de forma , debe determinarse:

a) Si las disposiciones reglamentarias cuestionadas son del tipo autoaplicativas, en consecuencia no se requiere de actos concretos de afectación para demostrar el agravio a los derechos constitucionales.

b) Si es necesario el agotamiento de la vía previa en el caso de autos.

II. Respecto a los aspectos de fondo, nos pronunciaremos sobre:

c) La naturaleza jurídica de la regalía minera conforme a la jurisprudencia constitucional (STC N°. 0048-2004.PI/TC)

d) Si, las disposiciones reglamentarias cuestionadas, contenidas en los Decretos Supremos N°. 180-2011-EF y el Decreto Supremo Nro.209-2011-EF, vulneran el principio de reserva de Ley.

e) La afectación al derecho fundamental a la propiedad contenido en el numeral 16 del artículo 2°, de la Constitución Política del Perú.

f) Si las disposiciones cuestionadas vulneran el principio de proporcionalidad

Consideraciones del Tribunal Constitucional

1) Sobre la cuestión de procedencia

1.1 Conforme se aprecia de los escritos presentados por las partes, existe controversia respecto a la naturaleza autoaplicativa de las disposiciones modificatorias contenidas en el segundo párrafo del inciso h) del artículo 2º, y, en el inciso c), numeral 6.1, del artículo 6º, del Reglamento de la Ley de Regalía Minera, introducidas por los Decretos Supremos Nro. Nro. 180-2011-EF y .209-2011-EF. En ese sentido, de lo expuesto en los escritos presentados por las empresas recurrentes que corren en autos, éstas alegan que las disposiciones antes mencionadas les imponen, en su calidad de empresa integradas, con su sola vigencia y de manera imperativa, el cumplimiento de prestaciones de índole patrimonial, sin que sea necesaria la realización de actos concretos de la administración tributaria para efectivizarlas. A su vez, la Procuraduría del Ministerio de Economía y Finanzas, al sustentar su excepción de incompetencia, señala que no hay argumento alguno para que se proceda a declarar la inaplicación de las normas reglamentarias cuestionadas por cuanto no hay acto concreto de aplicación desplegado por el Estado.

1.2 Sobre lo expuesto el Código Procesal Constitucional en su artículo 2º, establece que los procesos constitucionales de habeas corpus, amparo y habeas data proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Asimismo, el artículo 3º, del referido cuerpo normativo señala que cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma. En ese sentido, el artículo citado define a las normas autoaplicativas como aquellas “cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada”.

1.3 En reiterada jurisprudencia este Tribunal ha determinado que no procede el amparo directo contra normas heteroaplicativas, es decir aquellas que tienen su eficacia condicionada a la realización de actos posteriores. Sin embargo, este Colegiado ha precisado que si procederá acudir a la vía del amparo cuando el acto lesivo sea ocasionado por la vigencia de normas autoaplicativas, es decir, normas que no requieren de acto posterior de aplicación para que se verifique una afectación a los derechos constitucionales, sino que ésta se produce desde su entrada en vigor (STC 1314-2000-AA/TC, 504-2000-AA/TC; 2670-2002-AA/TC, 487-2003-AA/TC, 2302-2003-AA/TC).

1.4 En el presente caso este colegiado advierte, a diferencia de lo sostenido por las entidades demandadas, que las disposiciones materia de cuestionamiento constitucional si califican como normas de naturaleza autoaplicativa, en razón que su sola entrada en vigor impone a los sujetos obligados llevar a cabo actos, entre los que se encuentran la declaración y pago de la regalía minera, que deberán ser cumplidos de manera imperativa, en tanto se verifique que los hechos realizados por dichos sujetos obligados se subsumen en el supuesto de hecho en la norma.

1.5 Se determina así que las disposiciones reglamentarias cuestionadas tienen un efecto directo e inmediato en la esfera jurídica y patrimonial de las empresas recurrentes, que se verificará sin esperar que la administración desemboque su actuación administrativa para exigir su cumplimiento. En consecuencia, tomando en consideración dicha naturaleza autoaplicativa, la vía del amparo resulta procedente para acoger la defensa de los derechos invocados por las recurrentes.

1.6. En esa dirección, la excepción de incompetencia deducida que corre en autos, deviene en infundada en razón que, como se ha expuesto en los fundamentos precedentes, la legislación y la jurisprudencia constitucional reconocen la viabilidad y procedencia de la acción de amparo en los casos de afectaciones constitucionales derivados de normas autoaplicativas. Así, no es pertinente la invocación planteada por las entidades demandadas que sostienen que la vía idónea y satisfactoria para dilucidar la presente controversia es la del proceso de acción popular, en tanto este Colegiado ha señalado que “(...) es evidente que tratándose de impugnación de una norma autoaplicativa, para este Tribunal queda claro que no existe otra vía procedimental específica igualmente satisfactoria”. (STC Nro. 08310-2005-PA/TC).

1.7 El artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, prevé que el juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en el Código al logro de los fines de los procesos constitucionales. Siguiendo este principio procesal, este Colegiado considera pertinente pronunciarse sobre esta excepción de falta de agotamiento de la vía previa administrativa, deducida oportunamente por el Procurador Público del Ministerio de Energía y Minas.

1.8 Sobre la excepción invocada, ésta resulta también infundada por cuanto las empresas recurrentes no se encuentran obligadas a agotar vía previa alguna, en casos, como el presente, en los que se solicita la protección de los derechos constitucionales que son

susceptibles de ser vulnerados con la sola vigencia de una norma legal autoaplicativa. Así, es de aplicación la excepción a la obligación de agotamiento de la vía previa preceptuada en el inciso 2 del artículo 46° del Código Procesal Constitucional, el cual a la letra señala “No será exigible el agotamiento de la vía previa si: (...) 2. Por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable “. Sobre lo expuesto, este Tribunal ha señalado que cuando el acto cuya inaplicación se solicita, califica como un acto normativo y no uno administrativo, la excepción de falta de agotamiento de la vía previa propuesta debe ser desestimada pues “(...) la vía previa tiene como objeto la impugnación de actos administrativos y los actos del poder público respecto a situaciones individuales del administrado, pero no respecto de normas. En tanto la demanda tiene por objeto la inaplicación de una norma, no procede el tránsito por la vía previa” (STC Nro. 09299-2005-PA/TC)

2) Sobre los aspectos materiales de la demanda

2.1 El petitorio invocado por las empresas recurrentes es que se declare inaplicables a su caso, el segundo párrafo del inciso h) del artículo 2°, y, el inciso c), numeral 6.1, del artículo 6°, del Decreto Supremo N°. 157-2004-EF, del Reglamento de la Ley de Regalía Minera, Ley N° 28258, modificado por Decreto Supremo N°. 180-2011-EF y Decreto Supremo N° 209-2011-EF, y que se les restituya en el goce de sus derechos constitucionales a la propiedad y la no confiscatoriedad, ordenando que las cosas vuelvan al estado anterior al que se encontraban antes de la excepción y entrada en vigencia del Decreto Supremo Nro. 180-2011-EF y .209-2011-EF.

2.2. En ese sentido una vez desvirtuada la cuestión de forma y estableciendo el criterio aplicable, corresponde efectuar el análisis sobre la supuesta afectación a los derechos constitucionales a la propiedad y a la no confiscatoriedad, así como respecto al cumplimiento de los principios de reserva de ley y proporcionalidad, invocados por las empresas recurrentes en su escrito de demanda.

3) Naturaleza jurídica de la regalía minera al amparo del sistema jurídico y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 0048- 2004-PI/TC)

3.1. Es necesario indicar, a efectos de ahondar en el análisis de los aspectos materiales de la demanda, que este Colegiado se ha pronunciado anteriormente sobre los alcances jurídicos y constitucionalidad de la regalía minera regulada originalmente por la Ley N°. 28258, Ley

de Regalía Minera, con motivo de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más de 5,000 ciudadanos con fecha 24 de noviembre de 2004.

3.2 Mediante STC 0048-2004-PI/TC, este Tribunal declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad planteada, considerándose para todo efecto, que la regalía minera, tal como se encontraba regulada por medio de la Ley N°. 28258, calificaba como un concepto contraprestativo por el aprovechamiento de los recursos naturales de origen mineral, la misma que, al igual que en el Perú, está también regulada en otros ordenamientos jurídicos, siendo normalmente incorporada en los costos de producción de las empresas.

3.3 Como sustento del fallo adoptado, este Colegiado sostuvo:

- La intervención del Estado se considera como legítima y acorde con la Constitución, cuando es producto de una medida razonable y adecuada a los fines de las políticas que se persiguen, cuando no se trasgreden los derechos fundamentales de las personas, o, en todo caso, que la eventual afectación a dichos derechos se realice bajo cánones de razonabilidad y proporcionalidad (Fd. 49 STC 0048-2004-PI/TC)

- La regalía minera no es una creación novedosa del legislador peruano, estando también regulada en otros ordenamientos jurídicos de alta rentabilidad en el sector minero, en los cuales adopta la denominación de regalía minera o royalty, siendo normalmente incorporada en los costos de producción de las empresas. Por tal motivo, mal podría desconocerse su existencia o argumentarse que ella resta competitividad minera al país.(Fd. 50 STC 0048-2004-PI/TC)

- Los recursos naturales no renovables nunca pasan a ser propiedad absoluta de quien los recibe en concesión. En el ejercicio del dominio que el Estado otorga a los particulares, se debe tomar en cuenta que el artículo 23° de la Ley Nro. 26821, establece como regla imperativa el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, en las condiciones y las limitaciones que establezca el título respectivo. El aprovechamiento sostenible de los recursos no renovables según nuestra legislación y conforme ha quedado dicho, consiste en su explotación eficiente; bajo el principio de sustitución de valores y beneficios reales, evitando o mitigando el impacto sobre otros recursos del entorno y del ambiente (Fd. 83 STC 0048-2004-PI/TC)

- El bien común y el interés general son principios componentes de la función social de la propiedad. Cuando se lleva a cabo la concesión de recursos naturales, tales principios deben adquirir su concreta manifestación en el aprovechamiento sostenible del patrimonio

nacional, en la protección del medio ambiente, de la vida y de la salud de la población, y, desde luego, en la búsqueda de la equidad en la distribución de la riqueza. El Estado, así como tiene el deber de garantizar la propiedad privada, tiene también la obligación de proteger y garantizar la propiedad pública. Al respecto, y a efectos de la protección de la propiedad, nuestra Constitución no distingue entre propiedad pública y privada. En efecto, el artículo 70° de nuestra Ley Fundamental, cuando establece que el derecho de la propiedad es inviolable y que el Estado lo garantiza, no solo se limita a la protección de la propiedad de los particulares, sino también de la propiedad pública. Es por ello que la Constitución no distingue a efectos de su protección, entre propiedad pública y propiedad privada, reconociendo la legítima facultad del Estado para velar también por la propiedad pública.

Dicha protección cobra especial relevancia cuando se trata de recursos naturales, pues de acuerdo con la Constitución (artículo 66°), estos son patrimonios de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento. (Fd. 85 STC 0048-2004-PI/TC)

- En este sentido, debe entenderse que la regalía minera se exige por el uso o aprovechamiento de un bien que, siendo propiedad de la Nación es concedido al titular de la actividad minera para que pueda obtener el dominio sobre los productos de este bien; por ello, mal podría alegarse una afectación a la propiedad cuando se exige el pago por algo que no es de propiedad innata de los particulares, sino que es más bien concedido, y cuando justamente dicho pago se sustenta en tal concesión (Fd. 87 STC 0048-2004-PI/TC)

- Los recursos naturales integran el patrimonio de la Nación y por ende sería irrazonable traspasarlos gratuitamente sin que su dueña sea debidamente compensada. Es por el traspaso del dominio sobre productos extraídos no renovables y por la afectación al medio ambiente, por los cuales se cobra esta contraprestación (Fd. 88 STC 0048-2004-PI/TC)

- El artículo 3° de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, Ley N°. 26821, establece que se considera como recursos naturales, a todo componente de la naturaleza susceptible de ser aprovechado por el ser humano para la satisfacción de sus necesidades, y que tenga valor actual o potencial en el mercado. (Fd. 90 STC 0048-2004-PI/TC)

- Sobre la constitucionalidad de la base de cálculo en función al valor del concentrado, éste se justifica por la dificultad de poder calcular el valor real de los minerales valiosos en estado puro, debido a que no son susceptibles de valoración económica en el mercado. En efecto, el mineral, en su estado concentrado, es propiedad de quien lo extrae, pero ello no impide

utilizarlo como parámetro de medición. Conforme se describe en la propia Ley Orgánica de Recursos Naturales, los minerales deben tener un valor actual o potencial en el mercado, por lo que el legislador necesariamente deberá remitirse a alguna valoración para el cálculo de la regalía, sea a boca de mina o a valor concentrado. (Fd. 91 STC 0048-2004-PI/TC)

- El cálculo de la regalía sobre el valor del concentrado permite al Estado ejercer una adecuada fiscalización respecto a los bonos declarados por los titulares de la actividad minera; toda vez que, a este nivel, existen valores referenciales en el mercado internacional que hacen posible comparar los montos declarados, lo que no sucede en el caso del mineral inmediatamente extraído a boca de mina. (Fd. 92 STC 0048-2004-PI/TC)

- Concluye este Colegiado señalando que la opción legislativa adoptada por la Ley N°. 28258, es compatible con la Constitución y es razonable tomando en cuenta que, para establecer la base de referencia de la regalía el artículo 4° del Reglamento de la Ley de Regalía Minera ha previsto una serie de deducciones y ajustes que permiten descontar algunos gastos efectuados por la empresa para llegar a obtener el concentrado. (Fd. 93 STC 0048-2004-PI/TC)

3.4 Los fundamentos vertidos en la STC 0048-2004-PI/TC, y que sustentaron la legitimidad de la regalía minera, y su conformidad con la Constitución, consideraban la situación jurídica existente en el momento de la interposición de la acción de inconstitucionalidad antes señalada. En ese sentido, de acuerdo a lo establecido en el texto original de la Ley N°. 28258 que fuera materia de análisis de constitucionalidad, la regalía minera es la contraprestación económica que los titulares de las concesiones mineras pagan al Estado por la explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos. Asimismo, el texto original del artículo 3° de la citada Ley N°. 28258, preceptuaba que la regalía minera era pagada sobre el valor del concentrado o su equivalente, conforme a la cotización de los precios del mercado internacional.

3.5 Sobre el particular, el texto original del Reglamento de la Ley de Regalía Minera, Decreto Supremo N°. 157-2004-EF precisaba que el concentrado o equivalente, concepto aplicable a los minerales metálicos, se refería a los productos obtenidos de procesos de beneficios sin considerar los productos de los procesos metalúrgicos posteriores, ni procesos posteriores industriales o de manufactura. De manera análoga, para el caso de minerales no metálicos, la norma acogía el concepto de componente minero, entendido éste como el producto obtenido al final de los procesos de beneficio conforme a las actividades reguladas

por la Ley General de Minería, sin incluir procesos posteriores industriales o de manufactura.

3.6. Como se observa la STC 0048-2004-PI/TC determinó la legitimidad y constitucionalidad de la regalía minera en función a su carácter contraprestativo, por el aprovechamiento lícito de los recursos naturales de origen mineral, bienes que, de conformidad con la norma Suprema y con la Ley N°. 26821, califican como patrimonio de la Nación. Dicha disposición es acorde con lo preceptuado en el artículo 20° de la mencionada Ley N°. 26821, la cual reconoce el derecho del Estado de percibir una retribución económica por el aprovechamiento de recursos por parte de particulares.

3.7 Mal podría, en ese sentido, establecerse una contraprestación, como ya lo ha indicado este Colegiado en la sentencia bajo análisis, en función a conceptos ajenos al valor de los recursos naturales que son efectivamente otorgados a los particulares mediante concesiones y/o autorizaciones de uso y explotación de los mismos. En el caso de autos, al ser la regalía minera, por naturaleza, una contraprestación por el uso o aprovechamiento de recursos naturales minerales, de propiedad de la Nación, no podría ser concebida como un concepto destinado a afectar bienes de propiedad de los particulares, pues, como ya se ha pronunciado este colegiado, el dominio sobre los productos de los recursos naturales corresponde a los particulares. (Fd. 87 STC 0048-2004-PI/TC)

3.8 En ese sentido la fórmula legislativa prevista originalmente por la Ley N° 28258, en virtud de la cual se establece una valoración de la regalía minera en función al concentrado o equivalente, resulta razonable y objetiva, en tanto garantiza una retribución justa y fiable a favor del Estado, por los recursos naturales otorgados a los particulares, mientras que, a su vez, salvaguarda el patrimonio de éstos últimos al exigirles una contraprestación estrictamente determinada en función al valor de bienes de propiedad originaria del Estado y no respecto al valor de los productos derivados de tales recursos naturales, los mismos que son de propiedad innata de los particulares.

4) Definición de recursos minerales metálicos y no metálicos en el estado en que se encuentren

4.1 Las empresas recurrentes alegan que por medio de la modificación reglamentaria de la definición de “recursos minerales metálicos y no metálico en el estado en que se encuentren”, efectuada por los Decretos Supremos N° 180-2011-EF y 209-2011EF; se ha

alterado la estructura y naturaleza jurídica de la regalía minera, desvirtuando así su naturaleza contraprestativa, reconocida en la STC 0048-2004-PI/TC.

4.2 En atención a ello corresponde que este Tribunal se pronuncie respecto al contenido de las modificaciones normativas sobre la Ley de Regalía y su Reglamento, y si las mismas desnaturalizan la regalía minera y respetan los cánones de razonabilidad y objetividad precisados en la precitada STC 0048-2004-PI/TC.

4.3 Mediante la Ley N° 29788 se efectuaron diversos cambios a la Ley de Regalía Minera. No obstante ello la norma modificatoria ratificó, en el artículo 2°, la naturaleza de la regalía minera como contraprestación económica de los sujetos de actividad minera por la explotación de los recursos minerales metálicos y no metálicos. Dicho artículo agrega, al igual que su antecedente legislativo que el término “sujetos de la actividad minera” incluye a los titulares de las concesiones mineras y a los cesionarios que realizan actividades de explotación de recursos minerales metálicos o no metálicos, así como a las empresas integradas que realicen dichas actividades.

4.4 Sin embargo de lo señalado la norma bajo análisis modificó los artículos referidos a la determinación y cálculo del monto a pagar por concepto de Regalía Minera, entre otros aspectos. Así se modificó el artículo 3° de la Ley estableciendo que la regalía será calculada sobre la utilidad operativa trimestral de los sujetos de la actividad minera, entendida aquella

como el resultado de deducir de los ingresos generados por las ventas realizadas de los recursos minerales metálicos y no metálicos en cada trimestre calendario, en el estado en que se encuentren, el costo de ventas y los gastos operativos, de ventas y administrativos, incurridos para la generación de dichos ingresos.

4.5 Seguidamente se modificó el tenor del artículo 4° en el sentido de establecer que el importe a pagar por concepto de regalía minera será el que resulte mayor de acuerdo a los siguientes dos mecanismos: (i) El primero, resultará de aplicar sobre la utilidad operativa antes indicada, la tasa efectiva señalada en el anexo de la Ley; y, (ii) el segundo, consiste en un importe fijo ascendente al uno por ciento (1%) de los ingresos generados por las ventas de los recursos minerales, metálicos y no metálicos en el estado en que se encuentren. La disposición bajo análisis finaliza estableciendo, a manera de exoneración, una tasa de 0% aplicable a los pequeños productores y mineros artesanales.

4.6 De los preceptos legales analizados este Colegiado concuerda con lo argumentado por los recurrentes en su recurso de agravio constitucional, en tanto el concepto de “recursos minerales metálicos y no metálicos en el estado en que se encuentren”, sobre el que evidentemente se estructura el esquema de pagos de la regalía minera, no se encuentra debidamente definido en el texto original de la Ley de Regalía Minera, ni en aquél modificado por la Ley N° 29788. Por tal motivo devenía en necesario que tal concepto sea desarrollado en virtud de la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo, prevista en el numeral 8 del artículo 118° de la Constitución Política del Perú.

4.7 Sin embargo tal desarrollo reglamentario como prescribe la Norma Suprema, debe ser efectuado en armonía con la ley reglamentada, lo cual en el caso de los autos implicaba que la disposiciones reglamentarias guarda conformidad con el artículo 2° de la Ley de Regalía Minera, norma que postula la calidad de contraprestativa de la regalía por el aprovechamiento de los recursos naturales de origen mineral.

4.8 Mediante Decreto Supremo N° 180-2011-EF., publicado con fecha 1 de octubre de 2011, se expidieron las disposiciones reglamentarias relativas a la modificación legal introducida por la Ley N° 29788. En virtud de ello, en el artículo 2°, se procedió a desarrollar algunos de los conceptos previstos en la ley modificatoria antes mencionada. Se establece en primer término, en el inciso c) que una empresa integrada es aquella que además de realizar actividades de explotación y beneficio, realiza directamente o a través de terceros algunos o varios de los procesos señalados en el inciso h) del mencionado artículo, siendo precisamente dicho inciso una de las disposiciones objeto de cuestionamiento constitucional por parte de las empresas recurrentes.

4.9 El inciso h) del artículo 2° del Reglamento de la Ley de Regalía Minera, modificado por el Decreto Supremo N° 180-2011-EF, define el concepto de “recursos minerales metálicos y no metálicos en el estado en que se encuentren”, al que hace referencia la Ley de Regalía Minera, en el caso de minerales metálicos, como los productos, obtenidos de procesos de beneficio de que conlleven a la obtención de la solución enriquecida (concentrados), y a los productos de los procesos metalúrgicos posteriores u otros procesos posteriores de purificación, e inclusive los provenientes de procesos posteriores industriales o de manufactura. En el caso de minerales no metálicos se refiere tanto al producto obtenido al final de los procesos de beneficio conforme a las actividades reguladas por la Ley General de Minería, como a los obtenidos por procesos posteriores industriales o de manufactura.

4.10 Mediante el Decreto Supremo N° 209-2011-EF, publicado el 23 de noviembre del 2011, se modificó entre otras disposiciones, el numeral 6.1 del artículo 6° del Reglamento de la Ley de Regalía Minera, incorporando nuevas reglas para la presentación de una declaración informativa. Dicha disposición preceptúa que para efecto de la distribución de la regalía minera, a ser realizada a nivel de unidades de producción, cada sujeto de la actividad minera deberá declarar por los trimestres enero-marzo, abril-junio, julio-setiembre y octubre-diciembre, en los medios, condiciones, forma, lugares y plazos que determine la administración tributaria, la denominada base de referencia. Para el caso de las empresas integradas que transformen sus propios productos, el inciso c) ordena que la base de referencia será equivalente al valor bruto de venta del producto final, entendido como el total de ingresos generados por la venta de un producto comercial obtenido al final de cualquiera de los procesos de preparación mecánica metalurgia, refinación, industriales y manufactura de una empresa integrada.

4.11 En esa dirección del análisis de las disposiciones legales y reglamentarias citadas, este Colegiado observa que si bien la Ley de Regalía Minera incorpora un concepto novedoso, como lo es el de “recursos minerales metálicos y no metálicos en el estado en que se encuentren”, dicho concepto debe ser consecuente con el cuerpo normativo al que pertenece y, por sobre todo, ser consistente con la naturaleza de regalía minera cuya legitimidad constitucional fue determinada en sede constitucional por la STC N° 0048-2004-PI/TC. De lo expuesto, este Colegiado observa que el inciso h) del artículo 2° del Reglamento de la Ley de Regalía Minera, modificado por el Decreto Supremo N° 180-2011-EF, norma que desarrolla el contenido normativo del concepto aludido, no cumple con los criterios expuestos en la STC N° 0048-2004-PI/TC, y ratificados en la presente, pues considera, como aspecto objetivo para el cálculo de la regalía minera, a los productos obtenidos por procesos posteriores industriales o de manufactura.

4.12 En efecto, la modificación reglamentaria se aparta de la naturaleza contraprestativa estipulada en el artículo 2° de la Ley de Regalía Minera y ratificada por la jurisprudencia constitucional al establecer un método de valoración basado en las ventas de productos sometidos a procesos industriales o de manufactura. Dicha fórmula normativa, en estricto implica el establecimiento de un nuevo gravamen que recae sobre el desarrollo de actividades post-extractivas, disfrazado bajo la figura de un ingreso contraprestativo originario lo cual, al haber sido implementado mediante la expedición de una disposición reglamentaria atenta contra el principio de reserva de la ley.

4.13 Sin perjuicio de lo expuesto este Colegiado tampoco considera que la adopción de un gravamen establecido en función al valor de venta de productos comerciales sea acorde con el bloque de constitucionalidad antes desarrollado, ello en la medida que la razonabilidad de un concepto contraprestativo como lo es la regalía minera se verificará, a tenor de lo dispuesto en el antecedente jurisprudencial expuesto en la STC N° 0048-2004-PI/TC, en aquellos casos en los que la base para el cálculo se determine bajo parámetros que, siendo fiables, recaigan sobre el valor del recurso natural debido al particular para su aprovechamiento como los son el concepto de concentrado, para minerales metálicos, o componente minero, para minerales no metálicos, y no cuando dicha base de cálculo tome en consideración otros conceptos que evidentemente escapan al concepto de recurso natural, como lo son los productos industriales. Aceptar ello, implicaría una grave afectación al patrimonio de los particulares, afectación que resulta más gravosa en el caso de las empresas integradas, y por ende se constituye en manifiesta vulneración al derecho a la propiedad de los recurrentes.

5) Sobre la proporcionalidad de la opción normativa adoptada por el reglamento de la Ley de Regalía Minera

5.1 Sin perjuicio de los fundamentos antes expuestos en virtud de los cuales se verifica la existencia de afectaciones a los derechos constitucionales de las empresas recurrentes, éste Colegiado ha determinado que las intervenciones en los derechos fundamentales deben satisfacer las exigencias del principio de proporcionalidad: este principio está compuesto por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Como se ha señalado en reiterada jurisprudencia es un test escalonado por niveles, de modo que si la medida no satisface uno de los niveles, no será necesario continuar con el examen, ya que determinará la inconstitucionalidad de la medida (STC N° 016-2009-PI/TC)

5.2 En el presente caso aplicando los mencionados subprincipios se verifica lo siguiente:

a) Subcriterio de Idoneidad: Según el cual toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En el caso de autos, como se determinó en la STC N° 048-2004-PI/TC, una de las finalidades esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho es promover el desarrollo integral del país, la defensa del bien común y del interés público, así como la promoción de la explotación y el uso racional y sostenible de los recursos naturales. Siendo ello así la cuestión a dilucidar es si el pago de la regalía minera sobre la

base del valor de venta de los productos obtenidos a partir de procesos industriales, es un medio idóneo para alcanzar ese fin constitucionalmente legítimo. En el presente caso se aprecia que el medio descrito si sería idóneo en la medida que procura la obtención de una retribución, por el uso de los recursos otorgados a los particulares, la cual fomentaría la promoción de la explotación y el uso racional y sostenible de los recursos minerales.

b) Subcriterio de Necesidad: Según el cual para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea mas benigno con el derecho afectado. Sobre el particular, las modificaciones reglamentarias, al gravar a las empresas integradas en función del valor de productos industrializados están estableciendo un pago de la regalía que es oneroso y que desnaturaliza el concepto de contraprestación económica directa e inmediatamente que los titulares de las concesiones deben pagar al Estado por la explotación de recursos minerales, más aún cuando el objetivo propuesto se logra aplicando el gravamen en función a la valorización del concentrado, para los minerales metálicos, o componente minero, para los minerales no metálicos. Siendo ello así, no cumple con el presente subcriterio de necesidad.

c) Subcriterio de Proporcionalidad en Sentido Estricto: Por el presente subcriterio, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, debe verificarse si la realización del fin perseguido es proporcional a la exigencia del pago de la regalía minera. En el presente caso, resulta claro que el pago de la regalía minera al no respetar cánones de razonabilidad u objetividad no guarda relación con una medida preventiva del agotamiento de los recursos naturales.

5.2 Que por consiguiente y habiéndose acreditado en el presente caso la violación a los derechos constitucionales invocados, la presente demanda deberá estimarse en forma favorable, otorgando al efecto la tutela constitucional correspondiente por lo que la demanda debe ser estimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADAS** las excepciones de incompetencia y falta de agotamiento de la vía previa.

2. Declarar FUNDADA la demanda de amparo al haberse acreditado la vulneración al derecho constitucional de propiedad así como a los principios de reserva de ley y proporcionalidad y, en consecuencia, dispóngase la inaplicación de la disposición contenida en el inciso h) del artículo 2º del Decreto Supremo N° 157-2004-EF, Reglamento de la Ley de Regalía Minera N° 28258, según la modificación introducida por el Decreto Supremo N° 180-2011-EF, a las empresas demandantes, las que continuaran utilizando como base de cálculo para el pago de regalía minera el valor del concentrado o componente minero, y no el valor del producto obtenido luego de procesos industriales o de manufactura.

Publíquese y notifíquese.

Nota: Tribunal Constitucional del Perú. (2013).

