

ROSA MARIA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR  
Fedataria  
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 059-2016-OS/TASTEM-S2

Lima, 04 de abril de 2016.

VISTO:

El Expediente N° 020-10-EO-A que contiene el recurso de apelación interpuesto por la empresa NYRSTAR ANCASH S.A. (antes MINERA HUALLANCA S.A.), contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Minera N° 163-2016 de fecha 19 de enero de 2016, mediante la cual se le impuso una multa por incumplir un mandato impuesto mediante Resolución de Gerencia de Fiscalización Minera N° 008-2010-OS/GFM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 163-2016 de fecha 19 de enero de 2016, la Gerencia de Fiscalización Minera sancionó a la empresa NYRSTAR ANCASH S.A., en adelante NYRSTAR con una multa de 195.7 (Ciento noventa y cinco con siete décimas) UIT por incumplir el mandato impuesto, conforme al siguiente detalle:

| INFRACCIÓN                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | TIPIFICACIÓN<br>RESOLUCIÓN<br>N° 185-2008-OS/CD <sup>1</sup> | SANCIÓN<br>RESOLUCIÓN<br>N° 185-2008-OS/CD |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------|--------------------------------------------|
| Incumplimiento del mandato referido a la presentación del estudio de estabilidad física a las condiciones actuales y proyectadas a la cota final autorizada de (4,224 msnm) del Depósito de Relaves "Tucush" de la concesión de beneficio "Contonga" dentro del plazo de 70 días calendario impuesto mediante Resolución N° 008-2010-OS/GFM. | Numeral 9 <sup>2</sup>                                       | 195.7 UIT <sup>3</sup>                     |

<sup>1</sup> La Resolución N° 185-2008-OS/CD que aprueba la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de Osinermin aplicable para la supervisión y fiscalización de la actividad minera, fue modificada por la Resolución N° 448-2008-OS/CD publicada el 06 de junio de 2008.

<sup>2</sup> Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de Osinermin aplicable para la supervisión y fiscalización de la actividad minera, aprobada por Resolución N° 185-2008-OS/CD, modificada por Resolución 448-2008-OS/CD:

| Rubro | Tipificación de la Infracción Art. 1° de la Ley 27699 – Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería                          | Base Legal                                                                                                                                                                                                                                                 | Supervisión y Fiscalización Minera |
|-------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------|
| 9     | Incumplir con medidas complementarias, correctivas, preventivas o de seguridad dispuestas, así como los mandatos de carácter particular u otras obligaciones que fueran dispuestas por OSINERGMIN. | Art. 2° Ley N° 27699<br>Art 10° y 13 ° de la Ley N° 28964.<br>Numeral 232.1 Ley N° 27444.<br>Art. 18° y 41° del Reglamento aprobado por RCD N° 640-2007-OS/CD.<br>Art. 21°, 31° y 79° del Reglamento General de OSINERGMIN aprobado por DS N° 054-2001PCM. | Hasta 1000 UIT                     |

<sup>3</sup> Cabe precisar que para la determinación y graduación de la sanción por la infracción al numeral 9 de la Resolución N° 185-2008-OS/CD, modificada por Resolución N° 448-2008-OS/D se aplicaron los criterios específicos aprobados por la Resolución de Gerencia General N° 893-2008-OS-GG, aplicables al presente caso de acuerdo a su Artículo Primero.

\*Resolución de Gerencia General N° 893-2008-OS-GG

Artículo Primero: Aprobar los criterios específicos que se tomarán en cuenta, para la aplicación de la escala de multas y sanciones por infracciones generales, correspondientes a la actividad minera, que han sido aprobados mediante Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD publicada el 7 de marzo de 2008 y que en anexo adjunto forma parte integrante de la presente resolución.

CRITERIOS ESPECÍFICOS QUE SE DEBERÁN TOMAR EN CUENTA PARA LA APLICACIÓN DE LA ESCALA DE MULTAS APROBADAS POR LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 185-2008-OS/CD

| Numeral de la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones | Infracción                                                                  | Sanción por ocurrencia |         |          |                    |
|---------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------|------------------------|---------|----------|--------------------|
|                                                                           |                                                                             | 1° vez                 | 2° vez  | 3° vez   | 4° vez en adelante |
| Numeral 9°                                                                | Incumplir con medidas complementarias, correctivas o preventivas dispuestas | 200 UIT                | 500 UIT | 1000 UIT | 1000 UIT           |

ROSA MARIA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR  
Fedataria  
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA

RESOLUCIÓN N° 059-2016-OS/TASTEM-S2

2. Como antecedentes, cabe señalar lo siguiente:

- a) Por Oficio N° 88-2011-OS-GFM notificado a NYRSTAR el 15 de febrero de 2011, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador por incumplimiento de mandato dentro del plazo dispuesto para ello, referido a la presentación del estudio de estabilidad.
- b) A través de los escritos de registros N° 201100023897 y N° 201100024802, presentados el 24 y 25 de febrero de 2011, respectivamente, NYRSTAR presentó sus descargos.
- c) Por Resolución de Gerencia General N° 1606-2014 del 23 de setiembre de 2014 se sancionó a NYRSTAR con una multa de ciento ochenta (180) UIT, lo cual fue apelado, declarándose nula la referida resolución en el extremo referido al cálculo de la multa por su indebida motivación a través de la Resolución N° 052-2014-OS/TASTEM-S2 del 21 de noviembre de 2014 retrotrayéndose el presente procedimiento administrativo sancionador a la realización de un nuevo cálculo de la misma.
- d) En atención a lo anterior, la Gerencia de Fiscalización Minera, a través de la Resolución N° 163-2016 de 19 de enero de 2016, determinó que la multa a imponer a NYRSTAR correspondía a ciento noventa y cinco con siete décimas (195.7) UIT.

**ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN DE NYRSTAR**

3. Mediante escrito con registro N° 201300144413, presentado el 11 de febrero de 2016, NYRSTAR interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Fiscalización Minera N° 163-2016 de fecha 19 de enero de 2016, en atención a los siguientes fundamentos:

**Sobre la supuesta vulneración al Principio de Razonabilidad y el cálculo de la multa**

- a) La recurrente señala que de acuerdo al Principio de Razonabilidad establecido en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante Ley N° 27444, las sanciones aplicadas por la autoridad deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción<sup>4</sup>.

Asimismo, indica que en el artículo 13° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD, se establece la aplicación de los criterios aprobados por la Ley N° 27444, a efectos de graduar la sanción de multa aplicable a un incumplimiento calificado

<sup>4</sup> Ley N° 27444

"Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor."

ROSA MARIA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR  
Fedataria

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA

RESOLUCIÓN N° 059-2016-OS/TASTEM-S2

como infracción y, además, dispone que Osinergmin podrá desarrollar criterios complementarios para la graduación de la multa, como por ejemplo la colaboración y diligencia del administrado durante una supervisión, o la subsanación voluntaria del acto u omisión constitutivo de infracción realizadas hasta antes de la presentación de descargos.<sup>5</sup>

Además, sostiene que Osinergmin no aplicó los criterios establecidos en la Ley N° 27444 y en el reglamento antes citado, a fin de establecer una sanción proporcional al incumplimiento constatado.

De acuerdo a ello, la recurrente efectúa un análisis de los criterios establecidos en la Ley N° 27444 y en la Resolución N 272-2012-OS/CD:

- a.1) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido: Consiste en acreditar y garantizar la estabilidad física del depósito de relaves de Tucush en el largo plazo, es decir, durante todo el ciclo de operación. Se entiende que esa era la finalidad de Osinergmin al requerir el estudio de estabilidad mediante el mandato dispuesto en la Resolución N° 008-2010-OS/GFM.

Respecto a la página 3 de la resolución, se indica que la infracción detectada se trata de una infracción ex ante ya que fue detectada sin haber producido una afectación concreta a los bienes jurídicos. Con relación a este tipo de infracciones, la Resolución de Gerencia General N° 194-2015-OS/GG, establece:

"Se consideran infracciones ex ante a aquellas en las que el incumplimiento de la obligación no ha producido una afectación concreta a los bienes jurídicos por accidentes o emergencias."

Quando se trate de infracciones ex ante (...) a fin de interiorizar el daño potencial a los bienes jurídicos protegidos que se generan con la comisión u omisión de las conductas previstas como infracción se aplicara en el cálculo de la multa, un factor de 1% del valor de la vida estadística actualizado, valor que mide la disposición a pagar que tienen los agentes económicos para evitar riesgos a su seguridad e integridad". El subrayado es de NYRSTAR.

<sup>5</sup> Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD:

Artículo 13°.- Montos Máximos y Gradualidad de la Sanción.

13.1. Las multas podrán ser expresadas en Unidades Impositivas Tributarias (UIT) o en moneda nacional. El monto de la multa podrá ser redondeado y expresado hasta en centésimas. Los montos máximos para la aplicación de sanciones pecuniarias serán aquellos señalados en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones.

13.2. En los casos que corresponda graduar la sanción por haberse establecido un rango en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones, se considerará los siguientes criterios:

13.2.1. La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido.

13.2.2. El perjuicio económico causado.

13.2.3. La reincidencia y/o continuidad en la comisión de la infracción, de acuerdo a los artículos 6° y 7° del presente Reglamento.

13.2.4. Las circunstancias de la comisión de la infracción.

13.2.5. El beneficio ilegalmente obtenido.

13.2.6. La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

13.3. El Órgano Sancionador podrá desarrollar los criterios antes mencionados. Asimismo, podrá establecer criterios complementarios para la graduación sustentados al caso específico, pudiendo considerarse entre ellos:

13.3.1. El engaño y/o encubrimiento de hechos o situaciones.

13.3.2. Colaboración, diligencia o entorpecimiento y/o negativa en el proceso de supervisión o fiscalización.

13.3.3. La subsanación voluntaria del acto u omisión constitutivo de la infracción administrativa, la reparación del daño o realización de medidas correctivas y urgentes, o la subsanación de irregularidades en que se hubiere incurrido, realizadas hasta antes de vencido el plazo para presentar descargos.

13.3.4. La capacidad económica del administrado para afrontar los gastos evitados al momento de la comisión de la infracción, o al momento de inicio de la comisión de la infracción en el caso de infracciones continuadas. En su defecto, será considerada la capacidad económica del administrado en el período en que se presume la comisión o el inicio de la comisión de la infracción o cuando ésta es conocida por la Administración, según sea el caso.

13.4. La Gerencia General podrá aprobar criterios específicos a ser tomados en cuenta por el órgano sancionador para la aplicación de la Escala de Multas y Sanciones, los cuales serán publicados en el diario oficial El Peruano.

ROSA MARIA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR  
Fedataria  
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA

RESOLUCIÓN N° 059-2016-OS/TASTEM-S2

Sin embargo, del tenor de la resolución apelada, se advierte que en ésta no se hace un análisis del bien jurídico protegido para este caso en particular ni tampoco de manera general, que permita sustentar cómo el incumplimiento tardío de un mandato es valorizado con una multa base de 197 UIT. Además, no se han encontrado los criterios ni la actualización del término Valor de la Vida Estadística (VVE), sólo se ha actualizado el IPC.

Ahora bien, se cuestiona si el haber entregado el estudio solicitado fuera del plazo, ha ocasionado algún perjuicio económico. La respuesta debiese ser que al no haber puesto en riesgo el bien jurídico protegido y habiéndose garantizado la estabilidad física del depósito de relaves Tucush en el largo plazo, manteniéndose dichas condiciones durante todo el ciclo de operación, no existe perjuicio económico alguno.

Esta pregunta no es respondida ni analizada en la resolución cuestionada, sólo se hace referencia vaga e imprecisa a un bien jurídico protegido no definido. En virtud de ello, la apelante argumenta que la sanción impuesta es arbitraria pues no se han motivado debidamente los criterios de graduación de sanciones, vulnerando el Principio del Debido Procedimiento dispuesto en la citada Ley, correspondiendo declarar la nulidad de este extremo, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar, el numeral 4 del artículo 3° y los artículos 6° y 10° de la Ley N° 27444.<sup>6</sup>

- a.2) El perjuicio económico causado: Este criterio tiene por finalidad determinar de manera clara y precisa una sanción que contenga un resarcimiento del perjuicio económico causado por el incumplimiento.
- a.3) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción: En la resolución impugnada se indica que es la primera vez que su empresa incumple un mandato de Osinergmin, por lo que no corresponde aplicar el criterio de reincidencia.

<sup>6</sup> Ley N° 27444

*Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo*

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

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

(...)

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

(...)

Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.

6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

6.4 No precisan motivación los siguientes actos:

6.4.1 Las decisiones de mero trámite que impulsan el procedimiento.

6.4.2 Cuando la autoridad estima procedente lo pedido por el administrado y el acto administrativo no perjudica derechos de terceros.

6.4.3 Cuando la autoridad produce gran cantidad de actos administrativos sustancialmente iguales, bastando la motivación única.

(...)

Artículo 10.- Causales de nulidad

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

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

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.

4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma."

RESOLUCIÓN N° 059-2016-OS/TASTEM-S2

ROSA MARIA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR  
Fedataria

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA

a.4) Las circunstancias de la comisión de la infracción: Señala que si no se ha afectado el bien jurídico protegido y no se ha causado perjuicio económico, menos se habría obtenido beneficio ilegal alguno por el incumplimiento en la fecha de presentación del mandato impuesto, y si además, presentó el estudio antes del inicio del presente procedimiento administrativo sancionador ¿cómo concluye Osinergmin que corresponde aplicar un factor atenuante de 5% sobre la multa base de 197 UIT (monto base que no ha sido explicado)?.

a.5) El beneficio ilegalmente obtenido: Este criterio tiene por finalidad que la sanción aplicable sea mayor al beneficio ilegalmente obtenido por el infractor ante el incumplimiento; es decir, debe demostrarse con un análisis, los costos ahorrados por el titular al cumplir tardíamente.

Señala que si su empresa ha presentado el estudio de estabilidad de acuerdo a los requerimientos y contenidos del mandato dispuesto mediante la Resolución N° 008-2010-OS/GFM, y, en consecuencia, ha garantizado la estabilidad física del depósito de relaves Tucush en el largo plazo, no tendría ahorro en costos y menos podría haberse beneficiado de los mismos.

Asimismo, precisa que a criterio de Osinergmin, la estabilidad del depósito de relaves a lo largo de la operación fue demostrada, razón por la cual este organismo procedió a levantar la medida cautelar de suspensión de la disposición de relaves al depósito de relaves Tucush. En este caso, sólo se ha efectuado una referencia vaga e imprecisa al criterio mencionado y no se analiza cómo el beneficio ilegalmente obtenido es valorizado en 197 UIT.

a.6) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor: La resolución impugnada establece que este criterio no se aplicará como un factor atenuante o agravante para la determinación de la multa.

4. A través del Memorándum N° GFM-86-2016, recibido con fecha 22 de febrero de 2016, la GFM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

#### **ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS POR NYRSTAR**

##### **Sobre la supuesta vulneración al Principio de Razonabilidad y el cálculo de la multa**

5. En cuanto a lo sostenido en el literal a) del numeral 3 de la presente resolución, cabe señalar que de conformidad con la Resolución N°1606-2014, la cual fue declarada nula por el TASTEM en el extremo referido al cálculo de la multa, se verifica que específicamente la declaración de nulidad se debió a una falta de motivación respecto al valor de la multa base que contiene los siguientes elementos: beneficio ilegalmente obtenido, probabilidad de detección, así como el factor A: atenuantes/agravantes.

En efecto, al calcularse la sanción inicial, la misma que como se ha expuesto fue declarada nula, se consideró una multa base de 200 UIT y se aplicó un atenuante de 10%, quedando determinada la multa en 180 UIT, sin verificarse motivación alguna sobre el particular, retrotrayéndose el procedimiento al estado de motivar adecuadamente los valores que daban contenido a la referida multa.

En ese sentido, en el presente caso se procederá a analizar si el cálculo de la multa contenido en la resolución apelada, es decir en la Resolución N° 163-2016, ha sido realizado de conformidad con el debido procedimiento y si se ha dado un correcto desarrollo de su contenido.

RESOLUCIÓN N° 059-2016-OS/TASTEM-S2

ROSA MARIA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR  
Fedataria

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA

Al respecto, se observa que para la determinación de la multa impuesta en la resolución apelada, se tomó como base los criterios y metodología señalados en el Informe N° 66-2016 del 11 de enero del 2016, obrante de fojas 423 a 424 del expediente y la Resolución de Gerencia General N° 194-2015-OS/GG; obteniéndose:

$$\frac{(B + r) \times (1 + A)}{p}$$

Donde:

B = Beneficio Ilícito

r = 1% del Valor de la Vida Estadística (VVE)

A = Atenuantes y Agravantes

p = Probabilidad de detección

- a) Con relación al Beneficio Ilegalmente Obtenido, se verifica que sí hubo una correcta motivación del mismo, al hacer referencia al numeral 3.5 del anexo de la Resolución de Gerencia General N° 194-2015-OS/GG, en el que se expone que dicho concepto corresponde a la ventaja económica de los agentes supervisados cuando realizan sus actividades incumpliendo la normativa sobre la función supervisora y fiscalizadora de Osinergmin e incluye los conceptos de costo evitado y beneficio ilícito; siendo el costo evitado, el de las inversiones que realiza la empresa incumpliendo la norma y el beneficio ilícito la utilidad generada como consecuencia del incumplimiento<sup>7</sup>.
- b) Acerca de la probabilidad de detección, el literal c) del numeral 3.1 del anexo de la Resolución de Gerencia General N° 194-2015-OS/GG insta una probabilidad de detección del 100%, dado que deriva de las acciones de supervisión de OSINERGMIN<sup>8</sup>.
- c) Respecto al Valor de la Vida Estadística (VVE), el mismo tiene sustento en el Informe Técnico N° 044-2013-OS/OEE elaborado por la Oficina de Estudios Económicos de OSINERGMIN, que se encuentra publicado en el portal institucional, el cual fue determinado en S/. 3'267,691 para el año 2012 cuyo valor del 1% actualizado a agosto de 2015 equivale a 9 UIT.

<sup>7</sup> RGG N° 194-2015-OS/GG

3. APLICACIÓN DE CRITERIOS DE GRADUACIÓN

3.5 El beneficio ilegalmente obtenido

El beneficio ilegalmente obtenido es la ventaja económica de los agentes supervisados cuando realizan sus actividades incumpliendo la normativa sobre la función supervisora y fiscalizadora de Osinergmin e incluye los conceptos de costo evitado y beneficio ilícito.

En el caso de las infracciones objeto de la presente norma puede presentarse un costo evitado por la omisión de las inversiones efectuadas por el administrado cuando realiza sus actividades, incumpliendo la normativa sobre la función supervisora y fiscalizadora, la misma que permite a Osinergmin verificar el cumplimiento de las obligaciones legales y técnicas relacionadas con la seguridad de las actividades mineras. El beneficio ilícito obtenido es la utilidad generada como consecuencia de dicho incumplimiento.

A continuación, se detalla el cálculo de los costos evitados y ganancia ilícita correspondiente a las infracciones previstas en la Tipificación aprobada con Resolución de Consejo Directivo N° 035-2014-OS-CD:

| Rubro | Tipificación de la Infracción                                                                                                | Costo Evitado y Ganancia Ilícita |
|-------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------|
| 9     | Incumplir medidas correctivas, de seguridad o mandatos de carácter particular u otras obligaciones dispuestas por Osinergmin | 197 UIT                          |

<sup>8</sup> RGG N° 194-2015-OS/GG

3. APLICACIÓN DE CRITERIOS DE GRADUACIÓN

3.1 La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido

c) Probabilidad de detección

Para las infracciones materia del presente documento se considerará una probabilidad de detección de 100%, pues dada su naturaleza, derivan necesariamente en acciones de supervisión de Osinergmin

ROSA MARIA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR  
Fedataria

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA

- d) Sobre la aplicación del factor atenuante, se indicó que sí corresponde la aplicación del mismo debido a que el numeral 3.4 del anexo de la Resolución de Gerencia General N° 194-2015-OS/GG, establece que constituye un atenuante de responsabilidad la subsanación voluntaria de la infracción. En este caso, se consideró que la misma era de 5%<sup>9</sup>.

Por lo tanto, siguiendo este orden de ideas, se tienen las siguientes conclusiones:

- La multa establecida en la Resolución N° 1606-2014, cuya nulidad fue declarada por el TASTEM, consideró los siguientes elementos: beneficio ilícito, probabilidad de detección y atenuante.
- Con la nulidad de dicha multa efectuada por el TASTEM a través de la Resolución N° 052-2014-OS/TASTEM-S2 se pretendía dar un contenido debidamente motivado a los factores involucrados en la multa impuesta inicialmente y no que se modifique la fórmula aplicada, agregando factores y valores no contemplados previamente, más aún si los mismos no resultan beneficiosos para el administrado.
- En ese sentido, dado que la multa anterior consideraba beneficio ilícito, probabilidad de detección y atenuantes, son esos factores los que deberían haberse motivado debidamente en el presente caso al emitirse una nueva resolución.
- Por lo tanto, dado que se ha dado contenido legal al concepto beneficio ilícito motivándose correctamente, debe mantenerse el mismo en 197 UIT; de igual modo, la probabilidad de detección en 100% pues corresponde a las acciones de supervisión realizadas para verificar el cumplimiento del mandato; y finalmente es correcto que proceda el atenuante debido a que en el presente caso se efectivizó la subsanación<sup>10</sup>.
- No obstante, el Valor de Vida Estadística (VVE) no fue un factor considerado como parte de la multa aplicada en la resolución declarada nula, constituyendo el mismo un nuevo factor, razón por la que no corresponde su aplicación, más aún cuando lo que debía realizar la primera instancia era dotar de contenido motivacional a la multa inicialmente dispuesta y no aplicar factores nuevos que perjudiquen al administrado.
- Con relación al atenuante, de igual manera, se aprecia que si bien se ha dado contenido a su aplicación motivándose que su razón de ser, se debe a la subsanación de la infracción por parte de la administrada, nuevamente se verifica un cambio en el monto del porcentaje a considerar de 10% a sólo 5%, lo cual resulta perjudicial al administrado debiendo mantenerse el valor del atenuante en 10%.

Consecuentemente, de conformidad con lo antes señalado, corresponde declarar fundado el recurso de apelación en el extremo referido a la vida estadística y al factor

<sup>9</sup> RGG N° 194-2015-OS/GG

3. APLICACIÓN DE CRITERIOS DE GRADUACIÓN

3.4 Circunstancias de la comisión de la infracción

Conforme a lo previsto en el artículo 236A de la Ley del procedimiento Administrativo General, constituye un atenuante de responsabilidad la subsanación voluntaria de la infracción. Dicha disposición también se encuentra prevista en el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin. En tal sentido, se tomará en cuenta la conducta que adopta el infractor con posterioridad a la detección, de manera tal que si subsana el incumplimiento imputado antes del vencimiento del plazo para la presentación de los descargos, se aplicará un factor atenuante de -5% en el cálculo de la multa. (...)

<sup>10</sup> Ver Pie de Página N° 8 y 9.

  
ROSA MARIA VIRGINIA CARRILLO SALAZAR  
Fedataria  
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA

RESOLUCIÓN N° 059-2016-OS/TASTEM-S2

atenuante del cálculo de la multa y, en razón de ello se procederá a realizar el cálculo de la multa con los valores y factores que corresponden<sup>11</sup>:

$$M = \frac{B}{p} \times (1 - A)$$

$$M = \frac{197}{100\%} \times (1 - 10\%)$$

$$M = 197 \times (0.90)$$

$$M = 177.3 \text{ UIT}$$

En ese sentido, habiendo contado el Tribunal con los elementos necesarios para proceder en el presente caso, y en atención al cálculo de la multa antes dispuesto, corresponde determinar que la misma queda establecida en 177.3 UIT.

De conformidad con el numeral 1 del artículo 19° del Reglamento de los Órganos Resolutivos del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 067-2008-OS/CD y sus modificatorias; y toda vez que no obra en el expediente administrativo mandato judicial alguno al que este Tribunal deba dar cumplimiento.

#### SE RESUELVE:

  
**Artículo 1°.-** Declarar **FUNDADO EN PARTE** el recurso de apelación interpuesto por la empresa NYRSTAR ANCASH S.A. contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Minera N° 163-2016 de fecha 19 de enero de 2016 en los extremos referidos a la vida estadística y al factor atenuante considerados en el cálculo de la multa.

**Artículo 2°.-** REDUCIR la multa de 195.7 (ciento noventa y cinco con siete décimas) UIT a 177.3 (ciento setenta y siete con tres décimas) UIT.

**Artículo 3°.-** Declarar agotada la vía administrativa.

**Con la intervención de los señores vocales: Alfredo Juan Carlos Dammert Lira, Mario Antonio Nicolini del Castillo y Héctor Adrian Chávarry Rojas.**

  
ALFREDO JUAN CARLOS DAMMERT LIRA  
PRESIDENTE

<sup>11</sup> Donde:  
M = Multa ( en UIT)  
B = Beneficio Ilícito  
P = Probabilidad de detección  
A = Atenuante