

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 292-2016-OS/TASTEM-S2

Lima, 20 de diciembre de 2016

VISTO:

El Expediente N° 201500036887 que contiene el recurso de apelación interpuesto por NYRSTAR ANCASH S.A., representada por el señor Edgardo Guillermo Portaro Van Oordt, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1097-2016 de fecha 15 de abril de 2016, mediante la cual se le sancionó con multa por incumplir el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 1097-2016, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a NYRSTAR ANCASH S.A., en adelante NYRSTAR, con una multa de 100 (cien) UIT por incumplir el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, en adelante el RPM, conforme al siguiente detalle:

N°	INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Infracción al artículo 38° del RPM ¹ Por operar el Depósito de Relaves Tucush por encima de la cota autorizada de 4224 msnm sin contar con autorización de funcionamiento de la Dirección General de Minería.	Numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD ²	100.00
TOTAL			100.00 UIT

Como antecedentes, deben citarse los siguientes:

- Con fecha del 26 al 28 de febrero de 2014, se llevó a cabo la supervisión a la Unidad Minera Contonga de titularidad de NYRSTAR, con el objeto de verificar el cumplimiento de las disposiciones del RSSO.
- Por escrito de registro N° 201400074604 de fecha 09 de junio de 2014, NYRSTAR remitió las autorizaciones de funcionamiento del Depósito de Relaves Tucush.

¹ Decreto Supremo N° 018-92-EM.

Artículo 38.- Concluidas la construcción e instalación de la planta, el interesado dará aviso a la Dirección General de Minería para que proceda a ordenar una inspección a fin de comprobar que las mismas se han efectuado de conformidad con el proyecto original, en lo que se refiere a seguridad e higiene minera e impacto ambiental. Asimismo, acompañará la autorización de vertimientos de residuos industriales correspondiente.

La diligencia de inspección deberá realizarse dentro de los sesenta (60) días naturales siguientes a la fecha en que fue solicitada.

Si la inspección fuere favorable, la Dirección General de Minería otorgará el título de la concesión. Dicha resolución autorizará el funcionamiento de la planta, así como el uso de las aguas solicitadas y el sistema de vertimientos de los líquidos industriales y domésticos.

La resolución deberá transcribirse al Registro Público de Minería para su inscripción en la partida correspondiente a la concesión.

La concesión de beneficio otorga a su titular un derecho real.

² Resolución N° 286-2010-OS/CD.

Anexo

Rubro B. Incumplimiento de normas técnicas de seguridad minera

1. Incumplimiento de normas de diseño, instalación, construcción, montaje, operación, proceso, control de terreno

1.3 En concesiones de beneficio (Plantas concentradoras, instalaciones pirometalúrgicas y plantas hidrometalúrgicas, lixiviación y refinerías)

1.3.2 Autorización de funcionamiento

Base legal: Art. 38° del RPM, Art. 18° del TUO LGM, Arts. 42° y 50° del Rgto. TUO LGM y Art. 26° literal s) y 299° del RSSO. Resolución Directoral N° 1073-2008-MEM-DGM

Multa: Hasta 10,000 UIT.

- c) Con Oficio N° 904-2015 notificado con fecha 06 de mayo de 2015, obrante a foja 45 del expediente, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.
- d) Por escrito de registro N° 201500036887 de fecha 26 de mayo de 2015, NYRSTAR presentó sus descargos al presente procedimiento administrativo sancionador.
2. Mediante escrito de registro N° 201500036887 de fecha 11 de mayo de 2016, NYRSTAR interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1097-2016, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

En cuanto a la infracción al artículo 38° del RPM

- a) En el punto 4 del Cuadro de Hechos Constatados del Acta de Supervisión se indica que en determinados puntos del depósito de relaves, éstos exceden la cota de 4,224 msnm, por lo que las mediciones de la cota máxima deben realizarse con los relaves adecuadamente distribuidos y no en aquellos lugares con aparente exceso.
- b) Durante el requerimiento de información realizado durante la supervisión, NYRSTAR entregó el cálculo detallado de la vida útil de los depósitos de relaves y desmonte considerando la capacidad de la cota 4,224 msnm, siendo dicha vida útil de 1.50 meses. Dicho documento no fue considerado por OSINERGMIN al iniciar el presente procedimiento administrativo sancionador ni al emitir la resolución apelada, tampoco se mencionan cuáles son los criterios o razones para considerar que los puntos en los cuales se realizaron las mediciones son representativos o críticos.
- c) De esta manera, puede concluirse que NYRSTAR no ha operado por encima de la cota autorizada, ya que el depósito de relaves Tucush tenía suficiente vida útil. En ese sentido, no existe evidencia alguna de que se haya infringido el artículo 38° del RPM, por lo que se está vulnerando el Principio de Verdad Material contemplado en la Ley N° 27444, correspondiendo declarar la nulidad de la Resolución.
- d) Asimismo, NYRSTAR, a través de la Resolución N° 171-2013-MEM-DGM/V de fecha 18 de abril de 2013, obtuvo la autorización de construcción de la etapa de recrecimiento de la presa del Depósito de Relaves Tucush hasta la cota 4,232 msnm, la misma que fue culminada con antelación a la supervisión, y mediante comunicación del 4 de febrero de 2014 se solicitó la inspección de verificación, la cual fue reiterada el 31 de marzo de 2014. Adicionalmente, mediante Resolución N° 0199-2014-MEM-DGM/V de fecha 4 de junio de 2014, la Dirección General de Minería, en adelante DGM, autorizó el funcionamiento del depósito de relaves a la cota mencionada. En ese sentido, la recurrente indica que a la fecha de la supervisión contaba con autorización para la construcción del recrecimiento del depósito de relaves y habiendo culminado la misma, había solicitado la inspección de verificación a la autoridad competente.

Sobre la vulneración del Principio de Tipicidad y Motivación

- e) Se ha vulnerado el Principio de Tipicidad, previsto en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General³, ya que la normativa que tipifica la infracción no define de manera clara y precisa la conducta imputada.

³ Ley N° 27444.

En efecto, tanto la Resolución N° 272-2012-OS/CD, como la Resolución N° 252-2013-OS/CD, modificada por Resolución N° 141-2015-OS/CD, no cumplen con identificar correctamente cuál es el ilícito sancionable, sin recurrir a la analogía o a fórmulas de interpretación para sancionar supuestos de hecho no contemplados en la norma.

- f) Como se advierte, en el citado artículo 38° del RPM no se establece una prohibición o mandato que deba cumplir el administrado, más bien señala el procedimiento para obtener la concesión de beneficio luego de la construcción e instalación de la planta, por lo que no existe disposición alguna que establezca el funcionamiento de los depósitos de relaves.
- g) Cabe mencionar, que la vulneración del Principio de Tipicidad involucra la afectación a la debida motivación de los actos administrativos. De acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional⁴, la motivación no sólo expresa bajo que norma legal se ampara la expedición del acto, sino la necesidad de exponer razones de hecho y el sustento jurídico que justifiquen la decisión adoptada. Por lo que, en el presente caso, OSINERGMIN no justifica ni motiva qué hechos justifican el incumplimiento de la norma.
- h) De lo antes mencionado, puede concluirse que la referencia al numeral 1.3 del Cuadro de Tipificación hace referencia sólo a las concesiones de beneficio, plantas concentradoras, refinerías y otros componentes, mas no a depósitos de relaves; por lo que la multa establecida en el numeral 1.3.2. no cumple con las exigencias reconocidas por el Principio de Legalidad.

Sobre la vulneración del Principio de Razonabilidad

- i) No se han analizado adecuadamente los criterios de graduación de la sanción que forman parte del Principio de Razonabilidad tipificado en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

En tal sentido, la apelante sostiene que el Osinergmin debe considerar los siguientes aspectos:

- a. *Gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido*: este criterio evalúa la afectación al bien jurídico protegido para determinar cuan riesgoso ha sido el comportamiento del infractor, siendo que en el presente caso la resolución apelada no explica de ninguna forma cómo la supuesta infracción ha afectado las condiciones de seguridad, vulnerado la salud y la vida de las personas.
- b. *Perjuicio económico causado*: no se ha verificado perjuicio económico alguno con relación al interés público o bien jurídico protegido.

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 8495-2006-PA/TC:

"un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando sólo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión. De modo que, motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente bajo qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta —pero suficiente— las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada"

- c. *Repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción*: en la Resolución se indica que NYRSTAR no es reincidente en esta infracción, por lo que no corresponde aplicar el criterio de reincidencia.
- d. *Circunstancias de la comisión de la infracción*: NYRSTAR cumplió con el procedimiento para obtener la autorización de funcionamiento del depósito de relaves con el recrecimiento y había solicitado al MEM la supervisión respectiva, además se respetó la cota autorizada de 4224 msnm, por lo que cuestiona la determinación de la multa tope y la sanción aplicada de 100 UIT.
- e. *Beneficio ilegalmente obtenido*: NYRSTAR no ha obtenido ningún beneficio ni costos no incurridos, más aun, la recurrente no ha generado utilidades en los años 2013 y 2014.
- f. *Existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor*: La resolución establece que este criterio no se aplicará como un factor atenuante o agravante para la determinación de la multa.

3. A través del Memorándum N° GSM-241-2014, recibido con fecha 13 de mayo de 2016, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

En cuanto a la infracción al artículo 38° del RPM

4. En cuanto a lo argumentado en los literales a) al c) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde indicar lo siguiente:

- i) La recurrente sostiene que en el Acta de Supervisión, no se señaló un detalle sistemático de la toma de mediciones del borde libre, pues la inspección se realizó en puntos con aparente exceso.

Sobre el particular, cabe indicar que, durante la supervisión efectuada, los supervisores detectaron que el depósito Cancha de Relaves Tucush estaba en operación.

- ii) Además, cabe precisar que el Acta de Medición de Campo, obrante a fojas 17 y 18 del expediente, contiene el resultado de la inspección realizada por los funcionarios de OSINERGMIN y fue levantada en presencia de los representantes de la recurrente, los cuales no observaron dicho documento ni presentaron información conducente a contradecir lo verificado in situ por los supervisores. En efecto, la referida Acta fue suscrita al culminar la supervisión por los ingenieros Daniel Roca Fabián (Superintendente General Encargado), Saúl Aquino Cabellos (Superintendente de Seguridad), Wilmer Vásquez Sánchez (Asistente de Proyectos) y Edson Echevarría Aldan (Superintendente de planta concentradora).

- iii) Asimismo, obra a fojas 35 del expediente, el plano topográfico "Planta y Perfil Relavera Actual" elaborado el 21 de mayo de 2014, presentado por la recurrente, donde se verifica la disposición general de relaves y espejo de agua por encima de la cota 4,224 msnm, encontrándose como punto más alto, la cota 4231.96 msnm, como se verifica de la fotografía 4 obrante a fojas 13, lo cual evidencia que había una variación de la cota respecto de la autorizada para funcionar.

- iv) Los puntos medidos que se tomaron en cuenta al momento de la supervisión se consideraron de acuerdo a las condiciones existentes en ese momento como son la playa adyacente al dique, puntos de disposición de relave y espejo de agua, en los cuales se excedió la cota autorizada.

En adición a lo expuesto, corresponde hacer referencia al artículo 165° de la Ley Nº 27444, en el que se establece que son hechos no sujetos a actuación probatoria aquellos que se hayan comprobado con ocasión del ejercicio de las funciones de la autoridad administrativa⁵.

- v) Respecto a que las mediciones debieron realizarse sobre relaves adecuadamente distribuidos, debe indicarse que la autorización es hasta la cota, 4, 224 msnm por lo que el exceso encontrado, en diversos puntos no exonera a la recurrente de la infracción por mantener alguno de ellos dentro de los límites.
- vi) Acerca del cálculo de vida útil de 1.5 meses efectuado por la recurrente, ubicado a fojas 74 del expediente, se observa que los cálculos se desarrollaron teniendo en cuenta la disposición de relaves y el espejo de agua por encima de la cota 4,224 msnm habiendo un exceso en volumen; por lo que la vida útil de la presa a la cota 4, 224 msnm, no hace más que demostrar que esa era la cota autorizada y no una mayor.

Por lo expuesto, se desestima este extremo de la apelación.

5. En cuanto a lo sostenido en el literal d) del numeral 2 de la presente resolución, cabe mencionar que la autorización de construcción no autoriza el funcionamiento del depósito de relaves. Es decir que debía de obtener la autorización de funcionamiento emitida por la DGM con anterioridad al inicio de operaciones del recrecimiento del Depósito de Relaves Tucush.

Adicionalmente, debe indicarse que la autorización de funcionamiento de fecha 4 de junio de 2014, es posterior a la supervisión realizada en febrero de ese año.

Por lo expuesto, este extremo de la apelación deviene infundado.

Sobre la vulneración del Principio de Tipicidad y Motivación

6. Con relación al argumento contenido en los literales e) al h) del numeral 2 de la presente resolución, se debe señalar que el literal d) del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política de 1993 establece que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley⁶.

⁵ Ley Nº 27444:

"Artículo 165°.- Hechos no sujetos a actuación probatoria

No será actuada prueba respecto a hechos públicos o notorios, respecto a hechos alegados por las partes cuya prueba consta en los archivos de la entidad, sobre los que se haya comprobado con ocasión del ejercicio de sus funciones, o sujetos a la presunción de veracidad, sin perjuicio de su fiscalización posterior."

⁶ Constitución Política de 1993.

"Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: (...)

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

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

Por su parte, el Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, dispone que sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analógica⁷

A su vez, el Tribunal Constitucional en el fundamento N° 6 de la sentencia dictada en el Expediente N° 00197-2010-PA/TC, señala que este Principio constituye una manifestación del Principio de Legalidad en cuanto a los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo, bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal⁸.

Bajo este marco legal, se concluye que los requisitos de precisión y claridad en la descripción de la conducta ilícita son exigibles a aquellas normas que tipifican las infracciones imputadas a los administrados dentro del procedimiento sancionador, en la medida que son éstas las que definen aquellas actuaciones u omisiones que se encuentran prohibidas por transgredir la legislación, en este caso aplicable al ámbito de la gestión de la seguridad de las actividades mineras, y cuya configuración acarrea la imposición de una sanción administrativa.

De este modo, si bien NYRSTAR sostiene que se habría vulnerado el Principio de Tipicidad, pues el ilícito administrativo imputado no es preciso y ha sido detallado de manera genérica, corresponde señalar que la norma que tipifica la infracción imputada a la apelante y que le fue comunicada desde el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador a través del Oficio N° 904-2015, obrante a fojas 45 del expediente, es la que se detalla a continuación:

NORMA QUE TIPIIFICA LA INFRACCIÓN (TIPIFICACIÓN)	NORMA QUE ESTABLECE LA OBLIGACIÓN INCUMPLIDA (BASE LEGAL DE LA TIPIFICACIÓN)
Numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD	Artículo 38° del RPM
Resolución N° 286-2010-OS/CD, modificada por Resolución N° 082-2011-OS/CD. Anexo Rubro B: Incumplimiento de Normas Técnicas de Seguridad Minera 1. INCUMPLIMIENTO DE NORMAS DE DISEÑO, INSTALACIÓN, CONSTRUCCIÓN, MONTAJE, OPERACIÓN, PROCESO, CONTROL DE TERRENO 1.3 En concesiones de beneficio (Plantas concentradoras, instalaciones pirometalúrgicas y plantas hidrometalúrgicas, lixiviación y refinerías) 1.3.2 Autorización de funcionamiento Base legal: Art. 38° del RPM, Art. 18° del TUO LGM, Arts. 42° y 50° del Rgto. TUO LGM y Art. 26° literal s) y 299° del RSSO. Resolución Directoral N° 1073-2008-MEM-DGM Sanción: Hasta 10,000 UIT	Artículo 38° Concluidas la construcción e instalación de la planta, el interesado dará aviso a la Dirección General de Minería para que proceda a ordenar una inspección a fin de comprobar que las mismas se han efectuado de conformidad con el proyecto original, en lo que se refiere a seguridad e higiene minera e impacto ambiental. Asimismo, acompañará la autorización de vertimientos de residuos industriales correspondiente. La diligencia de inspección deberá realizarse dentro de los sesenta (60) días naturales siguientes a la fecha en que fue solicitada. Si la inspección fuere favorable, la Dirección General de Minería otorgará el título de la concesión. Dicha resolución autorizará el funcionamiento de la planta, así como el uso de las aguas solicitadas y el sistema de vertimientos de los líquidos industriales y domésticos. La resolución deberá transcribirse al Registro Público de Minería para su inscripción en la partida correspondiente a la concesión. La concesión de beneficio otorga a su titular un derecho real.

Como puede advertirse de las normas transcritas, la infracción, antes citada se configura por incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 38° del RPM, según el cual se debe

⁷ Ley N° 27444.

"Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

⁸ La sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00197-2010-PA/TC se encuentra disponible en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00197-2010-AA.html>.

contar con la autorización de funcionamiento de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas para operar el depósito de relaves.

Por lo tanto, el supuesto de hecho de la infracción al artículo 38° del RPM imputada a NYRSTAR dentro del presente procedimiento, así como el contenido de la obligación cuyo incumplimiento le sirve de base legal contiene una descripción clara y de fácil comprensión; razón por la cual no se han vulnerado los Principios de Tipicidad y Motivación, correspondiendo desestimar lo alegado en este extremo.

Sobre la vulneración del Principio de Razonabilidad

7. Respecto a lo expuesto en el literal i) del numeral 2, cabe indicar que el Principio de Razonabilidad, previsto en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, dispone que las decisiones de la autoridad administrativa que impliquen la imposición de sanciones deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida, manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido⁹.

Por su parte, el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, que regula el Principio de Razonabilidad aplicable en el ámbito de la potestad sancionadora, precisa que la comisión de la conducta sancionable no debe resultar más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. En tal sentido, este Principio prescribe que las sanciones deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observarse los siguientes criterios de graduación¹⁰:

- 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
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor

De otro lado, el Principio del Debido Procedimiento establecido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la mencionada Ley, indica que los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento, que comprende, entre otros, el

⁹ Ley N° 27444.

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

1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

¹⁰ 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

derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho¹¹.

Por tal razón, el numeral 4 del artículo 3° de la Ley N° 27444, en concordancia con su numeral 6.1 del artículo 6°, establece como requisito de validez de los actos administrativos su debida motivación, la cual debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes al caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado¹².

En el presente caso, la infracción imputada a NYRSTAR se encuentra tipificada en el rubro 9 del Anexo 1 de la Resolución N° 185-2008-OS/CD, modificada por Resolución N° 035-2014-OS/CD, y establece como sanción aplicable una multa de hasta 10,000 (diez mil) UIT.

A su vez, mediante Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG de fecha 22 de noviembre de 2013, se aprobaron criterios específicos para la aplicación de las sanciones por falta de autorizaciones de construcción y funcionamiento en concesiones de beneficio.

En tal sentido, la mencionada resolución de GG estableció que tratándose de la infracción por incumplir el artículo 38° del RPM la cual se encuentra tipificada en el numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD, consideran la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, el perjuicio económico causado y el beneficio ilegalmente obtenido, los cuales tienen por finalidad sustentar los elementos al graduar la multa impuesta.

Consecuentemente, al realizar el cálculo del Factor B que toma en cuenta las utilidades de NYRSTAR para los años 2013 y 2014, ya que estas utilidades son valores negativos, dicho beneficio ilícito es igual a cero (0); y se le aplicó un atenuante del 5% ya que NYRSTAR no es reincidente en esta infracción por lo que el valor de la multa queda establecido en 0 UIT.

Adicionalmente a ello, debe agregarse que, según lo dispuesto en la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG, en ningún caso la multa deberá ser inferior al 0.01 del tope de la misma¹³, lo que da como resultado la imposición de una multa mínima correspondiente a la infracción al artículo 38° del RPM de 100 UIT.

Sin embargo, en la sesión plena efectuada el 19 de diciembre de 2016, el pleno de los vocales del TASTEM debatió en torno a la imposición de dicha multa mínima, pues si bien está dentro

¹¹ Ley N° 27444.

Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del procedimiento 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.

¹² Ley N° 27444.

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.

¹³ Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG

3.1.2 Autorización de funcionamiento.-

La multa se determinará de la siguiente manera: (...)

- En ningún caso la multa resultará inferior al 0.01 del tope de multa (VT), considerando que la sanción a ser aplicada no debe resultar más ventajosa para el infractor que cumplir con las normas establecidas y que en ningún caso el resultado de la misma pueda incentivar el incumplimiento para realizar actividades sin autorizaciones.

del rango dispuesto en la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD, se observa que la misma carece de un sustento económico-legal que le sirva de respaldo, razón por la que debe imponerse la multa que efectivamente corresponda.

No obstante, en el presente caso, se verifica que de conformidad a la metodología aprobada por Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS-GG, la multa que efectivamente corresponde da como resultado 0 (al no tener utilidades en el periodo incumplido), lo que no resulta disuasivo para el infractor en la comisión de la conducta ilícita detectada en el presente procedimiento relacionada con operar sin autorización.

En dicho contexto, en opinión de la Sala 2 del TASTEM es necesario adoptar un criterio que permite la graduación de la infracción dentro de los rangos establecidos en la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD, y que tenga un sustento o motivación objetiva.

En ese sentido, del análisis estadístico de 41 (cuarenta y un) multas impuestas por infracciones a los artículos 37° y 38° del RPM, con montos inferiores a 100 UIT; se tiene que la media muestral de la multa asciende a 26.35 UIT y su desviación estándar es de 20.61 UIT.

Ahora bien, usando el valor estadístico Z (1.96), que da un intervalo de confianza del 95%, la media poblacional se encuentra en el rango de 18.13 UIT (límite inferior) y 34.32 UIT (límite superior).

Aunado a ello, es importante señalar que el numeral 10 del artículo 55° de la Ley N° 27444, establece como derecho de los administrados que las actuaciones de las Entidades susceptibles de afectar su posición jurídica dentro del procedimiento sean llevadas a cabo de la forma menos gravosa posible¹⁴.

Por lo anterior, este Tribunal Administrativo estima que como quiera que el promedio del total de las multas impuestas por las infracciones a los artículos 37° y 38° del RPM se encuentra dentro del rango señalado anteriormente, corresponde sancionar a NYSTAR con una multa de 18.13 UIT, el cual resulta más favorable.

En atención a lo antes expuesto, corresponde declarar **FUNDADO** el recurso de apelación en este extremo y proceder a reducir la multa de 100 UIT a 18.13 UIT.

De conformidad con el numeral 1 del artículo 19° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de 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 presentado por NYRSTAR ANCASH S.A contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1097-2016 del 15 de abril de 2016 en el extremo referido al cálculo de la multa, debiendo rebajarse la misma de 100 (cien) a 18.13 (dieciocho con trece centésimas) UIT; y **CONFIRMAR** la referida resolución en el extremo relacionado con la responsabilidad por el incumplimiento relativo a la infracción al artículo 38° del RPM.

¹⁴ Ley N° 27444.

Artículo 55.- Derechos de los administrados

Son derechos de los administrados con respecto al procedimiento administrativo, los siguientes: (...)

10. A que las actuaciones de las entidades que les afecten sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible."

26/12/2016

TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES
EN TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA - TASTEM
OSINERGMIN
SALA 2

RESOLUCIÓN N° 292-2016-OS/TASTEM-S2

Artículo 2°.- 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

820135
CARGO

26.12.2016

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN
Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General y Decreto Legislativo N° 1029

Expediente N°: 201500036887

Destinatario : NYRSTAR ANCASH S.A.
Domicilio : Av. La Paz N° 1298 - MIRAFLORES
Entidad : OSINERGMIN
Dependencia : SALA 2 TASTEM – STOR
Domicilio Entidad : Av. Javier Prado Oeste N° 270 – SAN ISIDRO
Materia / Procedimiento : Infracción al Art. 38° del Reglamento de Procedimientos Mineros
Nro. de Resolución : 292-2016-OS/TASTEM-S2
Fecha : 20/12/2016
Nro. de Folios : 10

MARCA CON "X" LA OPCIÓN QUE CORRESPONDA:

El acto notificado entra en vigencia:

Desde la fecha de emisión ()

Desde antes de su emisión (eficacia anticipada) ()

Desde el día hábil siguiente de notificación ()

Desde la fecha indicada en la resolución ()

El acto notificado agota la vía administrativa (X) SI () NO

RECURSO QUE PROCEDE:

Reconsideración ante el mismo órgano que lo expidió SI () NO (X)

Apelación ante el mismo órgano que lo expidió, para que se eleve al superior jerárquico SI () NO (X)

Los Recursos Administrativos descritos sólo se podrán interponer dentro de los 15 días hábiles consecutivos, contados desde el día siguiente de la fecha de notificación del acto administrativo

Nombre del receptor Cesar Nativ

Documento de Identidad 42830087

Relación con el destinatario Recepcion

Fecha

Hora 15:27

FIRMA DEL QUE RECIBE

Y sello (de ser empresa)

CARACTERÍSTICAS DEL DOMICILIO

Nro. Medidor agua () o luz ()

Material y color de la fachada

Material y color de la puerta

Otros datos.

Observaciones.

MOTIVO DE LA DEVOLUCION :

Mudó de domicilio ()

Domicilio errado o inexistente ()

MOTIVO DE ENTREGA CON ACTA

Se negó a recibir () o firmar ()

Ausencia primera notificación ()

Ausencia segunda notificación ()

DATOS DE NOTIFICADOR

Nombres y apellidos:

DNI.

Firma del notificador.

