

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 095-2017-OS/TASTEM-S2

Lima, 02 de mayo de 2017

VISTO:

El Expediente N° 201400067395 que contiene el recurso de apelación interpuesto por ANDALUCITA S.A., representada por el señor Carlos De Ferrari Brignole, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1758-2016 de fecha 08 de junio de 2016, a través de la cual se le sancionó con multa por incumplir el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM; y el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución N° 1758-2016 de fecha 08 de junio de 2016, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a ANDALUCITA S.A., en adelante ANDALUCITA, con una multa de 100.98 (cien con noventa y ocho centésimas) UIT, por incumplir el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, en adelante RPM; y el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM, en adelante RSSO; conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Infraacción al artículo 38° del RPM¹ El titular minero operó la planta de beneficio "Lucita"	Numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD ²	100 UIT

¹ RPM.

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.



RESOLUCIÓN N° 095-2017-OS/TASTEM-S2

por encima de la capacidad de funcionamiento autorizada de 1,400 TM/día en la Resolución Directoral N° 084-2013-MEM/DGM, durante los meses de noviembre de 2013 y enero a agosto de 2014.		
Infracción al literal f) del artículo 297° del RSSO³ Durante el trabajo de mantenimiento de la faja transportadora N° 08-CVR-01, al asegurar que el fluido eléctrico se encuentre fuera de servicio, no se utilizó tarjeta de seguridad.	Numeral 1.3.5 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD ⁴	0.98 UIT
TOTAL		100.98 UIT⁵

Como antecedentes relevantes, cabe señalar lo siguiente:

- Con fecha 27 al 29 de mayo de 2014, la empresa supervisora SERVICIOS COMPLETO EN INGENIERÍA S.R.L., en adelante la Supervisora Externa, llevó a cabo la supervisión regular a la planta de beneficio "Lucita" de titularidad de ANDALUCITA; con el propósito de verificar el cumplimiento de las disposiciones técnicas y de seguridad aplicables a la actividad minera de beneficio⁶.
- A través de Carta SC N° 219-2014-GG de fecha 09 de junio de 2014, la Supervisora Externa presentó a la GSM el Informe de Supervisión Regular de Seguridad de Planta de Beneficio, Fundiciones, Refinerías, Depósito de Concentrados y Planta de Relleno Hidráulico de la concesión de beneficio "Lucita" de mayo de 2014, obrante de fojas 06 a 151 del expediente, en adelante Informe de Supervisión; con los resultados de la supervisión regular realizada.
- Por escrito de registro N° 201400067395 de fecha 26 de setiembre de 2014, la Supervisora Externa presentó el Informe N° 001/2014-S.C. INGENIERÍA S.R.L. de fecha

³ RSSO.

Artículo 297.- En los trabajos de reparación, mantenimiento y limpieza de los equipos e instalaciones que se use en las actividades descritas en el artículo anterior, se permitirá el ingreso de trabajadores, previa autorización escrita otorgada por el responsable, sólo si se hubieran tomado las siguientes precauciones: (...)

f) Que el ingeniero supervisor de turno ordene el inicio de los trabajos de mantenimiento o reparación, asegurándose que el fluido eléctrico se encuentre fuera de servicio utilizando un sistema de candado y tarjetas de seguridad (Lock Out - Tag Out).

⁴ 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)

1.3.5 Reparación, mantenimiento y limpieza

Base legal: Art. 297° del RSSO.

Multa: Hasta 400 UIT.

⁵ La determinación y graduación de la sanción correspondiente a la infracción al literal f) del artículo 297° del RSSO se realizó en función a los criterios específicos aprobados por la Resolución de Gerencia General N° 035, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 03 de febrero de 2011; así como la probabilidad de detección aprobada por el Anexo I de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS-GG, publicada con fecha 23 de noviembre de 2013.

A su vez, cabe agregar que la sanción correspondiente a la infracción al artículo 38° del RPM se determinó y graduó según los criterios específicos y metodología de cálculo aprobados por Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS-GG.

La determinación y graduación de la sanción se realizó en función a los criterios específicos y metodología de cálculo aprobados por Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS-GG, publicado con el 23 de noviembre de 2013.

⁶ La planta de beneficio "Lucita" de titularidad de ANDALUCITA se encuentra ubicada en el distrito y provincia de Paita, departamento de Piura.



26 de setiembre de 2014, obrante de fojas 154 a 170 del expediente, en adelante Informe Complementario.

- d) Con Oficio N° 1280-2014, notificado con fecha 14 de octubre de 2014, obrante a fojas 189 del expediente, la GSM comunicó a ANDALUCITA el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador.
- e) Con escrito de registro N° 201400067395 de fecha 21 de octubre de 2014, ANDALUCITA presentó sus descargos al procedimiento administrativo sancionador.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

- 2. Mediante escrito de registro N° 201600095362 de fecha 24 de junio de 2016, ANDALUCITA interpuso medio impugnatorio contra la Resolución N° 1758-2016, solicitando que se emita nuevo pronunciamiento, en atención a los siguientes fundamentos:

Sobre los alcances del artículo 20° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM

- a) Contrariamente a lo indicado en la resolución de sanción, el artículo 20° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, sí permitía operar la planta de beneficio “Lucita” hasta por encima del 50% de su capacidad instalada, sin necesidad de contar con certificación ambiental o algún permiso adicional; razón por la cual no se ha incurrido en la infracción al artículo 38° del RPM.

En cuanto la inaplicación de la infracción prevista en el numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD y la vulneración del Principio de Tipicidad

- b) De conformidad con el Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador, no corresponde aplicar en el presente caso el tipo infractor previsto en el numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD; ya que éste no comprende a plantas de procesamiento de minerales no metálicos.
- c) Se ha vulnerado el Principio de Tipicidad, ya que la GSM realizó una interpretación extensiva de los alcances del artículo 20° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM y el Texto Único Ordenado de Procedimientos Administrativos – TUPA del Ministerio de Energía y Minas – MEM, a efectos de sancionar a la recurrente.

Al respecto, debe tomarse en cuenta que si bien dicho TUPA hace referencia a un procedimiento para la obtención de autorizaciones de ampliación de capacidad instalada en plantas de beneficio, éste comprende a aquellas que superan el 50% de la capacidad aprobada, lo que no se verificó en el presente caso.

Con relación al cálculo de las utilidades netas y la aplicación del valor agregado de la fase metalúrgica y la multa mínima

- d) El beneficio ilegalmente obtenido no se encuentra correctamente calculado; ya que de acuerdo a las declaraciones juradas de impuesto a la renta presentadas ante la

Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT, adjuntas en calidad de medio probatorio, ANDALUCITA no ha generado utilidades durante los ejercicios 2013 y 2014, sino más bien pérdidas.

Asimismo, la apelante no ha declarado utilidades netas correspondientes a tales años en la Bolsa de Valores, Perú Top Publications S.A.C., ni el ESTAMIN, como se indica en los Cuadros N° 1 y 2 del Anexo de la resolución de sanción; lo que puede apreciarse del listado de empresas inscritas en la Bolsa de Valores, adjunta como medio de prueba.

- e) Considerando que las utilidades generadas por la recurrente durante los años 2013 y 2014 fueron iguales a 0 (cero), la multa final a aplicar es de 0 (cero) UIT; como se desprende del Anexo 5 del medio impugnatorio presentado.
- f) El valor agregado de los procesos metalúrgicos determinado por la GSM no resulta aplicable a las operaciones de la apelante, debido a que ésta explota recursos mineros no metálicos, cuyo compuesto químico es un nesosilicato de aluminio que no emplea ningún insumo de tipo contaminante.

En tal sentido, ANDALUCITA adjunta la Resolución Directoral N° 084-2013-MEM/DGM de fecha 22 de marzo de 2013 y la memoria descriptiva de la planta de beneficio “Lucita” a efectos de acreditar el proceso de tratamiento que se sigue en dicha unidad.

- g) Se ha transgredido el Principio de Legalidad establecido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, así como el requisito de debida motivación, a se refiere el numeral 6.1 del artículo 6° de dicho cuerpo normativo; en la medida que la Resolución N° 286-2010-OS/CD, ni la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG establecen la aplicación de la multa mínima de 100 UIT; más aún cuando este tipo de sanciones no resulta aplicable a plantas de procesamiento de minerales no metálicos.

- 3. Con Oficio N° 316-2016-OS-GFM, notificado con fecha 01 de julio de 2016, la GFM comunicó a ANDALUCITA que de la revisión del medio impugnatorio presentado con fecha 24 de junio de 2016 se advirtió que si bien este fue presentado como recurso de reconsideración, dicha administrada no cumplió con adjuntar nueva prueba; razón por la cual, de conformidad con el artículo 213° de la Ley N° 27444 y atendiendo a la naturaleza de su contenido, se calificó como uno de apelación⁷.

- 4. A través del Memorándum N° GSM-338-2016, recibido con fecha 11 de julio de 2016, la GSM remitió a la Sala 2 del TASTEM el expediente materia de análisis.



⁷ Ley N° 27444.

Artículo 11.- Instancia competente para declarar la nulidad (...)

11.2 La nulidad será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto. Si se tratara de un acto dictado por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad se declarará por resolución de la misma autoridad.

Artículo 213.- Error en la calificación

El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter.

Resolución N° 272-2012-OS/CD.

Artículo 31.- Nulidad.

31.1. La nulidad, a solicitud de parte, se deducirá únicamente a través del recurso de apelación.

CUESTIÓN PREVIA

En cuanto a los extremos firmes de la Resolución N° 1758-2016

5. Al respecto, es pertinente indicar que de la revisión del medio impugnatorio interpuesto contra la Resolución N° 1758-2016 de fecha 08 de junio de 2016, se advierte que ANDALUCITA no formuló argumento de defensa alguno respecto a la infracción al literal f) del artículo 297° del RSSO. De hecho, a través de escrito de registro N° 201400067395 de fecha 27 de junio de 2016, obrante de fojas 290 a 300 del expediente, dicha administrada comunicó al OSINERGMIN el pago de la multa correspondiente a tal ilícito.

Por lo tanto, de conformidad con el artículo 220° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, corresponde declarar que la Resolución N° 1758-2016 de fecha 08 de junio de 2016 queda firme en el extremo referido a la atribución de responsabilidad y multa impuesta por la infracción al literal f) del artículo 297° del RSSO⁸.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a la configuración de la infracción al artículo 38° del RPM y la aplicación del Decreto Supremo N° 030-2016-EM

6. Antes de emitir pronunciamiento sobre los argumentos expuestos por ANDALUCITA en el recurso de apelación interpuesto, es pertinente señalar que mediante Decreto Supremo N° 030-2016-EM, publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 01 de noviembre de 2016, se aprobaron diversas disposiciones que regulan la determinación de la capacidad instalada de tratamiento de mineral diario en concesiones de beneficio.

En tal sentido, los artículos 2° y 3° del Decreto Supremo N° 030-2016-EM, establecen que la capacidad instalada de tratamiento de mineral diario autorizada en concesiones de beneficio se determina mediante la sumatoria del tonelaje de tratamiento de mineral diario acumulado durante un año, computado desde el 01 de enero al 31 de diciembre, dividido entre 365 días, con un margen de tolerancia de 5% adicional de dicha capacidad; para lo cual se debe tomar en cuenta la información reportada por el titular minero en su Declaración de Estadística Mensual – ESTAMIN⁹.



⁸ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Artículo 220.- Acto firme

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto.

⁹ Decreto Supremo N° 030-2016-EM.

Artículo 2.- Reglas aplicables para determinar la capacidad instalada de tratamiento de mineral diario autorizada en una concesión de beneficio. Para la determinación de la capacidad instalada de tratamiento de mineral diario autorizada, el titular de la concesión de beneficio se sujeta a las siguientes reglas:

2.1 La capacidad instalada de tratamiento de mineral diario autorizada se determina mediante la sumatoria del tonelaje de tratamiento de mineral diario acumulado durante un año, computado desde el 01 de enero al 31 de diciembre, dividido entre 365 días.

2.2 Para efectos del cálculo señalado en el numeral 2.1, se tiene como referencia la información que reporte el titular de concesión de beneficio, desde el mes de enero al mes de diciembre de cada año, en la Declaración de Estadística Mensual-ESTAMIN, a través del formulario electrónico proporcionado vía extranet en el Portal Web siguiente: <http://extranet.minem.gob.pe>

Artículo 3.- Margen de tolerancia

El titular de concesión de beneficio puede obtener hasta un máximo de 5% adicional de la capacidad instalada de tratamiento de mineral diario autorizada sin requerir tramitar el procedimiento de modificación de concesión de beneficio establecido en la normatividad minera (...)



Asimismo, el segundo párrafo del artículo 3° del Decreto Supremo N° 030-2016-EM precisa que el monto adicional de la capacidad instalada de tratamiento de mineral diario, en ningún caso puede darse como consecuencia de la instalación de nuevos equipos, nuevas instalaciones auxiliares, repotenciamiento o modificación de parámetros operativos de los equipos, mejora de procesos, entre otros, los que deben seguir el procedimiento dispuesto por las normas de la materia¹⁰.

Junto a lo anterior, debe tomarse en cuenta que según el sub-numeral 212.1.3 del numeral 2.12.1 del artículo 212° del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, procede la revocación de los actos administrativos, con efectos a futuro, cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros¹¹.

Al respecto, Morón Urbina (2009) refiere que tratándose de actos de gravamen o desfavorables a los administrados se entiende que pueda volverse hacia atrás, por razón de algún elemento de juicio objetivo sobreviniente a la decisión que ha creado una carga, obligación o sanción al administrado; y que con su evidencia, se aprecia que resulta injustificado¹².

Bajo tales consideraciones, este Tribunal Administrativo estima conveniente indicar que el marco legal citado al inicio del presente numeral aplicable a la determinación de la capacidad instalada de tratamiento autorizada en concesiones de beneficio, califica como un elemento de juicio objetivo y sobreviniente a la emisión de la resolución de sanción susceptible de ser evaluado en esta instancia del procedimiento sancionador en el marco de la potestad revocatoria reconocida en el artículo 203° de la citada Ley; razón por la cual corresponde analizar los hechos imputados en función a su contenido.

Ahora bien, de la revisión de los actuados obrantes en el expediente administrativo, se advierte que de conformidad con la Resolución Directoral N° 084-2013-MEM-DGM de fecha 22 de marzo de 2013, obrante de fojas 62 a 64 del expediente, durante los ejercicios 2013 y 2014 (periodos de la infracción) ANDALUCITA se encontraba autorizada a operar la planta de beneficio "Lucita" a la capacidad instalada de 1,400 TM/día.

Además de ello, es preciso anotar que según se aprecia del sub-numeral 4.1 del numeral 4 de la parte considerativa de la resolución impugnada, para determinar si ANDALUCITA operó la referida planta de beneficio dentro de la capacidad autorizada, la GSM consideró y validó los balances metalúrgicos correspondientes a los ejercicios 2013 y 2014, presentados por dicha administrada durante la supervisión.



¹⁰ Decreto Supremo N° 030-2016-EM.

Artículo 3.- Margen de tolerancia

(...) El monto adicional de la capacidad instalada de tratamiento de mineral diario en ningún caso puede darse como consecuencia de la instalación de nuevos equipos, nuevas instalaciones auxiliares, repotenciamiento o modificación de parámetros operativos de los equipos, mejora de procesos, entre otros, los que deben seguir el procedimiento dispuesto por las normas de la materia.

¹¹ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Artículo 212.- Revocación

212.1 Cabe la revocación de actos administrativos, con efectos a futuro, en cualquiera de los siguientes casos:

212.1.3 Cuando apreciando elementos de juicio sobrevinientes se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros.

¹² MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador". Lima: Gaceta Jurídica, Octava Edición, 2009. Página 591.

En tal sentido, en aplicación del Principio de Presunción de Veracidad recogido en el sub-numeral 1.7 del numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en concordancia con el numeral 2.2 del artículo 2° del Decreto Supremo N° 030-2016-EM, corresponde evaluar los hechos imputados en este extremo conforme a los balances metalúrgicos validados por la GSM, así como las Declaraciones Estadísticas Mensuales – ESTAMIN correspondientes a los meses de mayo a diciembre de 2014, obrantes de fojas 225 a 232 del expediente¹³.

Capacidad de procesamiento durante el ejercicio 2013

Así las cosas, corresponde señalar que de la valoración de la citada información se determina que el tonelaje promedio diario de mineral procesado en la planta de beneficio “Lucita” durante el año 2013 fue de 890 TM/día; cantidad que se encuentran dentro de la capacidad autorizada de 1,400 TM/día para dicho periodo, por lo que no se configuró la infracción al artículo 38° del RPM, en tal ejercicio¹⁴.

Por lo tanto, en aplicación del sub-numeral 212.1.3 del numeral 2.12.1 del artículo 212° del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, corresponde revocar la Resolución N° 1758-2016 de fecha 08 de junio de 2016, en lo referido a la declaración de responsabilidad y sanción impuesta por la infracción al artículo 38° del RPM, en lo relativo al ejercicio 2013; disponiéndose el archivo definitivo del presente procedimiento administrativo sancionador en tal extremo.

Adicionalmente a ello, es pertinente acotar que el ejercicio de la facultad revocatoria en el presente caso no genera perjuicios a terceros en la medida que de acuerdo al Principio de

¹³ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

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: (...)

1.7. Principio de presunción de veracidad.- En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.

¹⁴ El detalle del cálculo realizado en función al promedio diario del año 2013 es el que sigue:

AÑO	MES	DÍAS	TMS mensuales	PROMEDIO DIARIO ANUAL (TM/día)	CAPACIDAD AUTORIZADA (TM/día)
2013	Enero	31	0.0	890	1,400
	Febrero	28	0.0		
	Marzo	31	13,276.3		
	Abril	30	24,735.0		
	Mayo	31	21,779.8		
	Junio	30	22,741.5		
	Julio	31	25,808.0		
	Agosto	31	31,067.5		
	Septiembre	30	26,309.7		
	Octubre	31	24,898.0		
	Noviembre	30	45,938.0		
	Diciembre	31	35,888.0		
TOTAL		306*	272,441.8		

(*) No se consideran los meses de enero y febrero debido a que la autorización de funcionamiento se otorgó el mes de marzo de 2013.



Causalidad previsto en el numeral 8 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, la sanción impuesta sólo afecta a la apelante en su calidad de agente infractor¹⁵.

Capacidad de procesamiento durante el ejercicio 2014

Al respecto, cabe indicar que del análisis de la información disponible se determina que el tonelaje promedio diario de mineral procesado en la planta de beneficio "Lucita" durante el año 2014 fue de 1,604 TM/día, con un ratio de exceso de 12.71%; cantidades que exceden la capacidad autorizada de 1,400 TM/día para dicho periodo, así como el margen de tolerancia de 5% a que se refiere el artículo 3° del Decreto Supremo N° 030-2016-EM.

En consecuencia, corresponde confirmar la responsabilidad de ANDALUCITA por la infracción al artículo 38° del RPM, en lo relativo al ejercicio 2014; y, en tal sentido, analizar el recurso de apelación interpuesto por dicha administrada considerando tal extremo del presente procedimiento administrativo sancionador¹⁶.

Sobre los alcances del artículo 20° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM

7. Respecto al argumento contenido en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que de acuerdo a los artículos 8° y 9° y numeral 16.2 del artículo 16° del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, el acto administrativo emitido conforme al ordenamiento jurídico y a través del cual se otorga un beneficio al administrado es válido y eficaz desde la fecha de su emisión, salvo disposición diferente del mismo acto respecto a sus efectos¹⁷.

¹⁵ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Artículo 246. Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

8. Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

¹⁶ El detalle del cálculo realizado en función al promedio diario del año 2014 es el que sigue:

AÑO	MES	DÍAS	TMS mensuales	PROMEDIO DIARIO ANUAL (TM/día)	CAPACIDAD AUTORIZADA (TM/día)	RATIO DE EXCESO
2014	Enero	31	48,737	1,604	1,400	12.71%
	Febrero	28	48,261			
	Marzo	31	54,446			
	Abril	30	51,216			
	Mayo	31	51,444.42			
	Junio	30	56,012.08			
	Julio	31	53,611.09			
	Agosto	31	52,229.88			
	Septiembre	30	50,098.00			
	Octubre	31	48,986.00			
	Noviembre	30	40,317.00			
	Diciembre	31	30,063.00			
TOTAL		365	585,421.47			

¹⁷ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Artículo 8.- Validez del acto administrativo

Es válido el acto administrativo dictado conforme al ordenamiento jurídico.

De otro lado, corresponde anotar que el artículo 38° del RPM, en concordancia con el procedimiento CM01 del TUPA del MEM, aprobado por Decreto Supremo N° 061-2006-EM, aplicable por encontrarse vigente a la fecha en que ocurrieron los hechos imputados; establece que en los procedimientos de otorgamiento y modificación de concesiones de beneficio tramitados ante la Dirección General de Minería – DGM del MEM, una vez concluidas las actividades de construcción e instalación en la planta de beneficio en función a la autorización de construcción previamente otorgada, el interesado deberá dar aviso a dicha autoridad, a efectos de que disponga la inspección de la construcción realizada, conforme al expediente técnico presentado⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾.

En tal sentido, si la inspección resulta favorable, la DGM otorgará la concesión y autorizará el funcionamiento de la planta, en caso se haya solicitado el otorgamiento de la concesión; o sólo emitirá la autorización de funcionamiento, tratándose de solicitudes de modificación de la concesión de beneficio por ampliación de área, capacidad instalada o implementación de nuevos componentes mineros.

Junto a lo anterior, es pertinente resaltar que de conformidad con el último párrafo del artículo 46° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, la autorización de funcionamiento determina el ritmo de producción de la planta de beneficio, el cual se expresa en TM/día y refleja la capacidad instalada de tratamiento aprobada por la autoridad²⁰.

Artículo 9.- Presunción de validez

Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda.

Artículo 16.- Eficacia del acto administrativo

16.2 El acto administrativo que otorga beneficio al administrado se entiende eficaz desde la fecha de su emisión, salvo disposición diferente del mismo acto.

¹⁸ Decreto Supremo N° 061-2006-EM

TUPA del MEM

CM01. OTORGAMIENTO, MODIFICACIÓN Y OPOSICIÓN DE CONCESIÓN DE BENEFICIO

CASO B:

MODIFICACIÓN

Base Legal: (...)

- D.S. N° 018-92-EM (Arts. 35°, 36°, 37°, 38°, 51°, 52° y 53° del Reglamento) (08-09-92) y sus modificatorias (...)

PARA AMPLIACIÓN DE LA CAPACIDAD INSTALADA

Nota.- En el procedimiento ordinario para la ampliación de la capacidad instalada de una concesión de beneficio, se tiene dos etapas:

- Evaluación de la solicitud y la autorización de construcción, para lo cual debe contar con el EIA aprobado y consentido (si la ampliación es más del 50%)
- Inspección de verificación y la autorización de funcionamiento, para ello debe presentar la autorización de vertimiento de aguas residuales tratadas, vigente, expedida por la ANA y el informe de inspección debe ser favorable (...)

REQUISITOS

PARA AMPLIACIÓN DE LA CAPACIDAD INSTALADA: (...)

- Resolución de aprobación del estudio ambiental, si fuera el caso (...)

¹⁹ Al respecto, conviene anotar que el procedimiento previsto ítem CM01 del TUPA del MEM, aprobado por Decreto Supremo N° 061-2006-EM, fue modificado por el artículo 2° de la Resolución Ministerial N° 438-2010-MEM-DM, publicada el 16 octubre 2010 y por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo N° 020-2012-EM, publicado el 06 junio 2012.

Asimismo, debe tomarse en cuenta que mediante Decreto Supremo N° 038-2014-EM publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 06 de noviembre, se aprobó el nuevo TUPA del MEM, quedando derogado el Decreto Supremo N° 061-2006-EM; sin embargo, se hace alusión a este último debido a que se encontraba vigente a la fecha que ocurrieron los hechos materia del presente procedimiento administrativo sancionador.

En el referido TUPA aprobado por Decreto Supremo N° 038-2014-EM, el Procedimiento N° 41 recoge el trámite para el otorgamiento, modificación y oposición de concesión de beneficio, el cual incluye el supuesto de modificación por ampliación de capacidad instalada, con las mismas etapas contempladas en el citado procedimiento CM01 del TUPA anterior.

Por otra parte, conviene referir que según lo dispuesto en el artículo 16° del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, la certificación ambiental sólo implica el pronunciamiento de la autoridad sobre la viabilidad ambiental del proyecto de inversión, mas no constituye el otorgamiento de otros títulos habilitantes exigidos por la normativa para su ejecución²¹.

Tan es así, que el artículo 22° del citado Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, realiza una distinción entre la certificación ambiental y las demás licencias, derechos, autorizaciones u otros títulos habilitantes requeridos para iniciar la ejecución del proyecto; estableciendo, entre otros, que en aquellos casos en que la certificación ambiental constituya requisito para la obtención de dicho títulos habilitantes, estos últimos no podrán otorgarse sin que se cuente previamente con la aprobación del estudio ambiental respectivo²².

En efecto, la puesta en marcha de un proyecto minero no sólo depende de la obtención de la ya mencionada certificación ambiental, conforme a la normativa que regula el Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental – SEIA; sino que también es preciso contar con los demás permisos, licencias, derechos o autorizaciones establecidos en la normativa nacional.

Lo anterior, se pone de manifiesto en el procedimiento administrativo de modificación de concesiones de beneficio por ampliación de capacidad instalada; dado que el ítem CM01 del TUPA del MEM, aprobado por Decreto Supremo N° 061-2006-EM, establecía como requisito para el otorgamiento de las autorizaciones de construcción y funcionamiento en el marco de tal procedimiento, contar con la certificación ambiental respectiva, de ser el caso²³.

²⁰ Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería

Decreto Supremo N° 014-92-EM

Artículo 46.- A partir del año en que se hubiere solicitado una concesión de beneficio, el titular estará obligado al pago del Derecho de Vigencia, en un monto anual según su capacidad instalada, del modo siguiente:

- hasta 350 TM/día, 0.0014 de una UIT por cada TM/día.

- más de 350 hasta 1,000 TM/día, 1.00 UIT

- más de 1,000 hasta 5,000 TM/día, 1.5 UIT

- por cada 5,000 TM/día en exceso, 2.00 UIT

La TM/día se refiere a capacidad instalada de tratamiento. En los casos de ampliación, el pago que acompaña a la solicitud, es sobre el incremento de capacidad.

²¹ Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM.

Artículo 16.- Alcances de la Certificación Ambiental

La Certificación Ambiental implica el pronunciamiento de la Autoridad Competente sobre la viabilidad ambiental del proyecto, en su integridad. Dicha autoridad no puede otorgar la Certificación Ambiental del proyecto en forma parcial, fraccionada, provisional o condicionada, bajo sanción de nulidad.

²² Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM.

Artículo 22.- Otorgamiento de licencias, derechos y autorizaciones para proyectos de inversión

No podrán otorgarse licencias, derechos, autorizaciones, ni cualquier otro título habilitante para el inicio de la ejecución de proyectos de inversión sujetos al SEIA, sin contar con la Certificación Ambiental expedida por la Autoridad Competente.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, las Autoridades Competentes, según corresponda, podrán emitir certificados, constancias o similares que sean requisito para obtener la Certificación Ambiental, sin que ello implique autorización para ejecutar parcial o totalmente las obras o actividades de los proyectos de inversión.

El titular puede, bajo su cuenta y riesgo, iniciar trámites administrativos que tengan como requisito la certificación ambiental, lo cual en ningún caso implicará la posibilidad de ejecutar parcial o totalmente el proyecto, ni la ampliación de los plazos legalmente establecidos para dichos trámites. En este último caso, la autoridad a cargo de dichos trámites debe aplicar los apercibimientos de ley y sólo podrá resolverlos después de otorgada la Certificación Ambiental por la Autoridad Competente.

La denegatoria de la Certificación Ambiental no genera la obligación de devolver los montos pagados por el titular por concepto de derecho de tramitación o la posibilidad de reutilizarlos, así como no dará lugar a derechos adquiridos ni responsabilidad alguna para las autoridades intervinientes.

²³ Ver pie de página N° 10.



En este contexto, queda claro que si bien la regulación ambiental vigente a la fecha en que ocurrieron los hechos, constituida el Reglamento para la Protección Ambiental en la Actividad Minero-Metalúrgica, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, en concordancia con la Ley N° 27446 y Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM, definió las reglas relativas a la exigibilidad de la certificación ambiental; el RPM, en concordancia con el TUPA del MEM, estableció claramente que para realizar actividades de construcción y operación por ampliación de capacidad instalada de plantas beneficio era preciso contar con las autorizaciones de construcción y funcionamiento emitidas por la DGM, respectivamente²⁴.

Asimismo, dicho marco legal se encargó de diferenciar tales títulos habilitantes, en la medida que la certificación ambiental constituía requisito para la obtención de las autorizaciones de construcción y funcionamiento en el marco del procedimiento de modificación de la concesión de beneficio.

Bajo este marco legal, conviene destacar que si bien la apelante hace referencia al contenido del artículo 20° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM; lo cierto es que tal disposición, en concordancia con el numeral 3 del artículo 7° del mismo, sólo regulaba los parámetros para la exigibilidad de certificación ambiental en el supuesto de incremento de capacidad instalada en plantas de beneficio; mas no condicionaba, ni tenía incidencia alguna en la obligatoriedad de contar con otros títulos habilitantes, como es el caso de las autorizaciones de construcción y funcionamiento, las cuales eran exigibles por disposición de los artículos 37° y 38° del RPM.

Es así que, independientemente de la obligación de contar con la aludida certificación en atención a los parámetros estipulados en el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM (derogada y reemplazada por el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-EM), cuya fiscalización no corresponde al OSINERGMIN; de conformidad con el artículo 38° del RPM, ANDALUCITA sí se encontraba obligada a contar con la autorización de funcionamiento que le permitiese operar la planta de beneficio "Lucita" por encima de la capacidad de 1,400 TM/día, aprobada por Resolución Directoral N° 084-2013-MEM/DGM de fecha 22 de marzo de 2013, lo que no ocurrió²⁵.

Ello es así, ya que en aplicación de los artículos 8° y 9° y numeral 16.2 del artículo 16° de la Ley N° 27444, explicados al inicio del presente numeral, la recurrente se encontraba obligada a cumplir la Resolución Directoral N° 084-2013-MEM/DGM de fecha 22 de marzo de 2013 y, en consecuencia, operar la planta en cuestión sin exceder el ritmo de tratamiento autorizado de 1,400 TM/día.



²⁴ Cabe apuntar que el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, fue reemplazado por el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-EM, publicado el 12 noviembre 2014, el cual entró en vigencia el 13 de marzo de 2015. No obstante ello, se hace referencia al primero de ellos por encontrarse vigente a la fecha en que ocurrieron los hechos materia del presente procedimiento.

²⁵ Al respecto, cabe indicar que la autoridad competente para fiscalizar las obligaciones de naturaleza ambiental en el ámbito de la mediana y gran minería es el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA. A lo que se debe agregar, que -entre otros- en los numerales 32, 33 y 34 de la parte considerativa de la Resolución N° 002-2015-OEFA/TFA-SEM de fecha 08 de enero de 2015, el Tribunal de Fiscalización Ambiental de dicha Entidad explicó los alcances del numeral 3 del artículo 7° y artículo 20° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, en el sentido que aquellas ampliaciones de capacidad instalada de plantas de beneficio por encima del 50% requerían la presentación de un nuevo estudio ambiental; mientras que aquellas ampliaciones inferiores al 50% requerían la presentación de una modificación del estudio ambiental aprobado.

De hecho, de la revisión de los medios probatorios obrantes en el expediente administrativo se advierte que la impugnante obtuvo las autorizaciones de construcción y funcionamiento para incrementar la capacidad instalada de la planta "Lucita" a 1,960 TM/día, con posterioridad al inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, a través del Informe Técnico Minero N° 272-2015-MEM-DGM-DTM/PB de fecha 25 de agosto de 2015, aprobado por Resolución N° 0382-2015-MEM-DGM/V de fecha 26 de agosto de 2015, ambos obrantes de fojas 221 a 224 del expediente; lo que no sólo corrobora su responsabilidad por la infracción sancionada, sino que además confirma el hecho de que ANDALUCITA debía obtener la autorización de funcionamiento para operar por encima de la capacidad de 1,400 TM/día.

Por lo tanto, contrariamente a lo indicado por la impugnante, es correcto lo indicado por la GSM en el sub-numeral 4.1 del numeral 4 de la parte considerativa de la resolución de sanción, en el sentido que la apelante sí debía contar con una autorización de funcionamiento para operar por encima de la capacidad aprobada por Resolución Directoral N° 084-2013-MEM/DGM; toda vez que tal título habilitante no forma parte del ámbito del artículo 20° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM.

Asimismo, es oportuno reiterar que el artículo 20° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, no habilitó a ANDALUCITA -bajo ningún supuesto- a operar sin contar con la autorización de funcionamiento exigida por el artículo 38° del RPM durante el periodo de la infracción. Tan es así, que la propia recurrente tramitó y obtuvo dicha autorización con posterioridad al inicio del presente procedimiento.

En atención a lo expuesto, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en este extremo.

En cuanto la inaplicación de la infracción prevista en el numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD y la vulneración del Principio de Tipicidad

8. Sobre los argumentos contenidos en los literales b) y c) del numeral 2 de la presente resolución, es de señalar que según el Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, 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 analogía²⁶.

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

²⁶ Decreto Supremo N° 006-2017.

Artículo 246. Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

ciudadano comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo, bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal²⁷.

Adicionalmente, MORÓN URBINA acota que el mandato de tipificación derivado del Principio de Tipicidad no sólo se impone al legislador cuando redacta el ilícito, sino también a la autoridad administrativa cuando instruye un procedimiento sancionador y debe realizar la subsunción de una conducta en los tipos legales existentes²⁸.

Bajo este marco legal, ANDALUCITA sostiene que no correspondía aplicarle el tipo infractor previsto en el numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD; ya que éste no comprende a plantas de procesamiento de minerales no metálicos.

Sobre el particular, debe advertirse que en el presente caso se imputó a la apelante la infracción tipificada en el numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD, que indica lo siguiente:

"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 (...)"

(Negritas y subrayado agregados)

Como puede advertirse de la norma transcrita, el ilícito administrativo imputado a ANDALUCITA se configura por incumplimiento de las normas técnicas que regulan, entre otros, las actividades de operación en concesiones de beneficio; dentro de las cuales se encuentra el artículo 38° del RPM, que establece la obligación de contar con autorización de funcionamiento emitida por la DGM del MEM.

Junto a lo anterior, conviene destacar que el supuesto de hecho de la tipificación hace referencia expresa a las concesiones de beneficio, las cuales no sólo comprenden a los minerales metálicos, sino también a los no metálicos.

En efecto, el artículo 18° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, establece claramente que las concesiones de beneficio otorgan a su titular el derecho a extraer o concentrar la parte valiosa de un agregado de



²⁷ 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>.

Al respecto, cabe precisar que las sentencias dictadas en los Expedientes N° 2192-2004-AA/TC y N° 4394-2004-AA/TC, invocadas por PLUSPETROL NORTE presentan el mismo contenido.

²⁸ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima. 9° edición, 2011.

minerales, los cuales pueden ser metálicos y no metálicos; y/o, fundir, purificar o refinar metales a través de procesos físicos, químicos y/o físico-químicos²⁹. (Subrayado agregado)

A su vez, cabe señalar que tratándose del proceso de concentración, éste tiene por objeto principal enriquecer las menas mediante la eliminación de los componentes estériles o ganga a través de los diferentes métodos existentes (concentración gravitacional, magnética, eléctrica, flotación, entre otros); donde la materia prima son los minerales metálicos y no metálicos provenientes de mina.

En tal sentido, la apelante no puede pretender interpretar que la referencia a “plantas concentradoras” dentro del supuesto de hecho del ilícito imputado, se restringe únicamente a la concentración de minerales metálicos, sino que también incluye la concentración de los no metálicos, más aún cuando las concesiones de beneficio comprenden ambas sustancias.

De hecho, de la revisión del Anexo 4 del recurso de apelación presentado, consistente en la “Memoria Descriptiva y Diagrama de Flujo de la Planta Lucita”, se verifica que dicha planta de beneficio utiliza procesos de concentración gravitacional (Área 02: separación por medios densos) y magnética (Área 05: separación magnética) para la obtención de sus productos finales; razón por la cual se trata de una planta concentradora del mineral no metálico andalucita, lo que se desprende se propio texto:

“MEMORIA DESCRIPTIVA DE LA PLANTA ‘LUCITA’

La Planta de Beneficio poseerá nueve áreas, donde se realizará el proceso de clasificación y concentración del mineral (...)

ÁREA 02: SEPARACIÓN POR MEDIOS DENSOS

En esta área se realizará la concentración del mineral andalucita por su densidad, el mineral será separado del resto (...)

ÁREA 05: SEPARACIÓN MAGNÉTICA

En esta área se realizará la separación y liberación de partículas magnéticas que se encuentran dentro del conjunto de mineral de andalucita, además se clasificará el mineral por tamaño, según el producto final requerido (...)

(Subrayado agregado)

Como es de verse, el ilícito tipificado en el numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD, al hacer referencia a concesiones de beneficio y plantas concentradoras, comprende tanto a la minería metálica como a la no metálica; razón por la cual, contrariamente a lo alegado por la impugnante, sí correspondía aplicar tal tipo infractor en el presente caso.

Además de ello, se desprende que la infracción en cuestión se configura por incumplimiento del artículo 38° del RPM, en aquellos casos en que los titulares mineros no cuentan con autorización de funcionamiento emitida por autoridad sectorial competente; como ocurrió en el presente caso, dado que ANDALUCITA, titular de la concesión de beneficio “Lucita” otorgada por Resolución Directoral N° 084-2013-MEM/DGM de fecha 22 de marzo de 2013, obrante de fojas 62 a 64 del expediente, no contaba con autorización para operar la planta de beneficio

²⁹ Decreto Supremo N° 014-92-EM.

Artículo 18.- La concesión de beneficio otorga a su titular el derecho a extraer o concentrar la parte valiosa de un agregado de minerales desarraigados y/o a fundir, purificar o refinar metales, ya sea mediante un conjunto de procesos físicos, químicos y/o físico-químicos.

“Lucita” por encima de la capacidad instalada de 1,400 TM/día, durante el periodo de incumplimiento.

De igual modo, se verifica que el supuesto de hecho de la infracción, así como la obligación cuyo incumplimiento le sirve de base legal contienen una descripción clara y de fácil comprensión; a lo que se debe agregar que los hechos imputados se adecúan a la descripción típica del ilícito; por lo que corresponde desestimar lo alegado por la impugnante sobre el particular.

Por otra parte, ANDALUCITA indica que se habría transgredido el Principio de Tipicidad; dado que la GSM realizó una interpretación extensiva de los alcances del artículo 20° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM y el TUPA del MEM.

Asimismo, agrega que aun cuando el TUPA hace referencia a un procedimiento para la obtención de autorizaciones de ampliación de capacidad instalada, éste comprendería a aquellas que superan el 50% de la capacidad aprobada, lo que no se verificó en el presente caso.

Al respecto, es pertinente anotar que según Rubio Correa (1986) la interpretación extensiva de una disposición jurídica se produce cuando se extiende el ámbito de aplicación de la norma para comprender supuestos no contenidos en ella; mientras que la analogía se configura cuando la norma se aplica a un supuesto no regulado, pero semejante al previsto en ella³⁰.

Dicho ello, corresponde acotar que el aludido Principio de Tipicidad prohíbe la interpretación extensiva o aplicación analógica de la infracción administrativa, es decir, la extensión del supuesto de hecho o la aplicación del mismo a un supuesto similar no regulado, de las normas que tipifican las conductas sancionables y que dan contenido a las mismas; lo que no ocurrió.

En efecto, como se ha indicado previamente, la infracción imputada a ANDALUCITA se encuentra tipificada en el numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD y tiene como base legal el artículo 38° del RPM; disposiciones legales que, de la revisión del contenido de la resolución impugnada, no se advierte que hayan sido objeto de interpretación por parte de la GSM con el propósito de ampliar su ámbito de aplicación.

De esta forma, queda claro que el artículo 20° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM y el TUPA del MEM, no constituyen la base legal de la infracción imputada; razón por la cual la explicación sobre sus alcances dentro de la resolución de sanción no supone una vulneración del Principio bajo comentario.

Por el contrario, la aplicación y análisis de tales disposiciones legales se deriva del Principio de Legalidad tipificado en el sub-numeral 1.1 del numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en concordancia con el numeral 6.1 del artículo 6° de dicho cuerpo normativo; toda vez que corresponde al OSINERGMIN aplicar el marco jurídico vigente y directamente aplicable al caso concreto³¹.

³⁰ RUBIO CORREA, Marcial. “Para Leer el Código Civil III. Título Preliminar”. Lima: Fondo editorial de la PUCP, Primera Edición, 1986. Pp. 82-84.

³¹ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

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:

A su vez, conviene anotar que de la revisión del contenido de la resolución impugnada se advierte que la GSM no realizó interpretación extensiva o aplicación analógica alguna del artículo 20° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, ni del TUPA del MEM; en la medida que citó su contenido y explicó lo que se deriva de su propio texto, sin realizar adición alguna.

Finalmente, debe indicarse que contrariamente a lo afirmado por ANDALUCITA, en ningún extremo del ítem CM01 del TUPA del MEM, aprobado por Decreto Supremo N° 061-2006-EM se indica que el procedimiento de modificación de concesiones de beneficio por incremento de capacidad instalada se restringía a aquellas que superasen el 50% de la capacidad aprobada; afirmación que se deriva de la interpretación que realiza la propia administrada en el marco del artículo 20° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM, el mismo que -conforme se ha explicado anteriormente- no condicionaba la obligación de contar con autorización de funcionamiento, conforme a lo previsto en el artículo 38° del RPM.

En consecuencia, corresponde desestimar lo argumentado por la impugnante sobre el particular.

Con relación al cálculo de las utilidades netas y la aplicación del valor agregado de la fase metalúrgica y la multa mínima

9. Sobre los argumentos contenidos en los literales d), e) y f) del numeral 2 de la presente resolución, es de indicar que de acuerdo al texto del Principio de Razonabilidad regulado en el numeral 3 del artículo 23° de la Ley N° 27444, vigente a la fecha en que se realizó la determinación y graduación de la sanción en el presente caso, las autoridades deben prever que la comisión de la conducta ilícita no resulte 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 graduación³²:

- 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



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

Artículo 6. Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación debe 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.

³² 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



- 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

Al respecto, Morón Urbina (2009) sostiene que la determinación y graduación de las sanciones administrativas aplicables al interior de los procedimientos administrativos sancionadores, bajo determinados parámetros claramente definidos por el Principio de Razonabilidad, se encuentra dentro del ámbito de la potestad discrecional con que cuenta la administración, con el propósito de individualizar, en un caso específico, la consecuencia jurídica aplicable una vez verificada la comisión de la infracción administrativa³³.

De otro lado, es pertinente anotar que mediante Resolución N° 256-2013-OS/GG, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 23 de noviembre de 2013, se aprobaron los criterios específicos para la graduación de las sanciones correspondientes a las infracciones tipificadas en los numerales 1.3.1 y 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD, por falta de autorización de construcción y funcionamiento en concesiones de beneficio, respectivamente.

En el presente procedimiento se imputó a ANDALUCITA la infracción tipificada en el numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD, la cual establece como sanción aplicable una multa de hasta 10,000 UIT.

En tal sentido, a efectos de determinar y graduar la sanción dentro de dicho tope máximo, la GFM aplicó la mencionada Resolución N° 256-2013-OS/GG, cuyo contenido dispone la observancia de todos y cada uno de los criterios de graduación comprendidos en el Principio de Razonabilidad, mencionado al inicio del presente numeral.

En atención a ello, en el sub-numeral 5.1 del numeral 5 de la parte considerativa y el numeral 2 del Anexo de la resolución impugnada, la GSM estableció la multa correspondiente a la infracción al artículo 38° del RPM, a través del cálculo del beneficio ilícito, determinación de los factores agravantes y atenuantes y aplicación de la metodología aprobada.

Ahora bien, considerando que ANDALUCITA sólo ha cuestionado la estimación del beneficio ilícito en los extremos referidos a las utilidades netas y el factor de ajuste constituido por el



³³ En efecto, sobre la aplicación del Principio de Razonabilidad, el referido jurista nacional explica lo siguiente:

"(...) cuando la ley autoriza a una autoridad pública la aplicación de sanciones administrativas le apodera de una competencia marcadamente discrecional que se trasunta en el margen de apreciación subjetiva que tiene para poder tipificar la conducta incurrida, en determinar las pruebas necesarias, en la valoración de las circunstancias agravantes y atenuantes alrededor de la infracción y en la elección de la sanción a aplicarse, dentro del catálogo de sanciones habilitadas por la normativa (...)"

Recordemos que las normas sancionadoras suelen calificar que un determinado ilícito sea pasible de aplicarse una sanción determinada (por Ej. Multa o suspensión de derechos) pero delimita sus posibles alcances estableciendo rangos mínimos y máximos para cada tipo de infracción (...) con estos rangos dosifica los mínimos y máximos punitivos, según se trate de infracciones leves, graves y más graves. No obstante, dentro de estos linderos, la Administración preserva un nivel de discrecionalidad para elegir la cuantía de la sanción aplicable (...)"
(Subrayado agregado)

MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador". Lima: Gaceta Jurídica, Octava Edición, 2009. Páginas 693 a 696.

valor agregado de la fase metalúrgica; en aplicación del Principio de Congruencia Procesal, este Tribunal Administrativo sólo emitirá pronunciamiento sobre dichos aspectos³⁴.

Respecto a las utilidades netas

Es preciso anotar que de acuerdo al sub-numeral 2.5 del numeral 2 de los criterios específicos aprobados por Resolución N° 256-2013-OS/GG, el cálculo del beneficio ilegalmente obtenido incluye los “costos evitados”, que se relacionan con la postergación (costo postergado) u omisión de las inversiones (costos evitados en sentido estricto) destinadas a garantizar las condiciones de seguridad de las operaciones mineras; y/o el “beneficio ilícito obtenido”, esto es, la utilidad generada como consecuencia del incumplimiento³⁵.

Conforme se desprende del numeral 2 del Anexo de la resolución de sanción, a efectos de realizar el cálculo del factor “B” o beneficio ilícito, la GSM estimó las utilidades netas obtenidas por ANDALUCITA para el año 2014, a partir del nivel de ventas ajustado por la tasa de rendimiento promedio del sector minero; tomando como referencia la información proveniente del ESTAMIN y la Bolsa de Valores de Lima.

Al respecto, conviene indicar que si bien el citado método utilizado para estimar las utilidades netas obtenidas por la apelante constituye un criterio económico válido; lo cierto es que de acuerdo al Principio de Verdad Material recogido en el sub-numeral 1.11 del numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en concordancia con el numeral 6.1 del artículo 6° del mismo cuerpo normativo, la autoridad administrativa debe priorizar la motivación de sus pronunciamientos en función a aquellos hechos probados que guarden relación directa con el caso concreto³⁶.

³⁴ En atención al Principio de Congruencia Procesal, que forma parte del Principio de Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, los pronunciamientos de las entidades deben guardar relación con aquello que es materia de controversia dentro del procedimiento.

De otro lado, cabe acotar que el Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento N° 5 de la sentencia dictada en el Expediente N° 8327-2005-AA/TC y el literal e) del fundamento N° 7 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0896-2009-PH/TC, que el Principio de Debido Procedimiento comprende el de Congruencia Procesal

A mayor abundamiento, el Principio de Congruencia se encuentra reconocido, a su vez, en el artículo VII del Título Preliminar y numeral 6 del artículo 50° del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, aplicable de manera supletoria de conformidad con su Primera Disposición Final.

³⁵ Resolución N° 256-2013-OS/GG

2. CRITERIOS DE GRADUALIDAD

En consideración a lo señalado, las multas aplicables por infracciones relacionadas con la falta de autorización de construcción o de funcionamiento en concesiones de beneficio, serán calculadas realizando el siguiente examen de razonabilidad y proporcionalidad: (...)

2.5 El beneficio ilegalmente obtenido.

Cuando los agentes supervisados realizan sus actividades incumpliendo las normas legales y técnicas que rigen las actividades mineras, esta acción representa al infractor una ventaja económica. Para este fin, al momento de determinar la multa a imponer el cálculo incluye los costos evitados y/o beneficio ilícito obtenido. Los costos evitados se relacionan con la postergación u omisión de las inversiones destinadas a garantizar las condiciones de seguridad de las actividades mineras, siendo que respecto al beneficio ilícito obtenido se considera la utilidad generada como consecuencia del incumplimiento, de ser el caso.

³⁶ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

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: (...)

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.



En efecto, como se ha indicado al inicio del presente numeral, el Principio de Razonabilidad dota a la autoridad de una potestad discrecional en la determinación de la cuantía de la sanción dentro de los rangos legales; razón por la cual ésta se encuentra habilitada a recurrir a métodos económicos, contables, estadísticos o de cualquier otra naturaleza, que se fundamenten en criterios objetivos y sean compatibles con el cálculo de sanciones administrativas.

No obstante ello, en aquellos casos en que se cuente con información veraz y directamente relacionada al caso, es preciso privilegiar su aplicación en el cálculo de la multa, antes que recurrir a métodos de cálculo de tipo indirecto.

Por tales motivos, considerando que en el presente caso ANDALUCITA ha presentado su declaración de pago anual del impuesto a la renta de tercera categoría para el ejercicio gravable 2014 (en adelante, declaración de pago), obrante de fojas 263 a 265 del expediente, corresponde realizar el cálculo de la multa aplicable por la infracción al artículo 38° del RPM, en lo relativo al ejercicio 2014, tomando en consideración dicha información.

Junto a lo anterior, es pertinente precisar que de la revisión del Rubro II del numeral 1 de la declaración de pago, que contiene el Estado de Ganancias y Pérdidas a Valores Históricos (al 31 de diciembre de 2014), se advierte que la utilidad del ejercicio 2014 fue de S/. 2,082,719 (dos millones ochenta y dos mil con setecientos diecinueve nuevos soles) y no de S/. 0 (cero nuevos soles), conforme a lo alegado por la apelante.

Sobre el particular, la recurrente no debe confundir la renta neta o pérdida del ejercicio a que se refiere el numeral 2 de la declaración de pago, con la utilidad neta o pérdida del Estado de Ganancias y Pérdidas, arriba citado; dado que los primeros son conceptos definidos en la regulación tributaria y que se utilizan para efectos de la determinación del impuesto a la renta, mientras que los segundos reflejan la rentabilidad de la empresa en un periodo determinado, luego de impuestos.

De ahí que, no cabe considerar en el presente caso la información sobre renta neta o pérdida del ejercicio utilizada por la apelante para realizar el cálculo del impuesto a la renta del año 2014; toda vez que tales conceptos tienen un ámbito de aplicación distinto al que es materia de análisis en el presente procedimiento y, asimismo, porque el sub-numeral 2.5 del numeral 2 de los criterios específicos aprobados por Resolución N° 256-2013-OS/GG, indica expresamente que debe emplearse la "utilidad" para el cálculo del beneficio ilícito, esto es, a los resultados del ejercicio luego de impuestos o rentabilidad obtenida por la empresa durante el periodo de la infracción, lo que en este caso se ve reflejado en el Estado de Ganancias y Pérdidas.

Por lo anterior, corresponde desestimar lo alegado por la apelante en el sentido que no generó utilidades durante el ejercicio 2014 y que la multa final a aplicar sería igual a 0 (cero); siendo pertinente acotar que no se ha hecho referencia al ejercicio 2013, debido a que, conforme al numeral 6 precedente, la resolución de sanción fue revocada en el extremo referido a la declaración de responsabilidad y multa impuesta por la infracción al artículo 38° del RPM, respecto a dicho periodo.

En cuanto al factor de ajuste relacionado al valor agregado de la fase metalúrgica



Por otra parte, ANDALUCITA indica que no le resulta aplicable el factor de ajuste relacionado al valor agregado de los procesos metalúrgicos, debido a que ésta explota recursos mineros no metálicos, cuyo compuesto químico es un nesosilicato de aluminio que no emplea ningún insumo de tipo contaminante; agregando que debe tomarse en cuenta la Resolución Directoral N° 084-2013-MEM/DGM de fecha 22 de marzo de 2013 y la memoria descriptiva de la planta de beneficio "Lucita".

Al respecto, conviene reiterar que de conformidad con el sub-numeral 2.5 del numeral 2 de los criterios específicos aprobados por Resolución N° 256-2013-OS/GG, en el presente caso el beneficio ilícito viene definido por la utilidad generada como consecuencia del incumplimiento; razón por la cual, dicho concepto debe ajustarse a las circunstancias de la comisión de la ilícito administrativo, de modo tal que sólo se considere aquella rentabilidad obtenida por el administrado en razón del incumplimiento materia de sanción.

Por tal razón, al momento de realizar el cálculo del factor "B", la GSM aplicó hasta 04 (cuatro) factores de ajuste (a la baja) de las utilidades percibidas por ANDALUCITA durante el ejercicio 2014. En efecto, como se desprende del numeral 2 del Anexo de la resolución impugnada, las utilidades se acotaron en función al: a) periodo de la infracción, b) participación de la planta de beneficio "Lucita" en la obtención de concentrado, c) ratio de exceso en el beneficio de minerales; y, d) valor agregado de la fase metalúrgica.

Ahora bien, tratándose de este último factor de ajuste, corresponde indicar que su inclusión se justifica en la medida que la infracción imputada se verificó durante el desarrollo de actividades de beneficio; por lo que correspondía tomar en cuenta el valor económico adicional que adquieren los minerales al ser tratados durante dicha etapa del proceso productivo minero.

Como puede apreciarse del numeral 4 del Anexo de la resolución de sanción, el valor agregado de la fase metalúrgica se obtuvo a partir de la diferencia de ventas y valorización del stock (productos vendibles) y los costos intermedios (constituidos por los costos de mina y planta) relacionados con los procesos de concentración, en base a información proveniente del ESTAMIN y correspondiente a una muestra representativa de empresas cuyos procesos incluyen dicha etapa de tratamiento; razón por la cual este factor de ajuste reflejó el valor económico adicional directamente relacionado a los procesos de concentración.

De ahí que, en dicha sección del Anexo de la resolución impugnada se indicó que las unidades mineras que obtiene concentrado presentan un promedio el 62.13% de valor agregado para el sector minero por la fase metalúrgica.

En este contexto, conviene reiterar lo indicado en el numeral 8 de la presente resolución en el sentido que de la valoración de los medios probatorios presentados por la apelante y disponibles en el expediente administrativo, ha quedado acreditado que en la planta de beneficio "Lucita" se realizan procesos de concentración de andalucita cuyo producto final es el concentrado de dicho mineral no metálico; hecho que es reconocido por la propia recurrente en el numeral 4.3.1.11 del texto del Estudio de Impacto de Ambiental del proyecto Andalucita, aprobado por Resolución Directoral N° 410-2010-MEM/AAM de fecha 14 de diciembre de 2010, obrante de fojas 195 a 197 del expediente, presentado en su escrito de descargos.



En consecuencia, en la medida que el porcentaje correspondiente al valor agregado de la fase metalúrgica, para el presente caso se refiere a aquel proveniente del proceso de concentrado de minerales y ha sido determinado en función a información objetiva, pública y proveniente de una muestra representativa del sector minero; se considera que dicho factor es válido y que resulta aplicable para la estimación del beneficio ilícito debido a que la ANDALUCITA realiza procesos de concentración.

Además de ello, debe destacarse que la apelante no ha presentado información alguna relacionada a sus niveles de ventas, stock, costos de mina y planta que desvirtúen el valor promedio estimado por la GSM, la cual -en contraste- sí se fundamenta en información pública y objetiva, analizada a través de criterios económicos y estadísticos.

Por lo tanto, corresponde desestimar lo alegado por ANDALUCITA en este extremo.

Sobre la aplicación de la multa mínima

La apelante argumenta que se habría transgredido el Principio de Legalidad establecido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, así como el requisito de debida motivación; ya que la Resolución N° 286-2010-OS/CD, ni la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG establecen la aplicación de la multa mínima de 100 UIT.

Al respecto, cabe indicar que lo indicado por la ANDALUCITA carece de sustento debido a que el sub-numeral 3.1.2 del numeral 3.1 del Rubro 3 de la Resolución N° 256-2013-OS/GG, establece que tratándose de infracciones por operar sin autorización de funcionamiento en plantas beneficio, en ningún caso la multa deberá ser inferior al 0.01 del tope de la misma; lo que da como resultado la imposición de una multa mínima correspondiente a la infracción al artículo 38° del RPM de 100 UIT³⁷.

No obstante ello, debe tomarse en cuenta que según el Principio de Debido Procedimiento regulado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento, que comprende el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho³⁸.



³⁷ Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG.

3. DETERMINACIÓN DE LA MULTA

3.1 Infracciones ex ante (...)

3.1.2. Autorización de funcionamiento (...)

- 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.

³⁸ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Título Preliminar

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

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.



A su vez, el numeral 4 del artículo 3° y el numeral 6.1 del artículo 6° del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, contemplan que la motivación constituye un requisito de validez de los actos administrativos; 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 adoptado³⁹.

Por su parte, el Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, establece que las decisiones de la autoridad administrativa, cuando impongan sanciones 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 cometido⁴⁰.

Junto a lo anterior, es importante recalcar que el numeral 10 del artículo 64° del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, 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 posible⁴¹.

Bajo este marco legal, 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, llegándose a la conclusión de que si bien se encuentra dentro del rango dispuesto en el numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución 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.

Al respecto, debe resaltarse que el aludido criterio adoptado por los miembros del TASTEM constituye un elemento de juicio sobreviniente que favorece legalmente a la apelante que justifica la revocación de la Resolución N° 1758-2016 de fecha 08 de junio de 2016; por lo que, en aplicación del sub-numeral 212.1.3 del numeral 2.12.1 del artículo 212° del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, corresponde revocar dicho acto administrativo en el extremo referido a la determinación y graduación de la multa impuesta por la infracción al artículo 38° del RPM, en lo relativo al ejercicio 2014.



³⁹ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

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.

⁴⁰ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

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: (...)

1.4. 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.

⁴¹ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Artículo 64.- 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.



A su vez, corresponde precisar que el ejercicio de la facultad revocatoria en el presente caso no genera perjuicios a terceros en la medida que de acuerdo al Principio de Causalidad, la sanción impuesta sólo afecta a ANDALUCITA, en su calidad de agente infractor.

Con relación al nuevo cálculo de la multa

En atención a las consideraciones expuestas a lo largo de la presente resolución, corresponde realizar un nuevo cálculo de la multa de conformidad con la metodología aprobada por Resolución N° 256-2013-OS/GG, considerando que la infracción al artículo 38° del RPM se circunscribe al ejercicio 2014, la información sobre utilidades netas es aquella contenida en la declaración de pago presentada por la recurrente y la inaplicación de multa mínima de 100 UIT.

Cálculo del beneficio ilícito

Dicho ello, cabe indicar que de acuerdo a la declaración de pago, la utilidad neta percibida por ANDALUCITA durante el ejercicio 2014 asciende a S/. 2,082,719, el mismo que se actualiza a la fecha de cálculo de la multa (abril de 2016) en función al Índice de Precios al Consumidor (ICP) de Lima Metropolitana, obteniéndose un monto S/. 2,199,487.

Posteriormente, tal valor se ajusta en función a la participación de la planta de beneficio "Lucita" en la obtención de concentrado (100%), el ratio de exceso para el ejercicio 2014 (12.71%) y el valor agregado de la fase metalúrgica (62.13%), lo que arroja un valor de utilidades relacionadas a la infracción de S/. 173,721.

Aplicación de la metodología

La aplicación de la metodología aprobada por Resolución N° 256-2013-OS/GG y resultado final de la multa aplicable se reflejan en el Cuadro N° 1; correspondiendo precisar que se mantienen los valores asignados a la probabilidad de detección y factores agravantes y atenuantes, en la medida que los mismos no han sido cuestionados por ANDALUCITA en el recurso de apelación materia de análisis:

Cuadro N° 1: Cálculo de la multa

Concepto	Monto
Beneficio ilícito/Probabilidad de detección (B/P) (S/.):	173,721.00
Valor Tope, VT (S/.)	39,500,000
Valor Base, Q1 (S/.)	173,721.00
Factor de Gradualidad por comisión de infracción:	0.60
Valor Base graduado (S/.)	104,232.61
Valor de las Ventas, VV (S/.)	31,880,894.94
1% del Valor de las Ventas (S/.)	318,808.95
Monto del segundo valor base, M	104,232.61
Factor de Reincidencia	0.95
Multa calculada (S/.)	99,020.98
Multa (en UIT):	25.07



Por lo anterior, corresponde modificar la multa impuesta por la infracción al artículo 38° del RPM, en lo relativo al año 2014, reduciéndola de 100 UIT a 25.07 UIT.

Resumen del pronunciamiento

En atención a los considerandos expuestos, a continuación se resume el sentido del pronunciamiento contenido en la presente resolución:

- Declarar que la Resolución N° 1758-2016 queda firme en el extremo referido a la atribución de responsabilidad y multa impuesta por la infracción al literal f) del artículo 297° del RSSO.
- Revocar la Resolución N° 1758-2016 en los extremos referidos a:
 - La atribución de responsabilidad administrativa y sanción impuesta por la infracción al artículo 38° del RPM, en lo relativo al ejercicio 2013; y, en consecuencia, el archivo del procedimiento administrativo sancionador en tal extremo.
 - La determinación y graduación de la sanción correspondiente a la infracción al artículo 38° del RPM, en lo relativo al ejercicio 2014.
- Infundado el recurso de apelación presentado por ANDALUCITA; y, en consecuencia, confirmar la Resolución N° 1758-2016 en el extremo referido a la atribución de responsabilidad por la infracción al artículo 38° del RPM, en lo relativo al ejercicio 2014.
- Reducir de la multa correspondiente a la infracción al artículo 38° del RPM, en lo relativo al ejercicio 2014, de 100 UIT a 25.07 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 que la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1758-2016 de fecha 08 de junio de 2016, ha quedado **FIRME** en el extremo referido a la declaración de responsabilidad y sanción impuesta a ANDALUCITA S.A. por la infracción al literal f) del artículo 297° del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.



Artículo 2°.- Disponer la **REVOCACIÓN** de la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1758-2016 de fecha 08 de junio de 2016, en lo relativo a:

- La atribución de responsabilidad y sanción impuesta por la infracción al artículo 38° del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, en lo relativo al ejercicio 2013; así como el **ARCHIVO DEFINITIVO** del presente procedimiento

administrativo sancionador en tal extremo.

- La determinación y graduación de multa impuesta por la infracción al artículo 38° del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, en lo relativo al ejercicio 2014, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por ANDALUCITA S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1758-2016 de fecha 08 de junio de 2016; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en el extremo referido a la atribución de responsabilidad por la infracción al artículo 38° del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, en lo relativo al ejercicio 2014, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 4°.- Establecer que la multa por la infracción al artículo 38° del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, en lo relativo al ejercicio 2014, se reduce de 100 (cien) UIT a 25.07 (veinticinco con siete centésimas) UIT.

Artículo 5°.- Declarar agotada la vía administrativa.

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



ALFREDO JUAN CARLOS DAMMERT LIRA
PRESIDENTE