

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 174-2017-OS/TASTEM-S2

Lima, 18 de julio de 2017

VISTO:

El Expediente N° 201200147172 que contiene el recurso de apelación interpuesto por SHOUGANG HIERRO PERÚ S.A.A., representada por el señor Raúl Vera La Torre, contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Minera N° 288-2016 de fecha 28 de enero de 2016, mediante la cual se le sancionó con multa por incumplimiento de mandato.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución N° 288-2016, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a SHOUGANG HIERRO PERÚ S.A.A., en adelante SHOUGANG, con una multa de 206 (doscientas seis) UIT, por incumplimiento de mandato; conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Incumplir el mandato impuesto por el OSINERGMIN mediante Acta de fecha 19 de abril de 2012 y reiterado a través del Oficio N° 276-2012-OS-GFM de fecha 10 de julio de 2012, al continuar depositando relaves en la relavera "Pampa El Choclón", sin contar con autorización.	Rubro 9 del Anexo 1 de la Resolución N° 185-2008-OS/CD, modificado por Resolución N° 448-2008-OS/CD ¹	206 UIT
TOTAL		206 UIT²

Como antecedentes relevantes, cabe señalar lo siguiente:

¹ Resolución N° 185-2008-OS/CD.

Anexo 1

Rubro 9. Incumplir con medidas complementarias, correctivas, preventivas o de seguridad dispuestas, así como los mandatos de carácter particular u otras obligaciones que fueran dispuestas por OSINERGMIN.

Base legal: Art. 2° Ley N° 27699, artículos 10° y 13° de la Ley N° 28964, numeral 232.1 Ley N° 27444, artículos 18° y 41° del Reglamento aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 640-2007-OS/CD, artículos 21°, 31° y 79° del Reglamento General de OSINERGMIN aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM.

Multa: Hasta 1,000 UIT.

² Para la determinación y graduación de la sanción se observaron los criterios específicos aprobados por Resolución de Gerencia General N° 194-2015-OS/GG publicada con fecha 26 de diciembre de 2015, aplicable de conformidad con el artículo 3° de su parte resolutive.

Resolución de Gerencia General N° 194-2015-OS/GG

Artículo 3°.- Los criterios aprobados en la presente resolución son aplicables para la motivación de las sanciones que se impongan por infracciones contenidas en la Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD en los procedimientos administrativos sancionadores que se encuentren en trámite.

- a) Con fecha 12 de julio de 2012, la empresa supervisora SERVICIOS COMPLETO EN INGENIERÍA S.R.L., en adelante la Supervisora Externa, llevo a cabo la supervisión especial en la Unidad Minera "Marcona (CPS-1)" de titularidad de SHOUGANG, con el propósito de verificar el cumplimiento de los parámetros técnicos constructivos y operativos de los depósitos de relaves y el cumplimiento de las medidas administrativas impuestas en supervisiones anteriores³.
- b) Mediante escrito de registro N° 201200147172 de fecha 23 de julio de 2012, la Supervisora Externa presentó al OSINERGMIN el Informe N° 047-2012-SC INGENIERÍA S.R.L., obrante de fojas 06 a 62 del expediente, en adelante Informe de Supervisión, con los resultados de la supervisión especial efectuada.
- c) Por Oficio N° 320-2012-OS-GFM, notificado con fecha 14 de agosto de 2012, obrante a fojas 63 del expediente, la GSM comunicó a SHOUGANG el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador.
- d) Con escrito de registro N° 201200147172 presentado con fecha 24 de agosto de 2012, SHOUGANG presentó sus descargos al procedimiento administrativo sancionador.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

- 2. Mediante escrito de registro N° 201200147172 presentado con fecha 22 de febrero de 2016, SHOUGANG interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 288-2016, solicitando el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador, en atención a los siguientes fundamentos:

En cuanto a la afectación del derecho a la Libertad de Empresa y el derecho al trabajo

- a) Se ha transgredido el derecho constitucional a la Libertad de Empresa reconocido en el artículo 59° de la Constitución Política de 1993; ya que la paralización del depósito de relaves Pampa El Choclón implica la suspensión de las actividades mineras de la recurrente.

Asimismo, debe tomarse en cuenta que la referida infraestructura minera ha venido funcionando sin incidente alguno; razón por la cual no se ha producido vulneración de bienes jurídicos tales como la vida, salud, seguridad pública, ni el ambiente. A lo que se debe agregar que de mantenerse el mandato impuesto se vulneraría el derecho al trabajo de su personal y contratistas.

- b) El artículo 19° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 233-2009-OS/CD, así como la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, no establecen el concepto, requisitos, tipología, ni el procedimiento aplicable para el dictado de mandatos de carácter particular; motivo por el cual, no puede utilizarse como base legal para disponer la paralización de actividades.



³ La Unidad Minera "Marcona (CPS-1)" de titularidad de SHOUGANG se encuentra ubicada en el distrito de Marcona, provincia de Nazca, departamento de Ica.

Asimismo, el mandato de carácter particular debe calificarse como medida cautelar, de seguridad o correctiva; ya que constituye una orden del Estado en base a su poder de policía y sobre todo porque estas últimas se encuentran desarrolladas de manera clara en la regulación y la doctrina, debiendo anotarse que de acuerdo a esta última el mandato sólo tiene por finalidad la obtención de información.

Sobre la falta de motivación y vulneración de los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad

- c) El mandato impuesto no se encuentra debidamente motivado en la medida que la justificación no puede ser la de no contar con autorización; sino que debe existir peligro o riesgo inminente de afectación de la salud o seguridad, tal como lo establece la Ley N° 27444 para las medidas de carácter provisional, sobre todo considerando la magnitud de sus efectos, lo que no ocurrió.

Además de ello, debe tomarse en cuenta que si bien el TASTEM intentó justificar el dictado de la aludida medida administrativa, tal labor correspondía a la GSM; a lo que se debe agregar que el Colegiado no evaluó la racionalidad o proporcionalidad de la paralización dictada.

- d) El OSINERGMIN aceptó el estudio de estabilidad física presentado por SHOUGANG en cumplimiento del Oficio N° 188-2012-OS-GFM de fecha 21 de mayo de 2012. Tan es así, que emitió una serie de recomendaciones mediante Oficio N° 276-2012-OS de fecha 10 de julio de 2012.

Por lo tanto, el regulador consideró que la operación del depósito de relaves “Pampa El Choclón” no implicaba riesgo inminente para la seguridad.

- e) Pese a que se actuó de buena fe y se cumplió con lo requerido por el organismo fiscalizador, se mantuvo el mandato de paralización, desconociéndose la actitud de cumplimiento mostrada por la impugnante⁴.
- f) El mandato dictado vulnera los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad recogidos en la Ley N° 27444, dado que no existió ningún riesgo inminente acreditado que justificase la paralización del depósito de relaves.

Respecto al proceso contencioso administrativo iniciado contra el mandato

- g) Se encuentra en trámite en segunda instancia el proceso contencioso administrativo iniciado por SHOUGANG, en el cual se ha solicitado la nulidad de la Resolución N° 083-2012-OS/TASTEM de fecha 26 de octubre de 2012, que confirmó la validez del mandato impuesto.

En tal sentido, considerando que dicha medida administrativa aún no ha adquirido la calidad de firme en la vía judicial, que existe la posibilidad de que se declare su nulidad y con ello la de la multa impuesta; no corresponde exigir el cumplimiento del mandato

⁴ SHOUGANG agrega que mediante Carta N° GGA-12-181 de fecha 31 de julio de 2012, solicitó que se considere que el informe de estabilidad concluyó que el depósito de relaves “Pampa El Choclón” tenía la condición de estable, que cumplió con adjuntar un plan de trabajo de la implementación de mejoras y que se había iniciado el trámite para obtención de la autorización de funcionamiento respectiva.

de paralización, ni el pago de dicha sanción hasta que el Poder Judicial emita su pronunciamiento definitivo.

Con relación a la transgresión del Principio de Tipicidad

- h) Se ha transgredido el Principio de Tipicidad contemplado en la Ley N° 27444; ya que el Rubro 9 del Anexo 1 de la Resolución N° 185-2008-OS/CD, modificado por Resolución N° 448-2008-OS/CD no incluye la categoría “mandato” dentro de su supuesto de hecho, siendo que éste no puede considerarse incluido en el supuesto de “otras obligaciones que fueran dispuestas por OSINERGMIN”.

En torno a la determinación y graduación de la multa

- i) Se ha infringido el Principio de Razonabilidad, dado que la Resolución N° 194-2015-OS/GG establece valores fijos aplicables al “beneficio ilícito”; lo que no es congruente con la idea de “ahorro” en que debe basarse dicho factor y no permite valorar las circunstancias específicas del caso.

Asimismo, el cálculo del factor “B” no debe utilizar como insumo el no contar con autorización de funcionamiento para recrecimiento del depósito de relaves “Pampa El Choclón” a la cota 60 m.s.n.m., dado que tal hecho es parte de otro procedimiento sancionador en trámite.

- j) Se ha aplicado los criterios específicos aprobados por Resolución N° 194-2015-OS/GG, pese a que tal norma no se encontraba vigente a la fecha al momento de configurarse la infracción sancionada.

En cuanto a la vulneración del Principio de Legalidad por falta de competencia del OSINERGMIN

- k) Se ha vulnerado el Principio de Legalidad previsto en la Ley N° 27444; dado que el mandato, los Oficios N° 188-2012-OS-GFM y N° 327-2012-OS-GFM, así como la imposición de la multa se sustentaron en una visita de supervisión que carecía de justificación legal; dado que las competencias de fiscalización del OSINERGMIN en el ámbito de las actividades mineras fueron derogadas mediante Ley N° 29783, publicada el 20 de agosto de 2011, y precisadas con la publicación de la Ley N° 29901, el 12 de julio de 2012.

- 3. A través del Memorándum N° GFM-95-2016, recibido con fecha 26 de febrero de 2016, la GSM remitió a la Sala 2 del TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

- 4. Con relación a los argumentos contenidos en los literales a) al g) del numeral 2 de la presente resolución, es de señalar que según el Principio de Legalidad previsto en el sub-numeral 1.1 del numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS; 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 conferidas⁵.

Por su parte, el Principio de Debido Procedimiento previsto en el sub-numeral 1.2 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, establece que los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo, que comprenden -entre otros- el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho⁶.

Al respecto, 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, indican 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 adoptado⁷.

Junto a lo anterior, es pertinente resaltar el contenido del Principio de Congruencia Procesal, derivado del Principio de Debido Procedimiento, según el cual los pronunciamientos de las entidades deben guardar relación con aquello que es materia de controversia dentro del procedimiento⁸.

Por lo tanto, las resoluciones que emiten los órganos competentes deben adecuarse al contenido del ordenamiento jurídico vigente y los hechos respecto de los cuales se han formado convicción de verdad material durante la tramitación del procedimiento; siendo particularmente necesario que exista coherencia entre lo resuelto y el objeto del procedimiento.

⁵ 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:

1.1. 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.

⁶ 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:

1.2. 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.

⁷ 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 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.

⁸ Al respecto, 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

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.



En efecto, de acuerdo a lo señalado por el Tribunal Constitucional en el literal e) del Fundamento N° 5 de la sentencia recaída en el expediente N° 04295-2007-PHC/TC, se afectará el contenido del derecho a la debida motivación de las resoluciones en caso de configurarse el supuesto de "*motivación sustancialmente incongruente*", que ocurre cuando se desvía la decisión del marco del debate procesal (incongruencia activa), es decir, cuando el pronunciamiento emitido no guarda relación con la materia controvertida⁹.

De otro lado, es preciso tomar en cuenta que de acuerdo al literal c) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privadas en los Servicios Públicos, en concordancia con el artículo 21° del Reglamento General del OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM; el OSINERGMIN se encuentra facultado a dictar mandatos de carácter particular referidos a intereses, obligaciones o derechos de los administrados bajo su ámbito de competencia¹⁰.

A su vez, el artículo 2° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG), dispone que el regulador se encuentra habilitado para disponer la paralización de obras y suspensión definitiva o temporal de actividades que no se encuentren debidamente autorizadas de acuerdo a la legislación vigente o de presumirse peligro inminente para la salud de la población¹¹.

Junto a lo anterior, el artículo 19° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 233-2009-OS/CD, aplicable al presente caso, establece que los órganos competentes podrán emitir mandatos o disposiciones, fuera o dentro del procedimiento sancionador, cuando éstas sean necesarias para garantizar que el administrado actúe apegado a sus deberes o para evitar que se cometa o se continúe la comisión de un ilícito administrativo sancionable, así como para coadyuvar en las investigaciones preliminares, para obtener información a ser puesta a disposición del público o para resolver un expediente o caso sujeto a la competencia de OSINERGMIN¹².

⁹ La sentencia Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 04295-2007-PHC/TC se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/04295-2007-HC.html>

¹⁰ Ley N° 27332.

Artículo 3.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones: (...)

c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios (...)

Decreto Supremo N° 054-2001-PCM.

Artículo 21.- Definición de Función Normativa

Corresponde a OSINERG dictar de manera exclusiva y dentro de su ámbito de competencia, reglamentos y normas de carácter general, aplicables a todas las ENTIDADES y usuarios que se encuentren en las mismas condiciones. Estos reglamentos y normas podrán definir los derechos y obligaciones de las ENTIDADES y de éstas con sus usuarios.

De conformidad con la normatividad vigente, esta función comprende también la facultad del OSINERG de dictar mandatos y normas de carácter particular, referidas a intereses, obligaciones o derechos de las ENTIDADES o actividades bajo su competencia, o de sus usuarios, así como la de dictar directivas o procedimientos relacionados con la seguridad y la prevención del riesgo eléctrico.

La función normativa de OSINERG no comprende aquella que le corresponde de acuerdo a Ley al Ministerio de Energía y Minas, como responsable del SECTOR ENERGÍA.

¹¹ Ley N° 27699.

Artículo 2.- Facultades Complementarias del OSINERG

El OSINERG está facultado para disponer el retiro de las instalaciones, paralización de obras, suspender definitiva o temporalmente las actividades que se realicen en los subsectores de electricidad e hidrocarburos, que no se encuentren debidamente autorizadas de acuerdo a la legislación vigente o de presumirse peligro inminente para la salud de la población (...).

¹² Resolución N° 233-2009-OS/CD.

Artículo 19.- Mandatos o disposiciones de carácter particular de OSINERGMIN



Por otra parte, es preciso anotar que según el literal n) del artículo 23° y el artículo 28° del Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 205-2009-OS/CD, en concordancia con el artículo 156° de la Ley N° 27444, aplicables al presente caso; las actas e informes de supervisión contienen una descripción detallada de los hechos constatados durante la supervisión, en calidad de hallazgos, así como de las obligaciones verificadas materia de supervisión; razón por la cual evidencian el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones a cargo de los administrados⁽¹³⁾⁽¹⁴⁾.

En adición a ello, el numeral 50.1 del artículo 50° del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, prescribe que son documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades públicas; mientras que el artículo 174° del mismo cuerpo normativo, señala que constituyen hechos no sujetos a actuación probatoria, entre otros, aquellos que hayan sido comprobados con ocasión del ejercicio de las funciones atribuidas a la autoridad administrativa¹⁵.

Por tales motivos, el numeral 18.6 del artículo 18° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD, aplicable de conformidad con la Primera Disposición Complementaria Transitoria de la Resolución N° 040-2017-OS/CD, estableció que los informes técnicos, actas probatorias, cartas de visita de fiscalización y actas de supervisión, constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos se presume

El órgano competente podrá emitir mandatos o disposiciones, fuera o dentro del procedimiento sancionador, cuando éstas sean necesarias para garantizar que el administrado actúe apegado a sus deberes o para evitar que se cometa o se continúe la comisión de un ilícito administrativo sancionable, así como para coadyuvar en las investigaciones preliminares, para obtener información a ser puesta a disposición del público o para resolver un expediente o caso sujeto a la competencia de OSINERGMIN.

¹³ Resolución N° 205-2009-OS/CD(*)

Artículo 23.- Obligaciones de las Empresas Supervisoras

Las empresas supervisoras tienen las siguientes obligaciones: (...)

n) Deberán levantar actas de fiscalización en presencia de los funcionarios de las empresas a ser supervisadas quienes deberán suscribir dicho documento, en caso contrario deberá consignarse su negativa a firmar

Artículo 28.- Informes de Supervisión

Las Empresas Supervisoras están obligadas a presentar informes al OSINERGMIN de acuerdo a los requerimientos de cada Gerencia de Fiscalización o área equivalente. El Informe tendrá carácter de Declaración Jurada y será suscrito por el responsable de la fiscalización y remitido por el representante legal de la Empresa Supervisora, cuando corresponda.

Los informes son presentados en calidad de recomendación; por lo que no resultan vinculantes para OSINERGMIN, y deberán contener una descripción detallada tanto de los hechos constatados, en calidad de hallazgos, así como de las obligaciones verificadas materia de supervisión. (...)

(*) Se aplica el Reglamento aprobado por Resolución N° 205-2009-OS/CD, debido a que se encontraba vigente a la fecha en que se desarrollaron las supervisiones del 18 al 19 de abril y 12 de julio de 2012, en la Unidad Minera "Marcona (CPS-1)" de titularidad de SHOUANG.

¹⁴ Ley N° 27444(*)

Artículo 156.- Elaboración de actas

Las declaraciones de los administrados, testigos, peritos y las inspecciones serán documentadas en un acta, cuya elaboración seguirá las siguientes reglas:

1. El acta indica el lugar, fecha, nombres de los partícipes, objeto de la actuación y otras circunstancias relevantes, debiendo ser formulada, leída y firmada inmediatamente después de la actuación, por los declarantes, la autoridad administrativa y por los partícipes que quisieran hacer constar su manifestación.

(*) Texto vigente a la fecha de las supervisiones del 18 al 19 de abril y 12 de julio de 2012, en la Unidad Minera "Marcona (CPS-1)" de titularidad de SHOUANG.

¹⁵ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Artículo 50.- Valor de documentos públicos y privados

50.1 Son considerados documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades.

Artículo 174.- 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.



cierta y que responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario⁽¹⁶⁾(¹⁷).

Es así que, si bien dentro del procedimiento sancionador la carga de la prueba recae sobre la Administración, una vez acreditada la comisión del ilícito en función a las pruebas de cargo obrantes en el expediente y, por tanto, desvirtuados los efectos del Principio de Presunción de Licitud, regulado en el numeral 9 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS; es responsabilidad del administrado ejercer su derecho de defensa y aportar los medios de prueba que desvirtúen el contenido de la prueba de cargo¹⁸.

Bajo este marco legal, es oportuno señalar que de acuerdo a la sección "Hechos Constatados" del Acta de Supervisión de fecha 19 de abril de 2012, obrante de fojas 117 a 119 del expediente, durante la supervisión realizada del 18 al 19 de abril de 2012 a la instalaciones de la Unidad Minera "Marcona (CPS-1)" de titularidad de SHOUGANG, se verificó -entre otros- que el depósito de relaves "Pampa El Choclón" presentaba las siguientes condiciones:

- En su primera etapa, la cota máxima de disposición de relaves fue de 48 m.s.n.m.
- En su segunda etapa, contaba con autorización de construcción a la cota 61 m.s.n.m.; sin embargo, el dique principal se encontraba construido (en promedio) hasta la cota 54 m.s.n.m.
- El nivel de disposición de relaves aguas arriba alcanzaba la cota 59 m.s.n.m.
- Se realizó el apilamiento de material de desmonte hasta la cota 62.181 m.s.n.m. aguas arriba del dique principal, a unos cuatro (04) metros al pie del talud.
- No se implementó el dique secundario; razón por la cual el relave excedió el área de la relavera, existiendo tales desechos sobre terreno natural.

En atención a ello, se dispuso que la apelante presente al OSINERGMIN la autorización de funcionamiento otorgada por la Dirección General de Minería – DGM del Ministerio de Energía y Minas – MEM para la operación de dicha infraestructura minera por encima de la cota 48 m.s.n.m., la cual debía considerar la construcción de un porción del dique principal, así como la modificación del proyecto original a través de la construcción de un dique aguas arriba del dique principal a la cota 62.18 m.s.n.m.; para lo cual se fijó como plazo máximo de cumplimiento el 23 de abril de 2012.

Complementariamente, en la referida Acta de Supervisión se indicó lo siguiente:

¹⁶ Resolución N° 272-2012-OS/CD.

Artículo 18.- Inicio del Procedimiento (...)

18.6. Los Informes Técnicos, Actas Probatorias, Cartas de Visita de Fiscalización, Actas de Supervisión constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos se presume cierta y que responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario.

¹⁷ Resolución N° 040-2017-OS/CD

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA

Primera.- Los procedimientos administrativos sancionadores actualmente en trámite continúan rigiéndose por las disposiciones bajo las cuales se iniciaron, salvo las disposiciones del presente Reglamento que reconozcan derechos o facultades a los administrados frente a la Administración, en lo referido a la tipificación de la infracción, a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor el presente reglamento. En este último caso, se aplicarán tales disposiciones previo informe del órgano que emitió el acto administrativo que dio fin al procedimiento administrativo sancionador, siendo dicha decisión inimpugnable.

¹⁸ 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: (...)

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.



*"(...) De no contar con la referida autorización las operaciones de la presa de relaves Choclón **deberán ser paralizadas hasta que el titular minero cuente con un expediente técnico debidamente autorizado en su construcción y funcionamiento por encima de la cota 48 m.s.n.m.**"*

(Negrita y subrayado agregados)

Junto a ello, a través del Oficio N° 276-2012-OS-GFM de fecha 10 de julio de 2012, notificado con fecha 11 de julio de 2012, obrante a fojas 122 del expediente, la GSM reiteró y precisó a SHOUGANG que debía cumplir con la citada medida de paralización de disposición de relaves en la relavera "Pampa El Choclón" dictada en el Acta de Supervisión de fecha 19 de abril de 2012; toda vez que esta tenía la naturaleza jurídica de mandato, cuyo incumplimiento resultaba sancionable de conformidad con la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones, aprobada por Resolución N° 185-2008-OS/CD, modificada por Resolución N° 448-2008-OS/CD.

Así las cosas, se advierte que a través del Acta de Supervisión de fecha 19 de abril de 2012, complementada con el Oficio N° 276-2012-OS-GFM de fecha 10 de julio de 2012, se impuso a la apelante el mandato de carácter particular consistente en paralizar la disposición de relaves en el depósito "Pampa El Choclón" hasta que cuente con la autorización de funcionamiento por encima de la cota 48 m.s.n.m., así como la autorización de construcción de la modificación del proyecto original de la segunda etapa; sin embargo, ello no fue cumplido por SHOUGANG.

En efecto, de acuerdo al numeral 1 de la sección "Hechos Constatados" del Acta de Supervisión (Cierre) de fecha 12 de julio de 2012, obrante de fojas 30 a 32 del expediente, durante la supervisión especial realizada en dicha fecha a la Unidad Minera "Marcona (CPS-1)" se verificó lo siguiente:

*"(...) 1. Se ha constatado durante la supervisión que **en el depósito de relaves Pampa Choclón; SHOUGANG HIERRO PERÚ S.A.A. viene depositando relaves, incumpliendo lo indicado en el acta de la supervisión de fecha 19 de abril de 2012 y lo reiterado en el mandato según Oficio N° 276-2012-OS-GFM** dado por OSINERGMIN"*

(Negrita y subrayado agregados)

En adición, en las visitas fotográficas N° 1, 2 y 9 del Informe de Supervisión, obrantes a fojas 34 y 38 del expediente, las cuales se encuentran debidamente fechadas, se advierte la disposición de relaves en el depósito "Pampa El Choclón" observada por la Supervisora Externa.

Con relación a la obtención de las autorizaciones requeridas, es oportuno anotar que en la sección "Observaciones" de la referida Acta de Supervisión (Cierre), SHOUGANG dejó constancia -entre otros- de que se encontraba en trámite ante la DGM del MEM el procedimiento tendiente a la obtención de la autorización para recrecimiento del dique del depósito de relaves "Pampa El Choclón" de la cota 54 m.s.n.m. a 60 m.s.n.m.; con cuya aprobación obtendría la autorización de funcionamiento pendiente.

Asimismo, de la revisión de los actuados obrantes en el expediente, se advierte que recién con posterioridad a la supervisión, la apelante obtuvo las siguientes autorizaciones:

- Resolución N° 133-2013-MEM-DGM/V de fecha 22 de marzo de 2013, obrante a fojas 137 del expediente, que autorizó el funcionamiento del depósito de relaves "Pampa El

Choclón" hasta la cota 54 m.s.n.m., sin eximir de las responsabilidades administrativas por haber operado dicha infraestructura sin contar con la autorización respectiva.

- Resolución N° 163-2013-MEM-DGM/V de fecha 10 de abril de 2013, obrante a fojas 132 del expediente, que autorizó la construcción de la segunda etapa de recrecimiento de la presa del depósito de relaves en cuestión a la cota 60 m.s.n.m.
- Resolución N° 0573-2014-MEM-DGM/V de fecha 17 de diciembre de 2014, obrante a fojas 143 del expediente, que autorizó el funcionamiento del recrecimiento de la presa a la cota 60 m.s.n.m.

De lo anterior, se desprende que a la fecha de la supervisión del 12 de julio de 2012, SHOUGANG se encontraba disponiendo relaves en el depósito de relaves "Pampa El Choclón" pese a que no contaba con las autorizaciones requeridas por el regulador a través del Acta de Supervisión de fecha 19 de abril de 2012, complementada con el Oficio N° 276-2012-OS-GFM de fecha 10 de julio de 2012; toda vez que la autorización para operar tal infraestructura por encima de la cota 48 m.s.n.m. fue emitida el 22 de marzo de 2013 y obtuvo las autorizaciones de construcción y funcionamiento correspondientes a la modificación de la segunda etapa en abril de 2013 y diciembre de 2014, respectivamente.

Por lo tanto, encontrándose acreditado el incumplimiento del mandato impuesto en función al contenido del Informe de Supervisión y Acta de Supervisión (Cierre), los cuales constituyen medios probatorios dentro del presente procedimiento administrativo sancionador y, por tanto, desvirtuados los efectos del Principio de Presunción de Licitud; en aplicación del numeral 171.2 del artículo 171° del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS; era responsabilidad de la apelante presentar los medios probatorios que desvirtúen su contenido y consiguiente responsabilidad por tal incumplimiento, lo que no ocurrió¹⁹.

En efecto, SHOUGANG no ha formulado argumento de defensa, ni presentado medio de prueba alguno que acredite que haya cumplido con el mandato de carácter particular impuesto; habiéndose limitado a cuestionar aspectos directamente relacionados a la validez y eficacia de dicha medida administrativa.

En cuanto a la afectación del derecho a la Libertad de Empresa y el derecho al trabajo, la falta de motivación y vulneración de los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad

Al respecto, SHOUGANG sostiene que el mandato impuesto transgrede su derecho constitucional a la Libertad de Empresa, el derecho al trabajo de su personal y contratistas; y que no se ha producido afectación alguna a la vida, salud, seguridad pública, ni el ambiente.

De igual forma, refiere que el Reglamento aprobado por Resolución N° 233-2009-OS/CD no establece los alcances aplicables a los mandatos de carácter particular, los mismos que deben incorporarse dentro de las categorías de medidas cautelares, de seguridad o correctivas; sobre todo considerando que éstas sólo tendrían por finalidad la obtención de información.

¹⁹ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Artículo 171.- Carga de la prueba (...)

171.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

De otro lado, indica que el mandato no se encontraría debidamente motivado y vulneraría los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad, pues no podría sustentarse en el hecho de no contar con la autorización del MEM, sino que debió existir un peligro o riesgo inminente para la salud o seguridad, lo que no ocurrió; y, que el TASTEM intentó justificar el dictado de tal medida pese a no ser su competencia, además de no haber evaluado la racionalidad de la misma.

Finalmente, la impugnante anota que debe tomarse en cuenta que el regulador habría aceptado el estudio de estabilidad física presentado en cumplimiento del Oficio N° 188-2012-OS-GFM y reconocido que la operación del depósito no implicaba riesgo alguno; además de haber actuado de buena fe y cumplido con los requerimientos formulados.

Al respecto, este Tribunal Administrativo estima conveniente resaltar que la materia controvertida dentro del presente procedimiento consiste en determinar si SHOUGANG cumplió con el mandato de carácter particular impuesto a través del Acta de Supervisión de fecha 19 de abril de 2012, complementada con el Oficio N° 276-2012-OS-GFM de fecha 10 de julio de 2012; y no así, en establecer la validez y eficacia de dicha medida administrativa.

En efecto, de conformidad con el Oficio N° 320-2012-OS-GFM, notificado con fecha 14 de agosto de 2012, obrante a fojas 63 del expediente, con el cual se estableció el objeto de debate dentro del procedimiento sancionador tramitado en el Expediente N° 201200147172, los hechos controvertidos giran en torno a los resultados de la supervisión de fecha 12 de julio de 2012, en la cual se verificó el incumplimiento de la medida administrativa materia de análisis; razón por la cual, a través de la Resolución N° 288-2016, se analizaron tales hechos y no el contenido del mandato.

Asimismo, debe anotarse que de conformidad con el numeral 206.1 del artículo 206° de la Ley N° 27444 y el numeral 31.1 del artículo 31° del Reglamento aprobado por Resolución N° 233-2009-OS/CD, vigentes a la fecha de imposición del mandato, todos los argumentos de defensa tendientes a cuestionar la validez y eficacia de dicha medida debieron ser viabilizados por la recurrente a través de los recursos administrativos de reconsideración o apelación; lo que ocurrió en el presente caso²⁰.

Es así que, en el marco del procedimiento tramitado en el Expediente N° 201200059314-C, SHOUGANG interpuso recurso de apelación contra el Oficio N° 327-2012-OS-GFM de fecha 20 de agosto de 2012, a través del cual dicha administrada cuestionó el contenido del mandato en lo relativo a su supuesta falta de motivación, razonabilidad y proporcionalidad, utilizando similares argumentos a los planteados en esta instancia; el mismo que fue declarado infundado a través de la Resolución N° 083-2012-OS/TASTEM-S2 de fecha 26 de octubre de 2012, obrante de fojas 123 a 129 del expediente.



²⁰ Ley N° 27444.

Artículo 206.- Facultad de contradicción

206.1 Conforme a lo señalado en el Artículo 108, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente.

Resolución N° 233-2009-OS/CD.

Artículo 31.- Recursos Administrativos

31.1. Los recursos administrativos de reconsideración y apelación proceden únicamente contra las resoluciones que ponen fin a la instancia, contra aquellos actos administrativos que disponen mandatos, medidas correctivas, cautelares y de seguridad y contra los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar con el procedimiento o produzcan indefensión.

En este contexto, queda acreditado que la recurrente tuvo la oportunidad de cuestionar el contenido del mandato impuesto durante la supervisión de abril de 2012, por lo que ejerció oportunamente su derecho de contradicción a través del recurso de apelación a que se refiere el párrafo anterior; el cual fue analizado y desestimado por esta Sala, quedando firme tal medida en sede administrativa.

Junto a lo anterior, debe tomarse en cuenta que de conformidad con el Principio de Cosa Decidida, que según el Fundamento N° 3 de la sentencia del Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 413-2000-AA/TC forma parte del Principio de Debido Procedimiento, no cabe emitir nuevo pronunciamiento sobre hechos que ya fueron resueltos por la autoridad administrativa²¹.

De este modo, en aplicación de los Principios de Cosa Decidida y Congruencia Procesal, en concordancia con el numeral 172.1 del artículo 172° del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, corresponde desestimar los argumentos expuestos por SHOUGANG en estos extremos, en la medida que tienen como propósito cuestionar un acto administrativo que ha quedado firme en sede administrativa y no guardan relación con la materia controvertida dentro del presente procedimiento sancionador²².

Sin perjuicio de lo anterior, es preciso recalcar que de acuerdo al marco legal citado al inicio del presente numeral, el mandato impuesto por el OSINERGMIN fue emitido de conformidad con sus atribuciones reconocidas en las Leyes N° 27332 y N° 27699, además de los Reglamentos aprobados por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM y Resolución N° 233-2009-OS/CD; los cuales habilitan al regulador a disponer, entre otros, la paralización o suspensión de actividades que no se encuentren autorizadas de acuerdo a la legislación vigente; medidas que, además, son congruentes con el contenido de los mandatos de carácter particular, dado que éstas tienen como propósito garantizar que el administrado actúe conforme a deberes legales, los cuales comprenden la obtención de las autorizaciones respectivas de la autoridad competente.

Respecto al proceso contencioso administrativo iniciado contra el mandato

Por otro lado, SHOUGANG refiere que se encuentra en trámite en segunda instancia, el proceso contencioso administrativo en el cual se ha solicitado la nulidad de la Resolución N° 083-2012-OS/TASTEM de fecha 26 de octubre de 2012; por lo que el mandato no habría adquirido firmeza en sede judicial y, por tanto, existe la posibilidad de que se declare su nulidad y con ello la de la multa impuesta.

En tal sentido, la apelante agrega que no corresponde exigir el cumplimiento del mandato de paralización, ni el pago de dicha sanción hasta que el Poder Judicial emita su pronunciamiento definitivo.

²¹ La sentencia Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 413-2000-AA/TC se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00413-2000-AA.html>

²² Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Artículo 172.- Actuación probatoria

172.1 Cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija, la entidad dispone la actuación de prueba, siguiendo el criterio de concentración procesal, fijando un período que para el efecto no será menor de tres días ni mayor de quince, contados a partir de su planteamiento. Sólo podrá rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios.

Al respecto, corresponde señalar que de conformidad con el numeral 171.2 del artículo 171° del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, y el artículo 200° del Código Procesal Civil, aplicable de manera supletoria de conformidad con la Primera Disposición Final de dicho cuerpo normativo y el Principio de Debido Procedimiento, corresponde a los administrados aportar los medios de prueba que acrediten los hechos que sustenten sus argumentos de defensa; caso contrario, no se tendrán por verdaderos²³.

A su vez, acorde con el numeral 226.1 del artículo 226° del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en concordancia con el artículo 25° del T.U.O. de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, los actos administrativos que agotan la vía administrativa sólo podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso-contencioso administrativo, el mismo que no impide la vigencia ni la ejecución del acto recurrido, salvo que el Juez dicte una medida cautelar o la ley disponga lo contrario²⁴.

En este contexto, cabe indicar que si bien la recurrente hace referencia a la existencia de un proceso contencioso administrativo en el cual ha cuestionado la Resolución N° 083-2012-OS/TASTEM, que confirmó la validez del mandato impuesto; ésta no ha presentado medio probatorio alguno que acredite dicha alegación.

No obstante, es preciso resaltar que de existir el referido proceso contencioso administrativo; ello no desvirtúa el carácter ejecutivo del mandato; dado que conforme al T.U.O. de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, la tramitación del mismo no impide la vigencia ni la ejecución de tal medida administrativa; más aún cuando SHOUANG no ha acreditado que la autoridad judicial haya emitido una medida cautelar que ordene la suspensión de sus efectos.

En tal sentido, de conformidad con el artículo 9° del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, tratándose de una medida administrativa válida y eficaz; sí correspondía exigir su ejecución y sancionar su incumplimiento en el marco del presente procedimiento administrativo sancionador, careciendo de sustento lo alegado al respecto²⁵.

²³ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Artículo 171.- Carga de la prueba (...)

171.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

Código Procesal Civil.

Artículo 200.- Si la parte no acredita con medios probatorios los hechos que ha afirmado en su demanda o reconvención, estos no se tendrán por verdaderos y su demanda será declarada infundada

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA.-

Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza

²⁴ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Artículo 226.- Agotamiento de la vía administrativa

226.1 Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el artículo 148 de la Constitución Política del Estado.

T.U.O. de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo

Decreto Supremo N° 013-2008-JUS.

Artículo 25.- Efecto de la Admisión de la demanda

La admisión de la demanda no impide la vigencia ni la ejecución del acto administrativo, salvo que el Juez mediante una medida cautelar o la ley, dispongan lo contrario.

²⁵ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Artículo 9.- Presunción de validez



Por otra parte, es pertinente anotar que según el numeral 27.7 del artículo 27° del Reglamento aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD, norma bajo la cual se ha tramitado el presente procedimiento administrativo sancionador, la interposición de cualquier recurso administrativo contra la resolución que impone la sanción suspende los efectos de esta última, salvo aquellos recursos destinados a impugnar la aplicación de medidas de seguridad, cautelares, correctivas, así como los mandatos y/o las disposiciones que el OSINERGMIN emita en el ejercicio de sus atribuciones²⁶.

Conforme a lo anterior, si bien es cierto la interposición del recurso de apelación contra la Resolución N° 288-2016 suspendió los efectos de la misma; luego de la emisión de la presente resolución, adquirirá carácter ejecutivo y, por tanto, resultará exigible; salvo que, conforme se ha explicado previamente, en concordancia con el artículo 201° del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, se emita mandato judicial en contrario²⁷.

En atención a las consideraciones expuestas, corresponde desestimar los argumentos formulados por SHOUGANG en estos extremos.

Con relación a la transgresión del Principio de Tipicidad

5. Sobre el argumento contenido en el literal h) 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 analógica²⁸.

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 legal²⁹.



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

²⁶ Resolución N° 272-2012-OS/CD.

Artículo 27.- Recursos administrativos (...)

27.7. La interposición de cualquier recurso administrativo contra la resolución que impone la sanción suspende los efectos de esta última, salvo aquellos recursos destinados a impugnar la aplicación de medidas de seguridad, cautelares, correctivas, así como los mandatos y/o las disposiciones que el OSINERGMIN emita en el ejercicio de sus atribuciones, los que no suspenderán la ejecución del acto impugnado, salvo lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 216 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

²⁷ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Artículo 201.- Ejecutoriedad del acto administrativo

Los actos administrativos tendrán carácter ejecutivo, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley.

²⁸ 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 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 o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria (...)

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 existentes³⁰.

Bajo este marco legal, SHOUGANG sostiene que se habría vulnerado el mencionado Principio de Tipicidad dado que el tipo infractor no incluye la categoría “mandato” dentro de su supuesto de hecho, siendo que éste no puede considerarse incluido en el supuesto de “otras obligaciones que fueran dispuestas por OSINERGMIN”.

Sobre el particular, debe advertirse que el Rubro 9 del Anexo 1 de la Resolución N° 185-2008-OS/CD, modificado por Resolución N° 448-2008-OS/CD, imputado a la recurrente, indica lo siguiente:

“Anexo 1

Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de la Supervisión y Fiscalización de las actividades mineras

Rubro 9. Incumplir con *medidas complementarias, correctivas, preventivas o de seguridad dispuestas, así como **los mandatos de carácter particular** u otras obligaciones que fueran dispuestas por OSINERGMIN”*

Base legal: Art. 2° Ley N° 27699, artículos 10° y 13° de la Ley N° 28964, numeral 232.1 Ley N° 27444, artículos 18° y 41° del Reglamento aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 640-2007-OS/CD, artículos 21°, 31° y 79° del Reglamento General de OSINERGMIN aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM.

(Negritas y subrayado agregados)

Como puede advertirse de la norma transcrita, el ilícito en cuestión incluye expresamente dentro de su supuesto de hecho a los mandatos de carácter particular emitidos, entre otros, en el marco de la Leyes N° 27699 y N° 28964, el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN y el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, como ocurrió en el presente caso.

En tal sentido, sí correspondía imputar el incumplimiento del mandato impuesto a través del Acta de Supervisión de fecha 19 de abril de 2012, complementada con Oficio N° 276-2012-OS-GFM de fecha 10 de julio de 2012 en función al referido tipo infractor, el cual define en forma clara y precisa la conducta sancionable.

Por lo tanto, no se ha producido transgresión alguna del Principio de Tipicidad, correspondiendo desestimar lo alegado por la apelante sobre el particular.

En torno a la determinación y graduación de la multa

6. Respecto a los argumentos contenidos en los literales i) e j) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que de acuerdo al Principio de Razonabilidad regulado en el numeral 3

²⁹ 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>.

³⁰ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima. 9° edición, 2011.

del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, 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 deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación³¹:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido
- b) La probabilidad de detección
- c) El perjuicio económico causado
- d) La reincidencia
- e) Las circunstancias de la comisión de la infracción
- f) El beneficio ilegalmente obtenido
- g) 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 administrativa³².

De otro lado, es pertinente anotar que mediante Resolución N° 185-2008-OS/CD, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 07 de marzo de 2008, se aprobó como Anexo 1 la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de la Supervisión y Fiscalización Minera; cuyo Rubro 9, modificado por Resolución N° 448-2008-OS/CD publicada el 06 de junio de 2008, tipificó como infracción sancionable el incumplimiento de los mandatos de carácter particular dictados por el OSINERGMIN.

Posteriormente, a efectos de actualizar y adecuar la referida tipificación al marco normativo vigente, se expidió la Resolución N° 035-2014-OS/CD, publicada con fecha 07 de marzo de 2014, que derogó la Resolución N° 185-2008-OS/CD y aprobó la nueva Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de la Supervisión y Fiscalización de las Actividades Mineras, manteniéndose la referida infracción en el mismo rubro.



³¹ 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:

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 deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d) El perjuicio económico causado;
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

³² MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador". Lima: Gaceta Jurídica, Octava Edición, 2009. Páginas 693 a 696.

A su vez, mediante Resolución N° 194-2015-OS/GG, publicada con fecha 26 de diciembre de 2015, se aprobaron los criterios específicos para la aplicación de las sanciones contenidas en la citada Tipificación aprobada por Resolución N° 035-2014-OS/CD; siendo oportuno citar lo indicado en el artículo 3° de su parte resolutiva:

“Artículo 3.- Los criterios aprobados en la presente resolución son aplicables para la motivación de las sanciones que se impongan por infracciones contenidas en la Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS-CD en los procedimientos administrativos sancionadores que se encuentren en trámite”

(Negritas y subrayado agregados)

Acorde con lo anterior, el marco legal aplicable para la determinación y graduación de las sanciones previstas en la Tipificación aprobada por Resolución N° 185-2008-OS/CD, modificada por Resolución N° 448-2008-OS/CD, respecto de aquellos procedimientos administrativos sancionadores en trámite al 26 de diciembre de 2015, viene dado por Resolución N° 194-2015-OS/GG expedida por la Gerencia General del OSINERGMIN.

Ahora bien, como se desprende de la Resolución N° 288-2016, en el presente procedimiento se determinó la responsabilidad administrativa de SHOU GANG por la infracción tipificada en el Rubro 9 del Anexo 1 de la Resolución N° 185-2008-OS/CD, modificado por Resolución N° 448-2008-OS/CD, la cual establece como sanción aplicable una multa de hasta 1,000 (mil) UIT.

En tal sentido, a efectos de determinar y graduar la multa aplicable dentro de dicho rango legal, la GSM aplicó la mencionada Resolución N° 194-2015-OS/GG, cuyo contenido dispone la observancia de todos y cada uno de los criterios de graduación comprendidos en el Principio de Razonabilidad y que establece, además, la siguiente fórmula de cálculo de multas (escenario ex – ante) correspondiente a la infracción en cuestión:

$$Multa_{ex-ante} = \frac{(B + r) * (1 + A)}{P}$$

Donde “B” es igual al beneficio ilegalmente obtenido, “r” el valor monetario del riesgo potencial que involucra la infracción, aproximado al 1% del valor de la vida estadística, “p” corresponde a la probabilidad de detección y “A” representa los factores agravantes y atenuantes.

En este contexto, es preciso acotar que SHOU GANG sólo ha cuestionado el alcance del factor “B”; razón por la cual, en aplicación del Principio de Congruencia Procesal, este Tribunal Administrativo sólo emitirá pronunciamiento sobre tal componente de la multa³³.

³³ 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.

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.

En efecto, de acuerdo a dicha administrada el establecimiento de valores fijos aplicables al beneficio ilegalmente obtenido no es congruente con la idea de "ahorro" en que debe basarse dicho factor y no permite valorar las circunstancias específicas del caso.

Asimismo, agrega que el cálculo del factor "B" no debe utilizar como insumo el no contar con autorización de funcionamiento para recremento del depósito de relaves "Pampa El Choclón" a la cota 60 m.s.n.m., dado que tal hecho es parte de otro procedimiento sancionador en trámite

Sobre el particular, es preciso resaltar que de acuerdo al sub-numeral 3.5 del numeral 3 del Anexo de la Resolución N° 194-2015-OS/GG, el beneficio ilegalmente obtenido consiste en la ventaja económica de los agentes supervisados cuando realizan sus actividades incumpliendo la regulación asociada a la función supervisora y fiscalizadora del OSINERGMIN e incluye los conceptos de costos evitados y beneficio ilícito.

En tal contexto, la acotada norma prescribe que el costo evitado viene dado por la omisión de las inversiones a cargo del titular minero al realizar sus actividades transgrediendo la normativa que permite al regulador verificar el cumplimiento de las obligaciones técnicas y legales en el ámbito de la seguridad de las actividades mineras; mientras que el beneficio ilícito se constituye por la utilidad derivada del incumplimiento en que incurren los administrados.

Es así que, sobre la base del cálculo de ambos conceptos (costo evitado y ganancia ilícita) se determinó que el valor del factor "B" para los casos correspondientes a la infracción tipificada en el Rubro 9 del Anexo 1 de la Resolución N° 185-2008-OS/CD, modificado por Resolución N° 448-2008-OS/CD es de 197 (ciento noventa y siete) UIT.

Conforme a lo indicado, carece de sustento lo argumentado por SHOUANG en el sentido que no se haya considerado la idea de "ahorro" en la determinación del factor "B", dado que tal categoría se incluye bajo la concepto de costo evitado o ahorro que se genera a favor del agente infractor por no realizar las inversiones debidas a efectos de garantizar el cumplimiento, en este caso específico, de las labores de supervisión y fiscalización a cargo del regulador, careciendo de sustento lo alegado sobre el particular.

Junto a lo anterior, debe indicarse que conforme a lo indicado por la apelante, el cálculo del factor en cuestión no ha utilizado como insumo el no contar con autorización de funcionamiento para recremento del depósito de relaves "Pampa El Choclón" a la cota 60 m.s.n.m.

De otro lado, es preciso anotar que la valoración de las circunstancias relacionadas a la configuración de la infracción no se incorpora dentro del factor "B"; sino dentro del factor "A", esto es, dentro de los factores agravantes y atenuantes, comprendidos en los criterios consistentes en la "repetición o continuidad de la infracción" y "circunstancias de la comisión de la infracción", los cuales sí fueron considerandos en el cálculo de la multa.

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 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.

RESOLUCIÓN N° 174-2017-OS/TASTEM-S2

En efecto, como se desprende del sub-numeral 5.1 del numeral 5 de la resolución de sanción, se tomó en cuenta que SHOUGANG no tenía la condición de reincidente y que no cumplió con rectificar oportunamente la conducta ilícita imputada, dado que obtuvo las autorizaciones citadas en el numeral 4 de la presente resolución con posterioridad a la supervisión de julio de 2012; lo que determinó que el factor "A" asuma el valor de 0% y, por lo tanto, no incrementó el valor final de la multa impuesta, correspondiendo desestimar lo alegado al respecto.

Finalmente, cabe reiterar que conforme a lo indicado al inicio del presente numeral, los criterios específicos aprobados por Resolución N° 194-2015-OS/GG sí resultaban aplicables al presente caso, pese a no encontrarse vigentes a la fecha en que se configuraron los hechos imputados; dado que así lo dispuso el artículo 3° de la parte resolutive de dicha resolución, lo que significa que la utilización de tales criterios es conforme al Principio de Legalidad.

En consecuencia, corresponde desestimar los argumentos expuestos por SHOUGANG en estos extremos.

En cuanto a la vulneración del Principio de Legalidad por falta de competencia del OSINERGMIN

7. Con relación a lo indicado en el literal k) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que el numeral 70.1 del artículo 70° y numeral 74.1 del artículo 74° del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, establecen que las competencias de las entidades tienen su fuente en la Constitución y en la ley, por lo que su ejercicio es una obligación directa del órgano administrativo que la tiene atribuida como propia³⁴.

Sobre el particular, conviene anotar que mediante Ley N° 28964, publicada con fecha 24 de enero de 2007, se transfirieron al OSINERGMIN las competencias de fiscalización de las actividades mineras definidas en la Ley N° 27474, Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras, cuyo artículo 2° establecía que el ámbito de la fiscalización involucraba, entre otros, las disposiciones legales, normas técnicas y procedimientos administrativos referidos a aspectos de seguridad e higiene minera³⁵.

Posteriormente, a través de la Segunda y Séptima Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, publicada con fecha 20 agosto 2011, se dispuso la transferencia de competencias de fiscalización de las actividades mineras previstas en la Ley N° 28964, de este Organismo al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, MTPE) y; asimismo, la derogación de la referida ley³⁶.



³⁴ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Artículo 70.- Fuente de competencia administrativa

70.1 La competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquellas se derivan.

Artículo 74.- Ejercicio de la competencia

74.1 El ejercicio de la competencia es una obligación directa del órgano administrativo que la tenga atribuida como propia, salvo el cambio de competencia por motivos de delegación o evocación, según lo previsto en esta Ley.

³⁵ Ley N° 28964.

Artículo 2.- De la transferencia de funciones al organismo competente

Transfírase las competencias de fiscalización minera, establecidas en la Ley N° 27474, Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras, al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería.

Ley N° 27474.

Artículo 2°.- Ámbito de aplicación de la ley

Las disposiciones legales, normas técnicas y procedimientos administrativos, aplicables en la labor a que se refiere el artículo anterior corresponden a:

1. Normas de seguridad e higiene mineras. (...)

³⁶ Ley N° 29783

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES



En dicho contexto, el artículo 2° de la Ley N° 29901, Ley que precisa competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, publicada con fecha 12 de julio de 2012, definió el alcance de las citadas disposiciones de la Ley N° 29783, estableciéndose que la transferencia de competencias se limitó únicamente a la supervisión, fiscalización y sanción en materia de seguridad y salud en el trabajo en el subsector minero, por lo que la derogación de la Ley N° 28964 sólo se refirió a la supervisión y fiscalización de las disposiciones legales y técnicas en dicho ámbito³⁷.

Por tal motivo, el artículo 3° de la Ley N° 29901, estableció que el OSINERGMIN es competente para supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con la actividad minera; manteniendo las competencias para fiscalizar la seguridad de la infraestructura de dicho sector³⁸.

A su vez, mediante el artículo 2° del Decreto Supremo N° 088-2013-PCM, publicado con fecha 10 de agosto de 2013 y emitido en el marco de la citada Ley N° 29901, se acotó que tales disposiciones legales y técnicas del sector no sólo involucraban aquellas referidas a la seguridad de la infraestructura; sino también a las instalaciones y la gestión de la seguridad de las operaciones³⁹.

Confirmando lo anterior, en el numeral 48 del Rubro II.5 de la Consulta Jurídica N° 002-2012-JUS-DNAJ de fecha 06 de enero de 2012, expedida por la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia sobre los alcances de la transferencia de competencias dispuesta por la Ley N° 29783, la aludida entidad concluyó, entre otros, que sólo se transfirieron al MTPE las competencias de supervisión y fiscalización sobre disposiciones en seguridad y salud en el trabajo; por lo que el OSINERGMIN conservó aquellas referidas a las disposiciones en seguridad de la actividad minera, lo que comprende las categorías de seguridad de la infraestructura, instalaciones y gestión de la seguridad de las operaciones⁴⁰.

SEGUNDA. Transfíranse las competencias de fiscalización minera, establecidas en la Ley 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinerg, al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (...)

SÉPTIMA. Derógase la Ley 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinerg, del 24 de enero de 2007.

³⁷ Ley N° 29901.

Artículo 2. Precisiones de la segunda disposición complementaria final y de la séptima disposición complementaria modificatoria de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo

Precísese que la transferencia de las competencias de fiscalización minera al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, establecida en la segunda disposición complementaria final de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, se limita únicamente a la supervisión, fiscalización y sanción en materia de seguridad y salud en el trabajo en los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos.

Asimismo, entiéndase que la derogación de la Ley 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinerg, dispuesta por la séptima disposición complementaria modificatoria de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, comprende únicamente las disposiciones referidas a la supervisión y fiscalización del cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo, que es materia de competencia del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

³⁸ Ley N° 29901.

Artículo 3. Competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin) para supervisar y fiscalizar

En concordancia con las precisiones establecidas en el artículo 2, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin) es competente para supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos; manteniendo las competencias para fiscalizar la seguridad de la infraestructura de los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos.

³⁹ Decreto Supremo N° 088-2013-PCM.

Artículo 2.- Disposiciones legales y técnicas materia de competencia del OSINERGMIN.-

Las disposiciones legales y técnicas en las actividades de los sectores de energía y minería materia de competencia de OSINERGMIN están referidas a los aspectos de seguridad de la infraestructura, las instalaciones y la gestión de seguridad de sus operaciones; y, cuando corresponda, a la calidad (...)

⁴⁰ La Consulta Jurídica N° 002-2012-JUS-DNAJ de fecha 06 de enero de 2012 de la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia se encuentra disponible en: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2007/Enero/24/CJ-002-2012-JUS-DNAJ.pdf>

"II.5 A manera de síntesis: las competencias del OSINERGMIN (...)

De lo anterior queda claro que los efectos de la derogación dispuesta a través de la Segunda y Séptima Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29783 sólo comprendieron los aspectos de la Ley N° 28964, relacionados a la supervisión, fiscalización y sanción en materia de seguridad y salud en el trabajo en el subsector minero; mas no las actuales competencias del OSINERGMIN, descritas en el párrafo anterior.

Por lo tanto, todas las actuaciones relacionadas al presente procedimiento administrativo sancionador fueron emitidas en el marco del ejercicio válido de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en el ámbito de las actividades mineras; correspondiendo desestimar lo alegado por SHOU GANG en este extremo.

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 **INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por SHOU GANG HIERRO PERÚ S.A.A. contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Minera N° 288-2016 de fecha 28 de enero de 2016; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** dicho acto administrativo en todos sus extremos, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

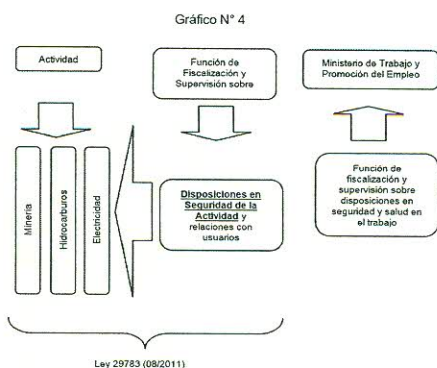
Artículo 2°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Jesús Francisco Roberto Tamayo Pacheco, Mario Antonio Nicolini del Castillo y Héctor Adrián Chávarry Rojas.




JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE

48. Finalmente, mediante Ley N° 29783, se ha transferido las competencias de fiscalización en materia de seguridad y salud en el Trabajo del OSINERGMIN hacia el MINTRA, tal como se muestra en el gráfico siguiente:



(...)"