

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 242-2017-OS/TASTEM-S2

Lima, 02 de octubre de 2017

VISTO:

El Expediente N° 201200059314 que contiene el recurso de apelación interpuesto por SHOUGANG HIERRO PERU S.A.A., representada por el señor Raúl Vera La Torre, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 679-2016 de fecha 08 de marzo de 2016, mediante la cual se le sancionó con multa por incumplir el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución N° 679-2016, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a SHOUGANG HIERRO PERU S.A.A., en adelante SHOUGANG, con una multa total de 950 (novecientos cincuenta) UIT, por incumplir el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, en adelante el RPM, conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Infracción al artículo 38° del RPM¹ Por operar el depósito de relaves Pampa El Choclón hasta la cota 59 msnm sin autorización de funcionamiento de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas.	Numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD ²	950 UIT
TOTAL		950 UIT³

¹ Decreto Supremo N° 018-92-EM

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

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

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

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

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

² Resolución N° 286-2010-OS/CD

Anexo

Rubro B. Incumplimiento de normas técnicas de seguridad minera

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

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

1.3.2 Autorización de funcionamiento

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

Multa: Hasta 10,000 UIT.

³ La determinación y graduación de las sanciones impuestas se realizó en función a los criterios específicos aprobados por Resoluciones de Gerencia General N° 256-2013-OS-GG, publicadas en el Diario Oficial El Peruano con fecha 23 de noviembre de 2013.

Como antecedentes relevantes, cabe señalar lo siguiente:

- a) Del 18 al 19 de abril de 2012, se llevó a cabo la supervisión a la Unidad Minera "CPS-1" de titularidad de SHOUGANG a cargo del supervisor designado por OSINERGMIN.
- b) Mediante Oficios N° 350-2012-OS-GFM y N° 376-2012-OS-GFM, notificados con fecha 11 de setiembre de 2012, obrantes a fojas 524 y 525 del expediente, se comunicó a SHOUGANG el inicio del procedimiento administrativo sancionador y se remitió copia del informe de supervisión GFM-106-2012, respectivamente.
- c) Por medio del escrito de registro N° 201200059314 de fecha 21 de setiembre de 2012, SHOUGANG presentó sus descargos al inicio del procedimiento sancionador.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Mediante escrito de registro N° 201200059314 de fecha 4 de abril de 2016, SHOUGANG interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 679-2016, solicitando su nulidad y que se deje sin efecto la multa impuesta, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

Sobre la vulneración del Principio de Irretroactividad

- a) La resolución apelada señala que la presunta infracción fue detectada durante la supervisión realizada el 18 y 19 de abril de 2012; sin embargo, posteriormente en la resolución se realiza el cálculo de la multa basándose en utilidades generadas por SHOUGANG entre 2009 y 2014; en ese sentido, considerando que el denominado beneficio ilícito (B1) abarca desde el 9 de febrero de 2009 al 17 de abril de 2012 (fecha que a consideración de OSINERGMIN se inició la disposición ilícita de relaves al superar la cota autorizada), no debería aplicarse la escala de multas contenida en la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD, aprobada el 29 de diciembre de 2010. Por lo tanto, se ha vulnerado el Principio de Irretroactividad previsto en el numeral 5 del artículo 230° de la Ley N° 27444⁴.

Agrega que corresponde aplicar el marco legal vigente a la fecha en que se configuró la supuesta infracción, esto es febrero 2009, debiendo aplicar la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM mediante la cual se establecen sanciones entre 10 y 100 UIT, lo cual le resulta más favorable, tal como se ha realizado en otras resoluciones⁵.

En virtud de lo señalado, procede la revocación de la resolución apelada por aplicación incorrecta de las normas legales que vician el acto administrativo.

⁴ 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: (...)

5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

⁵ La recurrente menciona las siguientes resoluciones de Gerencia General:

- Resolución N° 002980-2009-OS/GG del 17 de junio de 2009, a través del cual se sancionó a Minera Colquisiri con 20 UIT (10 por cada infracción) por infringir los artículos 37° y 38° del RPM.
- Resolución N° 002095-2009-OS/GG del 23 de febrero de 2009, con el cual se sancionó a Catalina Huanca con 60 UIT (10 por cada infracción) entre ellas por infringir el artículo 38° del RPM.



Sobre la vulneración del Principio de Tipicidad

- b) Se ha vulnerado el Principio de Tipicidad, previsto en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444⁶, ya que la normativa que tipifica la infracción tiene como propósito regular el otorgamiento de la concesión de beneficio y no menciona nada respecto a las modificaciones requeridas con posterioridad, ni recrecimientos de una relavera.

Cabe mencionar que el Principio de Tipicidad implica la exigencia de certeza y correcta descripción de las conductas sancionables, describiendo taxativamente todos los elementos de la conducta a sancionarse, la necesidad de exponer razones de hecho y el sustento jurídico que justifiquen la decisión adoptada, sin recurrir a la analogía o fórmulas de interpretación para sancionar supuestos de hecho no contemplados en la norma.

En ese sentido, debe tomarse en cuenta, que el citado artículo 38° del RPM no establece obligación alguna a la que SHOUANG deba dar cumplimiento respecto al recrecimiento de la relavera limitándose solamente a actividades nuevas de beneficio, por lo que, al sancionársele por una conducta no prevista en la norma, OSINERGMIN está vulnerando claramente el Principio de Tipicidad, por lo que el presente procedimiento debe ser archivado.

Sobre la supuesta vulneración de los Principios de Motivación, Proporcionalidad y Razonabilidad

- c) La doctrina nacional e internacional reconocen que el Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad conllevan el cumplimiento de sus tres dimensiones⁷: subprincipio de adecuación, de necesidad, y el de proporcionalidad, de lo que se concluye que la sanción debe ser idónea a la infracción cometida, indispensable y que la conducta sancionable no sea más ventajosa que su consecuencia gravosa.
- d) Al graduar la sanción debió considerarse que SHOUANG no ha generado ningún tipo de daño concreto y directo al personal y/o terceros, ni a algún bien protegido. Tampoco ha causado perjuicio económico alguno a persona natural o jurídica pública o privada, ni se ha dañado el patrimonio público, privado y/o al medio ambiente.

⁶ Ley N° 27444.

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

4. Tipicidad.- 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.

A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras.

⁷ Morón Urbina, en "Los Principios delimitadores de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública en la Ley Peruana", menciona:

Por el primer subprincipio, tenemos que la medida sancionadora debe ser idónea para lograr el fin u objetivo previsto por el legislador cuando le autorizo su empleo.

Por el subprincipio de necesidad, la medida sancionadora elegida debe ser indispensable, de suerte tal que el daño que infringe sea el menor posible conforme a las facultades autorizadas y a los datos fácticos de las circunstancias. Este subprincipio hace lugar a la regla de la aplicación moderada de las sanciones, esto es que deben ser impuestas en la forma y medida estrictamente necesarias para que cumpla su finalidad, en armonía con el derecho de los administrados a que las actuaciones que les afecten sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible (Art. 55.10)

Finalmente, el subprincipio de proporcionalidad consiste en que la sanción guarda una relación razonable –ventajas y desventajas– con el fin que se procura alcanzar. Así, se establece que 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, sino su aspecto represivo carecería de sentido. Calificar o sancionar una conducta prohibida pero que genera alta rentabilidad con una sanción leve, es una invitación a transgredir la norma.

- e) De lo mencionado, resulta evidente que no se han aplicado dichos principios, pues la multa por no haber tramitado la autorización de funcionamiento del recrecimiento de la relavera es excesiva, toda vez que se regularizó la situación al obtener dicha autorización; y en ningún momento se generó un riesgo ambiental, ni de seguridad. Mientras que, en otros casos, donde hubo daños muy graves al interés público y pérdidas de vida humana fueron sancionadas con multas menos gravosas.

Por lo que, OSINERGMIN en el ejercicio de su potestad sancionadora debe sujetarse al Principio de Razonabilidad, consagrado en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444⁸.

- f) La resolución materia de impugnación contiene el cálculo errado de la multa, pues de acuerdo con la metodología contemplada en la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS-GG, se ha considerado como beneficio ilegalmente obtenido la utilidad neta de SHOUANG desde el año 2009 al 2014. No obstante, obtiene dos tipos de productos, donde el 77% son productos generados en la Planta Concentradora y el 23% de los minerales son exportados directamente, los cuales no producen relaves, por lo que no debieron ser considerados en el cálculo de la multa.

Asimismo, la empresa vende agua y energía eléctrica a Marcona, brinda servicio de atraque y desatraque de naves en el puerto de San Nicolás, vende chatarras a empresas metalúrgicas entre otras, las cuales reportan ingresos y se reflejan en las utilidades; sin embargo, OSINERGMIN no ha restado dichos ingresos de la utilidad de cada año, toda vez que no están relacionados con los mal denominados relaves ilícitos.

- g) Respecto al valor agregado, este término se refiere al valor económico adicional que adquieren los bienes y servicios al ser transformados durante el proceso productivo, lo cual ha sido erróneamente considerado por OSINERGMIN, al establecer el monto de 20.78% para la relavera, cuando en realidad ésta no agrega valor a los productos, pues es un lugar de deposición de residuos generados en el proceso productivo, debiendo ser considerado más bien como un costo.

- h) El factor de ajuste del valor agregado y el uso del Índice de Precios al Consumidor (IPC), contravienen el Principio de Legalidad contemplado en la Ley N° 27444, pues las metodologías y conceptos no han sido aprobados oficialmente por la Resolución N° 256-2013-OS-GG.

⁸ 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 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.

- i) La resolución antes mencionada, aprobó los criterios específicos para la graduación de sanciones por falta de autorización de construcción y/o funcionamiento en concesiones de beneficio, la cual incluye los costos evitados y/ o el beneficio ilícito obtenido.

De ello, se obtiene que los costos evitados se relacionan con la postergación u omisión de las inversiones realizadas para garantizar las condiciones de seguridad de las actividades mineras, mientras que el beneficio ilícito es la utilidad generada como consecuencia del incumplimiento; ambas variables no han sido creadas mediante la Resolución N° 256-2013-OS-GG, sino que son conceptos económicos utilizados en las legislaciones de otros países⁹ y que han sido tomadas por diversos organismos supervisores nacionales como OEFA.

En el supuesto negado que SHOUGANG haya cometido la infracción, no corresponde utilizar como variable los ingresos ilícitos sino el costo evitado, pues se habría operado de una manera distinta a la aprobada.

Sobre la supuesta Falta de Competencia de OSINERGMIN

- j) La Ley N° 28964 “Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG” publicada con fecha 24 de enero de 2007 ha sido derogada a través de la Ley N° 29783 “Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo”, la cual, en su Segunda Disposición Complementaria Final establece la transferencia de competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en adelante MTPE. Asimismo, la Séptima Disposición Complementaria establece de la derogación de la Ley N° 28964¹⁰.
- k) Asimismo, el 12 de julio de 2012 se publicó la Ley N° 29901, Ley que establece la competencia de OSINERGMIN para supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos.
- l) Es por ello que, en la fecha de la supervisión, del 18 al 19 de abril de 2012, OSINERGMIN no tenía competencias para fiscalizar la seguridad de la infraestructura en el subsector minería, las cuales recién fueron repuestas el 12 de julio de 2012. Por lo que, la resolución impugnada deviene nula, toda vez que la autoridad pretende aplicar una infracción y sanción que no le corresponde, contraviniendo normas y hechos que se encuentran fuera de su alcance generando perjuicios en contra del administrado.



Otros argumentos adicionales

- m) Solicita que antes de emitirse pronunciamiento se le conceda el uso de la palabra.



⁹ La recurrente señala la Metodología para el cálculo de multas por infracción a la normativa ambiental de la República de Colombia, donde los costos evitados se encuentran asociados al costo de trámite administrativo y estudios por la falta de autorización, mientras que el beneficio ilícito está asociado a los ingresos obtenidos por la venta del recurso explotado sin contar con permiso para realizar la actividad.

¹⁰ LEY N° 29783

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

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. Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación. En Lima, a los veintiséis días del mes de julio de dos mil once

3. A través del Memorándum N° GSM-156-2016, recibido con fecha 07 de abril de 2016, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

CUESTIONES PREVIAS

4. Corresponde precisar que a través del Oficio N° 13-2017-OS-TASTEM-S2, notificado el 22 de agosto de 2017, se informó a SHOUGANG, que se otorgó fecha para hacer uso de la palabra el día 18 de setiembre de 2017, el cual se llevó a cabo con la presencia de los representantes de la recurrente y el TASTEM, donde la administrada indicó lo siguiente:
- De acuerdo a la Resolución N° 057-2001-EM/DGM emitida por la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas, SHOUGANG obtuvo la autorización de funcionamiento de la relavera Pampa El Choclón. En dicha resolución no se menciona una cota máxima, sino solo la extensión de 1,425.03 hectáreas; recién con la Resolución N° 119-2013-EM/DGM se autorizó el funcionamiento de dicha relavera indicando una cota máxima, que en este caso fue hasta la cota 60 msnm, lo cual fue con posterioridad a la visita de supervisión, por lo que en ningún momento existió autorización indicase la cota 40 msnm como alude OSINERGMIN.
 - La relavera se encuentra ubicada en un depósito natural que se cierra naturalmente en la cota 60 msnm con un perímetro de 9 000 metros donde SHOUGANG ha realizado la construcción de un dique con una longitud de 300 metros, siendo el único punto donde que se encuentra a la cota 40 msnm, lo cual representa aproximadamente el 3% de la longitud total, por lo que la sanción impuesta es desproporcional.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la vulneración del Principio de Irretroactividad

5. Respecto a lo señalado en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que el artículo 103° de la Constitución Política, en concordancia con el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, recoge la regla de la aplicación inmediata de la ley, lo que implica que desde su entrada en vigencia ésta se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. De este modo, los hechos cumplidos bajo la antigua ley se rigen por aquélla, mientras que los efectos o hechos producidos por la nueva ley se rigen por ésta¹¹.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha reconocido la vigencia y aplicación de dicha regla en nuestro ordenamiento jurídico, entre otros, a través del fundamento N° 72 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional recaída en el expediente N° 00008-2008-PI/TC, cuyo texto es el siguiente¹²:

¹¹ Constitución Política de 1993.

Artículo 103°.- (...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. (...)

Decreto Legislativo N° 295. Código Civil.

Título Preliminar

Artículo III.- Aplicación de la ley en el tiempo

La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.

¹² La Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00008-2008-PI/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00008-2008-PI.html#_ftn22



“(…) nuestro ordenamiento adopta la teoría de los hechos cumplidos (excepto en materia penal cuando favorece al reo), de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes” (STC 0606-2004-AA/TC, FJ 2). Por tanto, para aplicar una norma (...) en el tiempo debe considerarse (...) consecuentemente, el principio de aplicación inmediata de las normas”. (Subrayado agregado)

A su vez, de acuerdo al artículo 109° de la Constitución Política, las leyes son obligatorias desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la misma que postergue su vigencia¹³.

En el presente caso, conforme a lo señalado en el Informe de Supervisión N° GFM-106-2012, durante la supervisión realizada en la Unidad Minera “CPS-1” de titularidad de SHOUGANG con fecha del 18 al 19 de abril de 2012, se verificó que se venía incumpliendo el artículo 38° del RPM, y mediante el oficio N° 350-2012-OS-GFM obrante a foja 524 del expediente, notificado el 11 de setiembre de 2012, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador. En tal sentido, la GSM ha aplicado dos periodos de beneficio ilícito, el primero (B1) comprende desde el 09 de febrero de 2009 hasta el 17 de abril de 2012, y el segundo (B2) que comprende desde el 18 de abril de 2012 hasta el 17 de diciembre de 2014¹⁴.

Acorde con lo señalado, no obra en el expediente documento alguno que estipule que el 09 de febrero del 2009 se inició la disposición de relaves por encima de la cota autorizada, pues ésta ha sido determinada sobre la base de proyecciones, siendo que la citada disposición de relaves no autorizados recién fue verificada durante la visita de supervisión del 18 y 19 de abril de 2012 y por tanto es la única fecha fehaciente y objetiva para la determinación de la infracción.

En ese sentido, la Sala 2 del TASTEM, considera que el cálculo de la multa debe realizarse tomando como fecha de incumplimiento la que efectivamente fue verificada al ser la más objetiva, por lo que la sanción debe ser considerada de la siguiente manera:

- i) El beneficio ilícito 1 (B1) que corresponde al periodo de proyección, es decir desde el 09 de febrero de 2009 hasta el 17 de abril de 2012, el cual al no haber sido verificado objetivamente no debe ser considerado para el cálculo de la multa en el presente caso.
- ii) Respecto al beneficio ilícito 2 (B2), dado que al 11 de setiembre de 2012 se inició el presente procedimiento administrativo sancionador, y que de conformidad con la Disposición Transitoria Única de la Resolución de Gerencia General Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería OSINERGMIN N° 256-2013-OS/GG , para los procedimientos administrativos sancionadores en trámite sobre infracciones por falta de autorización de construcción o funcionamiento en concesiones de beneficio iniciados con sustento en la Tipificación y Escala de Multas aprobada por Resolución del Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD y el rubro 2 del Anexo 2 de la Resolución de Consejo Directivo N° 211- 2009-OS/CD, se aplicarán los criterios establecidos en dicha resolución; por tanto, corresponde aplicar los criterios la Escala de Multas contemplada en la Resolución de



¹³ Constitución Política de 1993.

Artículo 109°. La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

¹⁴ En la resolución de sanción y el Informe Técnico N° GFM-91-2016 se menciona la fecha del 09 de febrero de 2009 como inicio de deposición de relaves por encima de la cota autorizada y el 17 de abril de 2012, como fecha anterior a la detección de la infracción durante la supervisión, mientras que el 17 de diciembre de 2014 como fecha en la que la DGM autorizó el funcionamiento hasta la cota 60.

Consejo Directivo N° 286-2010-OS-CD y sus criterios específicos de sanción aprobados por Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG.

En consecuencia, el beneficio ilícito 1 (B1) no debe ser considerado para el cálculo de la multa y respecto al beneficio ilícito 2 (B2) se aplicarán los criterios y escalas establecidos en la Resolución del Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD, los cuales se tomarán en consideración en el siguiente numeral donde se analizará el cálculo de la multa. por lo que este extremo deviene fundado.

6. En relación al cálculo de la multa, siguiendo la base metodológica e información detallada en el Anexo de la resolución recurrida, se tiene lo siguiente:

Utilidades en ilícito de SHOUGANG

Periodo	Utilidad neta (prorrataada) en periodo de infracción (soles)	Utilidad neta (prorrataada) en periodo de infracción (soles enero 2016)
Del 18/04/2012 al 31/12/2012	434,478,361.64	483,393,690.97
Del 01/01/2013 al 31/12/2013	824,911,000.00	892,266,826.86
Del 01/01/2014 al 17/12/2014	433,411,915.07	454,158,614.99
Total Utilidad del periodo		1,829,819,132.82

Calculo de Multa

Descripción	Monto
Utilidades Obtenidas	1,829,819,132.82
Valor Agregado por relavera	20.78%
Factor B	380,236,415.80
Probabilidad de detección (p)	100%
B/P (S/.)	380,236,415.80
Valor Tope, VT (S/.)	39,500,000.00

La metodología establecida a través de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG, indica que el Valor Base (Q1) está determinado por el valor menor entre el valor tope (VT) y el valor obtenido (B/P)¹⁵, razón por el cual se utilizará el Valor Tope:

B/P (S/.)	380,236,415.80
Valor Tope, VT (S/.)	39,500,000.00
Valor Base, Q1 (S/.)	39,500,000.00
Factor de Gradualidad por comisión de Infracción	0.10
Valor Base Graduado (S/.)	3,950,000.00
Valor de Ventas, VV (S/.)	1,075,494,260.99
1% del valor de las ventas (S/.)	10,754,942.61

¹⁵Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG

3. DETERMINACIÓN DE LA MULTA

3.1 Infracciones ex ante

3.1.2 Autorización de funcionamiento.-

- A continuación se establecerá el valor base (Q1), comparando el valor obtenido ($\frac{B}{P}$), con el valor del tope de multa (VT) establecido en la escala de multas, quedando establecidas las siguientes relaciones:

$$Q_1 = \begin{cases} \frac{B}{P}, & \text{si } \frac{B}{P} \leq VT \\ VT, & \text{si } \frac{B}{P} > VT \end{cases}$$

De igual manera, para el Monto del Segundo Valor Base (M) se considera el valor inferior entre el Valor de Base Graduado (10% de Q1) y el 1% del Valor de las Ventas¹⁶, por lo que considerará el 10% de Q1.

Valor Base Graduado (S/.), 10% Q1	3,950,000.00
1% del valor de las ventas (S/.)	10,754,942.61
Monto del Segundo valor base, M	3,950,000.00
Factor de Reincidencia	0.95
Multa calculada (S/.)	3,752,500.00
Multa (UIT)	950.00

Es por ello que, incluso sin considerarse el periodo de proyección (del 09 de febrero de 2009 al 17 de abril de 2012) para el cálculo de la multa y al ser el Valor Tope (VT) inferior a las utilidades obtenidas y al 1% del Valor de Ventas, es éste el monto que se utiliza como Valor Base (Q1) y como Monto del Segundo Valor Base (M), tal como se expuso en la resolución apelada; por lo que, la multa no varía.

En atención a lo expuesto, corresponde establecer que la multa aplicable por la infracción al artículo 38° del RPM asciende a 950 (novecientos cincuenta) UIT.

Sobre la vulneración del Principio de Tipicidad

7. Con relación al argumento contenido en el literal b) del numeral 2 de la presente resolución, se debe señalar que el literal d) del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política de 1993 establece que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley¹⁷.

En cuanto al Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 246° del TUO de la Ley N° 27444, dispone que sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía¹⁸



¹⁶ 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.-

- Una vez determinado el valor base Q1, se tomará en cuenta la capacidad de generación de riqueza de los agentes económicos, para lo cual se tomará en cuenta el 1% de las ventas del ejercicio fiscal inmediato anterior (VV) al año del informe que sustenta el cálculo la multa. Adicionalmente, sólo para aquellos supuestos que a continuación se indican, se calculará el valor (M), según la tabla siguiente:

Circunstancia de la comisión de la infracción	Gradualidad sobre el Valor Base
a) Autorización solicitada antes de iniciada la supervisión, aprobada antes de la emisión de la resolución sancionadora de primera instancia.	$M = 0.10(Q_1)$, si $0.10(Q_1) \leq 0.01VV$ $M = 0.01VV$, si $0.10(Q_1) > 0.01VV$

¹⁷ Constitución Política de 1993.

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

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

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

¹⁸ TUO de la Ley N° 27444.

"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. - Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar

RESOLUCIÓN N° 242-2017-OS/TASTEM-S2

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 legal¹⁹.

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

Cabe agregar, que el artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, y el artículo 89° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, establecen que la responsabilidad administrativa por el incumplimiento de las disposiciones legales y técnicas bajo el ámbito de competencia de OSINERGMIN es objetiva, por lo que es suficiente que se constate el incumplimiento de la norma para que SHOUGANG sea la responsable de la comisión de la infracción administrativa.²⁰

De este modo, si bien SHOUGANG sostiene que se habría vulnerado el Principio de Tipicidad, pues el ilícito administrativo imputado no es preciso y ha sido detallado de manera genérica, corresponde señalar que la norma que tipifica la infracción imputada a la apelante y que le fue comunicada desde el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador a través del Oficio N° 350-2012-OS-GFM, obrante a fojas 524 del expediente, es la que se detalla a continuación:

NORMA QUE TIPIFICA LA INFRACCIÓN (TIPIFICACIÓN)	NORMA QUE ESTABLECE LA OBLIGACIÓN INCUMPLIDA (BASE LEGAL DE LA TIPIFICACIÓN)	IMPUTACIÓN
Resolución N° 286-2010-OS/CD modificada por Resolución N° 082-2011-OS/CD	Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM	Hechos

aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.”

¹⁹ 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>.

²⁰ Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG).

“Artículo 1°.- Facultad de Tipificación

Toda acción u omisión que implique incumplimientos a las leyes, reglamentos y demás normas bajo ámbito de competencia del OSINERG constituye infracción sancionable. (...)”

Decreto Supremo N° 054-2001-PCM

“Artículo 89°.- Responsabilidad del Infractor

La responsabilidad del infractor en caso de procedimientos administrativos sancionadores que se sigan ante OSINERG, debe distinguirse de la responsabilidad civil o penal que se origine, de los hechos u omisiones que configuren infracción administrativa. La responsabilidad administrativa por incumplimiento de las disposiciones legales, técnicas, derivadas de contratos de concesión y de las dictadas por OSINERG es objetiva.”

Anexo Rubro B: Incumplimiento de Normas Técnicas de Seguridad Minera 1. INCUMPLIMIENTO DE NORMAS DE DISEÑO, INSTALACIÓN, CONSTRUCCIÓN, MONTAJE, OPERACIÓN, PROCESO, CONTROL DE TERRENO 1.3 En concesiones de beneficio (Plantas concentradoras, instalaciones pirometalúrgicas y plantas hidrometalúrgicas, lixiviación y refinerías) 1.3.2 Autorización de funcionamiento Base legal: Art. 38° del RPM, Art. 18° del TUO LGM, Arts. 42° y 50° del Rgto. TUO LGM y Art. 26° literal s) y 299° del RSSO. Resolución Directoral N° 1073-2008-MEM-DGM Sanción: Hasta 10,000 UIT	Artículo 38° Concluidas la construcción e instalación de la planta, el interesado dará aviso a la Dirección General de Minería para que proceda a ordenar una inspección a fin de comprobar que las mismas se han efectuado de conformidad con el proyecto original, en lo que se refiere a seguridad e higiene minera e impacto ambiental. Asimismo, acompañará la autorización de vertimientos de residuos industriales correspondiente. La diligencia de inspección deberá realizarse dentro de los sesenta (60) días naturales siguientes a la fecha en que fue solicitada. Si la inspección fuere favorable, la Dirección General de Minería otorgará el título de la concesión. Dicha resolución autorizará el funcionamiento de la planta, así como el uso de las aguas solicitadas y el sistema de vertimientos de los líquidos industriales y domésticos. La resolución deberá transcribirse al Registro Público de Minería para su inscripción en la partida correspondiente a la concesión. La concesión de beneficio otorga a su titular un derecho real.	Por operar el depósito de relaves Pampa El Choclón hasta la cota 59 msnm sin autorización de funcionamiento de la Dirección General de Minería
---	--	---

Como puede advertirse de las normas transcritas, la infracción antes citada se configura por incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 38° del RPM, según el cual se debe contar con la autorización de funcionamiento de la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas para operar el depósito de relaves.

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

Sobre la supuesta vulneración de los Principios de Motivación, Proporcionalidad y Razonabilidad

8. Sobre los argumentos contenidos en los literales c) al i) del numeral 2 de la presente resolución, es de indicar que de acuerdo al Principio de Razonabilidad regulado en el numeral 3 del artículo 246° del TUO de la Ley N° 27444, 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 graduación:

- El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- La probabilidad de detección de la infracción;
- La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- El perjuicio económico causado;
- 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.
- Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

En el presente procedimiento se imputó a SHOUGANG 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 numeral 5 de la parte considerativa y el 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.

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 incumplimiento²¹.

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 SHOUGANG para los años 2012 a 2014; tomando como referencia la información proveniente del ESTAMIN y la Bolsa de Valores de Lima.

Considerando ello, y lo expuesto en el numeral 5 de la presente resolución²², puede concluirse que el citado método utilizado para estimar las utilidades netas obtenidas por SHOUGANG constituye un criterio económico válido; previsto en el sub-numeral 2.5 del numeral 2 de los criterios específicos aprobados por Resolución N° 256-2013-OS/GG, el cual indica expresamente que debe emplearse la “utilidad” para el cálculo del beneficio ilícito, esto es, los resultados del ejercicio luego de impuestos o rentabilidad obtenida por la empresa durante el periodo de la infracción.

En cuanto al factor de ajuste relacionado al valor agregado de la relavera

Por otra parte, SHOUGANG indica que no le resulta aplicable el factor de ajuste relacionado al valor agregado de la relavera, 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

²¹ 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.

²² El periodo 2012 a 2014 ha sido considerado en virtud de lo expuesto en el numeral 5 de la presente resolución.

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 factores de ajuste (a la baja) de las utilidades percibidas por SHOUGANG durante el periodo de infracción. En efecto, como se desprende del Anexo de la resolución impugnada, las utilidades se acotaron en función al periodo de la infracción y al valor agregado de la relavera.

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 disposición de relaves sin contar con autorización de la DGM; por lo que correspondía tomar en cuenta el valor económico adicional que adquiere la disposición de los mismos durante el proceso productivo minero.

Como puede apreciarse en el numeral 4 del Anexo de la resolución de sanción, el valor agregado que proporciona la relavera 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 cobre, plomo, plata, zinc y bulk de flotación presentan un promedio el 20.78% de valor agregado para el sector minero asociado a la relavera.

En consecuencia, en la medida que el porcentaje correspondiente al valor agregado de la fase metalúrgica asociado a la relavera, 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 SHOUGANG realiza procesos de concentración.

Respecto a que la resolución ha considerado como beneficio ilegalmente obtenido la utilidad neta de SHOUGANG, sin considerarse los tipos de productos que produce, asimismo, de los ingresos producidos por la venta de agua y energía eléctrica, los servicios de atraque y desatraque de naves, venta de chatarras entre otras, debe destacarse que la apelante no ha presentado prueba alguna relacionada a sus niveles de ventas, stock, costos de mina y planta, ni otro tipo de ingresos 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.

En cuanto a la aplicación del Índice de Precios al Consumidor (IPC), se debe precisar que éste es un indicador económico que mide la variación promedio que experimentan los precios, de un periodo a otro, para un conjunto de bienes y servicios, que representa el gasto de consumo habitual de las familias de una determinada área geográfica y de diferentes estratos socio económicos.



Uno de los principales usos del IPC consiste en actuar como factor de actualización de valores nominales, es decir, se emplea para convertir valores monetarios nominales en valores monetarios reales en función a la pérdida de poder adquisitivo que una moneda ha tenido a través del tiempo debido a la inflación.

Junto a lo anterior, debe tomarse en cuenta que de acuerdo al artículo 10° del Decreto Legislativo N° 502, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 29438, corresponde al Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI publicar y difundir a los organismos del Estado y a cualquier persona natural o jurídica interesada, con carácter de norma legal, la variación mensual que haya experimentado el IPC en el ámbito del nivel de nacional y el IPC de Lima Metropolitana²³. (Subrayado nuestro)

A su vez, conviene resaltar que de acuerdo a lo explicado por el Centro de Investigación y Desarrollo del INEI (2001)²⁴, en el Perú el IPC de Lima Metropolitana es el indicador estadístico por excelencia para analizar la coyuntura económica nacional; a lo que se debe agregar que, en la práctica administrativa, su empleo como factor de actualización ha sido recogido en el ordenamiento jurídico vigente, como ocurre con el Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 133-2013-EF, cuyo artículo 79° dispone que la actualización de los importes a pagar por concepto de tributos adeudados se debe realizar de acuerdo a la variación del IPC de Lima Metropolitana²⁵.

De lo anterior se desprende claramente que el IPC de Lima Metropolitana es un indicador de carácter legal cuya relevancia para explicar el comportamiento de la economía del país ha sido

²³ Decreto Legislativo N° 502.

Artículo 10.- El Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) publicará en el diario oficial El Peruano y difundirá por cualquier medio válido a su alcance, a los organismos del Estado y a cualquier persona natural o jurídica interesada, el primer día útil del mes siguiente al que corresponde y con carácter de norma legal, la variación mensual que haya experimentado:

a) El Índice de Precios al Consumidor en el ámbito del nivel nacional.
b) El Índice de Precios al Consumidor de Lima Metropolitana

²⁴ Instituto Nacional de Estadística e Informática. Metodología de cálculo del Índice de Precios al Consumidor de Lima Metropolitana. Lima: Centro de Investigación y Desarrollo del Instituto Nacional de Estadística e Informática. Octubre de 2001. Página 7.

Documento disponible en: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib0509/Libro.pdf

²⁵ Decreto Supremo N° 133-2013-EF

Artículo 79°.- Orden de pago presuntiva

Si los deudores tributarios no declararan ni determinaran, o habiendo declarado no efectuaran la determinación de los tributos de periodicidad anual ni realizaran los pagos respectivos dentro del término de tres (3) días hábiles otorgado por la Administración, ésta podrá emitir la Orden de Pago, a cuenta del tributo omitido, por una suma equivalente al mayor importe del tributo pagado o determinado en uno de los cuatro (4) últimos periodos tributarios anuales. Lo dispuesto es de aplicación respecto a cada período por el cual no se declaró ni determinó o habiéndose declarado no se efectuó la determinación de la obligación.

Tratándose de tributos que se determinen en forma mensual, así como de pagos a cuenta, se tomará como referencia la suma equivalente al mayor importe de los últimos doce (12) meses en los que se pagó o determinó el tributo o el pago a cuenta. Lo dispuesto es de aplicación respecto a cada mes o período por el cual no se realizó la determinación o el pago.

Para efecto de establecer el mayor importe del tributo pagado o determinado a que se refieren los párrafos anteriores, se actualizará dichos montos de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) de Lima Metropolitana.

De no existir pago o determinación anterior, se fijará como tributo una suma equivalente al mayor pago realizado por un contribuyente de nivel y giro de negocio similar, en los cuatro (4) últimos periodos tributarios anuales o en los doce (12) últimos meses, según se trate de tributos de periodicidad anual o que se determinen en forma mensual, así como de los pagos a cuenta.

El tributo que se tome como referencia para determinar la Orden de Pago, será actualizado de acuerdo a la variación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) de Lima Metropolitana por el periodo comprendido entre la fecha de pago o la de vencimiento del plazo para la presentación de la declaración del tributo que se toma como referencia, lo que ocurra primero, y la fecha de vencimiento del plazo para presentar la declaración del tributo al que corresponde la Orden de Pago.

Sobre el monto actualizado se aplicarán los intereses correspondientes. En caso de tributos de monto fijo, la Administración tomará aquél como base para determinar el monto de la Orden de Pago.

Lo dispuesto en los párrafos precedentes, será de aplicación aun cuando la alícuota del tributo por el cual se emite la Orden de Pago, haya variado respecto del periodo que se tome como referencia. La Orden de Pago que se emita no podrá ser enervada por la determinación de la obligación tributaria que posteriormente efectúe el deudor tributario.

reconocida por el INEI; tan es así, que su uso como factor de actualización de valores nominales a valores reales, por indexación de precios, ha sido adoptado a nivel tributario.

En este contexto, corresponde anotar que en la determinación del cálculo de las sanciones pecuniarias por infracciones a las normas de seguridad minera de competencia de OSINERGMIN, se utiliza el IPC de Lima Metropolitana a fin de homogenizar a nivel nacional dichos cálculos para todos los titulares mineros, más aun considerando que se trata de un indicador de conocimiento público, cuya determinación se realiza en función a información objetiva y conforme a métodos estadísticos.

Además, el IPC de Lima Metropolitana resulta un indicador promedio en comparación al de las regiones; motivo por el cual, el Ministerio de Economía y Finanzas – MEF considera los datos de dicho IPC en la presentación del Marco Macroeconómico Multianual 2016-2018²⁶.

En atención a las consideraciones expuestas, queda acreditado que el uso del IPC de Lima Metropolitana como factor de actualización dentro del cálculo de las multas impuestas a la apelante se encuentra justificado a nivel legal y es conforme con la práctica administrativa, dado su carácter significativo a nivel estadístico en el ámbito nacional; por lo que resulta correcto su aplicación en el cálculo de la multa.

Sobre la aplicación del costo evitado en lugar de ingresos ilícitos, es preciso resaltar que de acuerdo al sub-numeral 3.5 del numeral 3 de 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 incumplimiento 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, los cuales se configuraron en el presente caso.

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

Sobre la supuesta Falta de Competencia de OSINERGMIN

9. Con relación a los argumentos contenidos en los literales j) al l) del numeral 2 de la presente resolución, la administrada sostiene que el OSINERGMIN no sería competente para sancionar el incumplimiento del artículo 38° del RPM, sino el MTPE.

Al respecto, es pertinente reiterar que de conformidad con el Principio de Debido Procedimiento establecido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444, los administrados tienen derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho²⁷.

²⁶ Marco Macroeconómico Multianual 2016-2018 Revisado. Aprobado en la Sesión del Consejo de Ministros del 29 de agosto de 2015.
http://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/marco_macro/MMM_2016_2018_Revisado.pdf

²⁷ Ley N° 27444.

Título Preliminar

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

En este contexto, se debe señalar que por la infracción al artículo 38° del RPM se inició el presente procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de los oficios N° 350-2012-OS-GFM y 376-2012-OS-GFM, el 11 de setiembre de 2012, fecha en la cual OSINERGMIN era 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 de acuerdo al artículo 3° de la Ley N° 29901, tal como se señala, cronológicamente, a continuación:

- Mediante la Ley N° 28964, publicada en el Diario Oficial El Peruano 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 minera²⁸.
- 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 ley²⁹.
- 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 (OSINERGMIN), 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

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

²⁸ 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. (...)

²⁹ Ley N° 29783

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

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.

Cabe acotar que el OSINERGMIN solicitó asesoría jurídica a la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia a efectos de que emita pronunciamiento sobre los alcances de las citadas disposiciones de la Ley N° 29783; por lo que mediante Consulta Jurídica N° 002-2012-JUS-DNAJ de fecha 06 de enero de 2012, la aludida entidad concluyó, entre otros, que no fueron materia de transferencia las competencias generales de fiscalización de obligaciones legales, contractuales o técnicas no referidas a la seguridad y salud en el trabajo en el subsector minero; haciendo énfasis en que este organismo mantenía la función supervisora y fiscalizadora respecto a las disposiciones de seguridad de la actividad. Y, adicionalmente, acotó que no se derogó íntegramente la Ley N° 29324, sino únicamente en el extremo referido a la fiscalización de la seguridad y salud en el trabajo en el citado subsector.

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://spji.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2007/Enero/24/CJ-002-2012-JUS-DNAJ.pdf>

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 ámbito³⁰ (subrayado nuestro).

- Asimismo, por medio del artículo 3° y la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29901, se estableció que este Organismo es competente para supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas, entre otros, con la actividad minera; manteniendo las competencias en temas de seguridad de la infraestructura de dicho subsector. Y, que, mediante Decreto Supremo se aprobaría el listado de funciones bajo el ámbito de competencia del OSINERGMIN³¹.
- En ese sentido, para corroborar lo antes descrito, se aprobó mediante el Decreto Supremo N° 088-2013-PCM, publicado con fecha 10 de agosto de 2013, el listado de funciones técnicas del OSINERGMIN, cuyo numeral 6 del Anexo 2, establece como función del regulador la de supervisar y fiscalizar el incumplimiento de obligaciones sobre seguridad de las actividades mineras; así como de las disposiciones legales y normas técnicas relacionadas con la gestión de la seguridad de la infraestructura, instalaciones, y de las operaciones mineras; lo cual es ratificado por el artículo 2° de la citada disposición reglamentaria³² (subrayado agregado).

Por lo tanto, contrariamente a lo sostenido por la apelante, 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, careciendo de sustento lo alegado sobre el particular.

10. Con relación a los argumentos contenidos en el numeral 4 de la presente resolución, cabe precisar que mediante el Oficio N° 350-2012-OS-GFM, notificado con fecha 11 de setiembre de 2012, obrante a fojas 524 del expediente, se comunicó a SHOUGANG el inicio del



³⁰ 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.

³¹ 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.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Funciones técnicas del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin)

En un plazo no mayor a sesenta días, a propuesta del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin) y mediante decreto supremo, con el voto favorable del Consejo de Ministros, se aprobará el listado de funciones técnicas que quedan bajo la competencia de este organismo.

³² 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. Tales disposiciones incluyen los aspectos indicados en los Anexos aprobados en el artículo 1 del presente Decreto Supremo (...)

procedimiento administrativo sancionador donde se imputó la infracción al artículo 38° del RPM por operar el depósito de relaves Pampa El Choclón hasta la cota 59 msnm sin autorización de funcionamiento emitida por la DGM.

Sobre el particular, en el Acta de Supervisión, que obra a fojas 3 del expediente, se indicó como Hecho Constatado lo siguiente: *“Esta es una relavera que en su primera etapa se dispuso relave sobre un vaso natural, cuya cota máxima de disposición de relaves es la cota 48 msnm (deducida del expediente técnico de la segunda etapa). La primera etapa cuenta con autorización de funcionamiento otorgada según Resolución Directoral N° 057-2001-EMM/DGM del 04 de junio de 2001. (...) la disposición de relaves aguas arriba del dique alcanza la cota 59 msnm (...) (subrayado nuestro).*

Igualmente, en el Informe GFM-106-2012³³ de fecha 10 de agosto de 2011, ubicado a fojas 526 a 528 del expediente, se indica: *“La primera etapa de la relavera cuenta con autorización de funcionamiento otorgada por Resolución Directoral N° 057-2001-EMM/DGM del 4 de junio de 2001 para disponer relaves sobre el vaso natural, cuya cota máxima de disposición de relaves es la cota 48 msnm (información obtenida del expediente técnico de la segunda etapa). (...) La disposición de relaves aguas arriba del apilamiento de material alcanza la cota 59 msnm (...) (subrayado nuestro).*

Es decir, contrariamente a lo expuesto por SHOUGANG en el presente caso, conforme al Acta de Supervisión (fojas 3 del expediente) se consideró que la cota máxima de disposición autorizada para la primera etapa era de *“48 msnm (deducida del expediente técnico de la segunda etapa)”*. Ello debido a que el diseño aprobado para la segunda etapa (fojas 26 el expediente) detalla que el recrecimiento tendrá una altura de 12 metros hasta alcanzar la cota 61 msnm (fojas 27). Es decir, se tomó en cuenta una reducción 61 msnm – 12 m = 49 msnm; menos 1 m de borde libre = 48 msnm, que es lo que el supervisor consignó en el acta como cota máxima autorizada para disposición a esa fecha.

De otro lado, obran en el expediente los Informes del MEM N° 102-2013-MEM-DGM-DTM/PB y N° 119-2013-MEM-DGM-DTM/PB del 21 de marzo y 09 de abril de 2013, respectivamente, ubicados de fojas 1278 a 1284 del expediente, que indican en sus antecedentes: *“La Dirección General de Minería mediante Resolución N° 057-2001-EM/DGM de fecha 04 de junio de 2001 autorizó el funcionamiento de la primera etapa del depósito de relaves “Pampa El Choclón” hasta la cota de 40 msnm”*. (subrayado nuestro)

Es más, el MEM a través del Informe N° 430-2014-MEM-DGM-DTM/PB del 17 de diciembre de 2014, obrante de fojas 1285 a 1290, indica en sus antecedentes: *“La Dirección General de Minería mediante Resolución N° 057-2001-EM/DGM de fecha 04 de junio de 2001, aprobó la segunda ampliación de área de la concesión de beneficio ‘Acumulación San Nicolás’ en 293.03 hectáreas, con la cual acumulaba un área total de 1 425.03 hectáreas y autorizó el funcionamiento del depósito de relaves “Pampa El Choclón”, para el almacenamiento de relaves de la planta de beneficio ‘Acumulación San Nicolás’, en la primera etapa hasta la cota de 40 msnm”*. (subrayado nuestro).

Por su parte, si bien la autorización de construcción de la segunda etapa, desde la cota 49 msnm a la 61 msnm, no regularizó el tramo de recrecimiento no autorizado entre la cota 40 y

³³ Informe que sirve de sustento al Oficio N° 350-2012-OS-GFM, con el cual se dio inicio al presente Procedimiento Administrativo Sancionador.

la 48 msnm; no obstante, sea que la cota máxima de disposición aprobada a la fecha de la autorización fuese 40 msnm (real) o 48 msnm (calculado conforme al acta), lo cierto es que SHOUGANG no contaba con autorización de funcionamiento para operar hasta la cota 59 msnm, cota de operación encontrada en la supervisión conforme al Acta.

Finalmente, cuando se emite la Resolución N° 133-2013-MEM-DGM/V del 22 de marzo de 2013, obrante a fojas 1284 del expediente, por la que la DGM autorizó en vía de regularización el funcionamiento del depósito de relaves hasta la cota 54 msnm, claramente indicó lo siguiente *"sin eximirse la responsabilidad administrativa por haber operado el depósito de relaves sin la autorización de funcionamiento del Ministerio de Energía y Minas"*.

Por lo expuesto, la autoridad competente para otorgar la autorización, indica en todos los documentos antes expuestos que en efecto SHOUGANG sí tenía una cota máxima autorizada para la primera etapa.

De otro lado, debe tenerse en cuenta, que el artículo 50° del TUO de la Ley N° 27444, prescribe que son documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades públicas; mientras que el artículo 174° del mismo cuerpo normativo indica 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 administrativa³⁴.

Por tales motivos, el numeral 18.3 del artículo 18° de la Resolución de Consejo Directivo Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería Osinergmin N° 040-2017-OS-CD, en adelante RPAS, indica 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 cierta y que responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario.

De acuerdo a lo señalado, 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 TUO de la Ley N° 27444; es responsabilidad del administrado ejercer su derecho de defensa y aportar los medios probatorios que desvirtúen el contenido de la prueba de cargo³⁵.

Por lo tanto, encontrándose acreditada la infracción al RSSO en función al contenido del Informe de Supervisión y demás documentos recogidos durante la labor realizada por la Supervisora Externa, los cuales constituyen medios probatorios dentro del presente procedimiento según lo dispuesto en el numeral 18.3 del artículo 18° del RPAS y; en aplicación



³⁴ TUO de la Ley N° 27444.

"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."

³⁵ TUO de la Ley N° 27444.

"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.

del numeral 171.2 del artículo 171° del TUO de la Ley N° 27444, era responsabilidad de la administrada presentar los medios probatorios que desvirtúen el contenido de dichos instrumentos y su consiguiente responsabilidad por el ilícito sancionado, lo que no ocurrió³⁶.

En ese sentido, las acciones verificadas durante la supervisión generan certeza y veracidad de los resultados obtenidos, los cuales constituyen sustento probatorio suficiente para determinar que durante la supervisión no se ha cumplido con la obligación descrita en el artículo 38° del RPM, por lo que este extremo de la apelación deviene en infundado.

Finalmente, respecto a que la sanción es desproporcionada pues se pretende multar por un dique que representa solo el 3% de la longitud aproximada de la relavera, cabe mencionar que la imputación es por operar el depósito de relaves por encima de lo autorizado tal como se ha verificado por la supervisión en este caso, por lo carece de sentido emitir pronunciamiento al respecto.

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

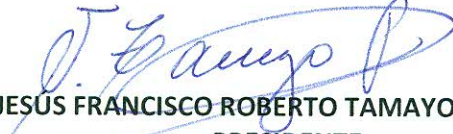
SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **FUNDADO EN PARTE** el recurso de apelación presentado por SHOUGANG HIERRO PERU S.A.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 679-2016 de fecha 08 de marzo de 2016; y, en consecuencia, **REVOCAR** la referida resolución en el extremo referido a la forma en que se calculó la multa que le fue impuesta, así como **CONFIRMAR** la citada resolución en sus demás extremos.

Artículo 2°.- Determinar que la multa permanece en 950 (novecientos cincuenta) UIT por lo expuesto en los considerandos 5 y 6 de la presente resolución.

Artículo 3°.- 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



³⁶ TUO de la Ley N° 27444

"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."