

ES COPIA FIEL DE SU ORIGINAL


 ROCÍO DEL PILAR RAMOS TORERO
 OSINERGMIN

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 471-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 03 de diciembre de 2018

VISTO:


 El Expediente N° 201600129082 que contiene el recurso de apelación interpuesto por NYRSTAR ANCASH S.A., representada por el señor Edgardo Guillermo Portaro van Oordt, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1913-2017 de fecha 03 de noviembre de 2017, mediante la cual se le sancionó con multa por incumplir el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 1913-2017, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a NYRSTAR ANCASH S.A., en adelante NYRSTAR ANCASH, con una multa total de 102.09 (ciento dos y nueve centésimas) UIT por incumplir el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, en adelante RPM, conforme al siguiente detalle:



N°	INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Infracción al artículo 37° del RPM¹ Se constató la instalación de la celda flash (modelo SK-80) y el acondicionador de pulpa de 10' x 10' en el circuito de flotación Bulk de plomo y cobre, sin autorización de construcción de la Dirección General de Minería.	Numeral 1.3.1 del Rubro B ²	83.18 UIT

¹ Decreto Supremo N° 018-92-EM.

Artículo 37.- Entregados los avisos conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y, de no mediar oposición, la Dirección General de Minería deberá evaluar si la solicitud se adecúa a las normas de seguridad, vivienda, salud, bienestar minero e impacto ambiental y expedir Resolución, en un plazo que no excederá de treinta (30) días hábiles. La Resolución expedida por la Dirección General de Minería que autoriza la construcción de la planta, permitirá al interesado solicitar las servidumbres y expropiaciones que pudieran ser necesarias. En el caso que se formule oposición, ésta se tramitará con arreglo a las normas sobre oposición contenidas en la Ley y el presente Reglamento.

² Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD

Anexo: Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras
 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 refinarias)

1.3.1 Autorización de construcción

Base legal: Art. 37° del RPM, Art. 18° del TUO LGM y Art. 26° literal s) del RSSO. Resolución Directoral N° 1073-2008-MEM-DGM

Sanción: Hasta 10,000 UIT

OFICIO DEL PILAR RAMOS TORERO
OSINERGMIN

RESOLUCIÓN N° 471-2018-OS/TASTEM-S2

2	Infracción al artículo 38° del RPM ³ Se constató el funcionamiento de la celda flash (modelo SK-80) y el acondicionador de pulpa de 10' x 10', ambos instalados en el circuito de flotación Bulk de plomo y cobre, sin autorización de la Dirección General de Minería.	Numeral 1.3.2 del Rubro B ⁴	18.91 UIT
TOTAL			102.09 UIT ⁵

Como antecedentes relevantes, cabe señalar los siguientes:

- Del 21 al 22 de marzo de 2016, se llevó a cabo una visita de supervisión a la Planta de Beneficio "Contonga" de titularidad de NYRSTAR ANCASH⁶, con el propósito de verificar el cumplimiento de la normativa vigente, conforme consta en el Acta de Supervisión del 22 de marzo de 2016, obrante a fojas 04 al 06 del expediente, debidamente suscrita por los representantes de la administrada y de OSINERGMIN.
- Mediante Oficio N° 2073-2016, notificado con fecha 3 de noviembre de 2016, obrante a fojas 65 del expediente, se comunicó a NYRSTAR ANCASH el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, debidamente sustentado en el Informe de Inicio de PAS N° 1457-2016, otorgándole el plazo de siete (7) hábiles a fin que presente los descargos que correspondan.
- Por escrito de registro N° 201600129082 de fecha 14 de noviembre de 2016, NYRSTAR ANCASH presentó sus descargos al procedimiento administrativo sancionador.
- Con Oficio N° 552-2017-OS-GSM, notificado el día 20 de setiembre de 2017, obrante a fojas 91 del expediente, se comunicó a NYRSTAR ANCASH el Informe Final de Instrucción N° 705-2017, otorgándole el plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de sus descargos.
- A través del escrito con registro N° 201600129082 de fecha 27 de setiembre de 2017, la empresa CONTONGA PERÚ S.A.C., en adelante CONTONGA, se apersonó al procedimiento administrativo sancionador y presentó descargos respecto al Informe Final de Instrucción N° 705-2017, en virtud de lo señalado en el Asiento B00002 de la Partida Electrónica N° 13772234 del Libro de Sociedades Mercantiles del Registro de Personas Jurídicas de Lima.

³ 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.

⁴ Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD

Anexo: Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras
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

⁵ La determinación y graduación de la sanción se realizó en función a los Criterios Específicos para la graduación de las sanciones por falta de autorización de construcción y/o funcionamiento en concesiones de beneficio, aprobados por la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS-GG, publicada con fecha 23 de noviembre de 2013, y lo dispuesto en la Resolución N° 292-2016-OS/TASTEM-S2 emitida por la Sala 2 del TASTEM el 20 de diciembre de 2016.

⁶ La Planta de Beneficio "Contonga" de titularidad de NYRSTAR ANCASH, al momento de ocurridos los hechos, se encuentra ubicada en el distrito de San Marcos, provincia de Huari y departamento de Ancash.


ROCÍO DEL PILAR RAMOS TORERO
OSINERGMIN

- f) Con Oficio N° 646-2017-OS-GSM, notificado con fecha 07 de noviembre de 2017, se comunicó a COTONGA que no resulta procedente el apersonamiento al procedimiento administrativo sancionador ni los descargos presentados mediante escrito de fecha 27 de setiembre de 2017.

2. Mediante escrito de registro N° 201600129082, de fecha 27 de noviembre de 2017, NYRSTAR ANCASH interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1913-2017, solicitando su nulidad, en atención a los siguientes fundamentos:

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN DE NYRSTAR ANCASH

Sobre la supuesta vulneración de los Principios de Legalidad y Tipicidad

- a) Menciona que, tanto los artículos 37 y 38° del RPM, como la referida Resolución del Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD, no constituyen normas con rango de ley que prevén las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, lo que manifiesta una transgresión al Principio de Legalidad que se encuentra previsto en el numeral 1 del artículo 246° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en adelante el T.U.O. de la Ley N° 27444, motivo por el cual resultaría siendo ilegal que se le imponga una sanción sobre la base de dichas normas reglamentarias.
- b) Señala que se ha vulnerado el Principio de Legalidad y Tipicidad previstos en los numerales 1 y 4 del artículo 246° del T.U.O. de Ley N° 27444⁷, ya que no existe norma con rango de ley que establezca de manera expresa e inequívoca la acción u omisión que configuraría la infracción administrativa en la que habría incurrido NYRSTAR ANCASH, referida a la supuesta falta de autorización de construcción y funcionamiento de la celda flash (modelo SK-80) y el acondicionador de pulpa de 10' x 10'.

Respecto al concepto denominado “costo de servicios no vinculados a la supervisión”

- c) NYRSTAR ANCASH indica que hasta la fecha no se le han notificado los montos detallados de cada uno de los conceptos que integran el rubro denominado “costo servicios no vinculados a la supervisión” que figura en los Cuadros N° 1 y N° 3 de la resolución impugnada; por lo que se ha visto impedida de ejercer su legítimo derecho constitucional de defensa⁸ respecto de dichos

⁷ T.U.O. 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:

1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

(...)

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.

⁸ Constitución Política del Perú

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.

cálculos efectuados por el órgano instructor en el presente procedimiento administrativo sancionador.

Por lo expuesto, la resolución impugnada (al actuar medios probatorios en el presente procedimiento administrativo sancionador y en la determinación de las multas que eventualmente se le impondrían) ha violado su legítimo derecho de defensa⁹ y contradicción, con rango constitucional. Asimismo, la resolución impugnada ha incurrido en una clara violación del derecho de alegación recogido en el artículo 170° del T.U.O. de la Ley N° 27444¹⁰.

En el presente caso, el órgano instructor ha actuado medios probatorios para determinar el "costo de servicios no vinculados a la supervisión", y no ha dado oportunidad a NYRSTAR ANCASH de exponer sus argumentos de defensa o réplica acerca del contenido de dichos medios probatorios; además, dichos costos son consignados expresamente en los Cuadros N° 1 y N° 3 de la resolución impugnada.

De acuerdo con lo expuesto, NYRSTAR ANCASH indica que la falta notificación de dichos actuados y/o del sustento cuantitativo de cada uno de los conceptos que integran el rubro "costo de servicios no vinculados a la supervisión", origina una evidente violación del Principio del Debido Procedimiento¹¹.

La recurrente cita la Resolución de fecha 29 de setiembre de 1998, expedida por la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Expediente N° 1162-98, la cual menciona:

"en los procedimientos administrativos también son de observancia obligatoria los principios que rigen el debido proceso, dentro de los cuales se encuentra el ineludible derecho de defensa, que tiene rango constitucional".

(Subrayado es de la recurrente)

⁹ La recurrente cita la Resolución de fecha 09 de setiembre de 1999, expedida por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de Lima, recaída en el Expediente N° 1368-98, la cual señala:

"la falta de notificación de un decreto recorta el derecho de defensa del interesado vicia de nulidad el procedimiento administrativo, más aún si el mismo tiene implicancias probatorias."

(Subrayado es de la recurrente)

Asimismo, cita la Casación N° 1060-97/LIMA emitida por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, la cual establece:

"...LA DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TIENE POR OBJETO SE DECLARE LA INVALIDEZ O INEFICACIA DE LAS RESOLUCIONES QUE SON OBJETO DE LA PRETENSIÓN. LO QUE PERMITE AL ÓRGANO JURISDICCIONAL ESTABLECER NO SOLAMENTE QUE ADOLESCEN DE ALGÚN DEFECTO FORMAL O SUSTANCIAL QUE SEA CAUSA DE NULIDAD. SINO TAMBIÉN REVOCAR LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA CUANDO SE NIEGUE AL ADMINISTRADO UN DERECHO RECONOCIDO POR LA CONSTITUCIÓN O LA LEY..."

(Resultado, cursiva y subrayado son de la recurrente)

¹⁰ T.U.O. de la Ley N° 27444

Artículo 170.- Alegaciones

170.1 Los administrados pueden en cualquier momento del procedimiento, formular alegaciones, aportar los documentos u otros elementos de juicio, los que serán analizados por la autoridad, al resolver.

170.2 En los procedimientos administrativos sancionadores, o en caso de actos de gravamen para el administrado, se dicta resolución sólo habiéndole otorgado un plazo perentorio no menor de cinco días para presentar sus alegatos o las correspondientes pruebas de descargo.

¹¹ T.U.O. de la Ley N° 27444

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

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

(...)

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de 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.

(...)

Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

2. Debido procedimiento.- No se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento. Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deben establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a autoridades distintas.

Sobre la supuesta vulneración al Principio de Concurso de Infracciones



- d) Sin perjuicio de lo expuesto en los apartados precedentes, y en el eventual negado caso que se desestimen los argumentos antes indicados, NYRSTAR ANCASH señala que la doble imposición de multas por infracción a los artículos 37° y 38° del RPM, tal como ha resuelto la resolución impugnada, constituye una evidente violación al Principio de Concurso de Infracciones¹² que rige la potestad sancionadora de las entidades públicas.

En el presente caso, la conducta en la cual supuestamente habría incurrido NYRSTAR ANCASH consistiría en la instalación de la celda flash (modelo SK-80) y el acondicionador de pulpa de 10' x 10', ambos instalados en el circuito de flotación Bulk de plomo y cobre, respecto de la cual se han impuesto dos sanciones; es decir, la imposición de dos multas por una misma conducta, lo cual resulta evidentemente contrario al principio antes mencionado.

Asimismo, señala que para las dos infracciones imputaciones y las correspondientes sanciones se han tomado en cuenta los mismos medios probatorios, que consisten en lo siguiente: "La Supervisora adjuntó las fotografías N° 10, 11 y 12 (fojas 9 y 10 del expediente), y los videos N° 1 y 2 (fojas 61 del expediente), que muestran la instalación de la celda flash (modelo SK-80) y el acondicionador de pulpa de 10' x 10'.

NYRSTAR ANCASH concluye que, según lo expuesto en los párrafos precedentes, no cabe duda que la resolución impugnada es nula de pleno derecho, porque ha sido expedida en clara violación del Principio de Concurso de Infracciones, previsto en el numeral 6 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444.

Otros argumentos adicionales



- e) NYRSTAR ANCASH refiere que en virtud de lo establecido en el artículo 170° del T.U.O. de la Ley N° 27444, se reserva el derecho de ampliar los argumentos expuestos en su recurso de apelación.
- f) Al amparo del artículo 33° de del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD, en adelante el RSFS, NYRSTAR ANCASH solicita el uso de la palabra a fin de que puedan sus representantes sustentar los argumentos de hecho y derecho de defensa.
3. Con escrito de registro N° 201600129082 de fecha 29 de noviembre de 2017, CONTONGA, interpone el recurso impugnativo de apelación contra el Oficio N° 646-2017-OS-GSM, solicitando la nulidad del oficio impugnado.

(...)

¹² Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

6. Concurso de Infracciones.- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN DE CONTONGA

Respecto al interés legítimo para participar en el presente procedimiento

- a) Mediante Oficio N° 646-2017-OS-GSM, se informó a CONTONGA que no resultaba procedente su apersonamiento y presentación de descargos al Informe Final de Instrucción N° 705-2017, bajo el sustento de que el apersonamiento y descargos presentados por CONTONGA, vulnerarían el Principio de Causalidad, pues el presente procedimiento administrativo sancionador debía seguirse única y exclusivamente contra NYRSTAR ANCASH, como agente supervisado, y por ser quien incurrió en las infracciones imputadas.

Al respecto, CONTONGA señala que mediante escrito ingresado con fecha 27 de setiembre de 2018, se apersonó al presente procedimiento, no con la finalidad de ser quien asuma la posible sanción que se imponga a NYRSTAR ANCASH, sino por tener legítimo interés en la decisión de la autoridad administrativa, por lo que el oficio impugnado no podría alegar la vulneración del Principio de Causalidad.

En ese mismo sentido, señala que de acuerdo con el numeral 69.3 del artículo 69° del T.U.O. de la Ley N° 27444, los terceros pueden apersonarse en cualquier estado del procedimiento, teniendo los mismos derechos y obligaciones de los participantes en él, disposición que debería ser concordada con el artículo 118° del mismo cuerpo legal, debido a que este artículo supone el derecho de contradicción, no sólo del agente supervisado que incurre en la infracción que se le imputa, sino también que se le otorga el derecho de contradicción a los terceros administrados, en tanto vean afectados sus intereses, pueden formular argumentos que coadyuven a la defensa del imputado.

En efecto, CONTONGA manifiesta ser, en la actualidad, titular de la unidad minera "Contonga", que incluye la planta de beneficio "Contonga", y debido a que el presente procedimiento se origina por una supervisión a la referida planta de beneficio, ostentaría un legítimo interés al haber recibido como consecuencia de la reorganización simple de NYRSTAR ANCASH, un bloque patrimonial de los activos y pasivos correspondientes a la unidad minera en referencia, y entre los activos se encuentran aquellos equipos que presuntamente no cuentan con autorización¹³. En ese sentido, la decisión que tome la autoridad administrativa al considerar que dichos equipos cuentan o no con las autorizaciones correspondientes, afectará de manera directa los intereses de CONTONGA, debiéndose tener en consideración lo establecido en los numerales 6.3 y 6.4 del artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1310¹⁴.

¹³ La celda flash (modelo SK-80) y el acondicionador de pulpa de 10' x 10', ambos instalados en el circuito de flotación Bulk de plomo y cobre

¹⁴ Decreto Legislativo N° 1310

Artículo 6.- Reconocimiento de titularidad de registros, certificados, permisos, licencias, autorizaciones y procedimientos administrativos en casos de reorganización de sociedades y cambios de denominación social

(...)

6.3 Las sociedades absorbentes o incorporantes se subrogarán de manera automática en la posición de las sociedades que se extinguen en todo procedimiento administrativo que se encuentre en trámite referido a las sociedades que se disuelven por la fusión, desde la fecha de la comunicación de la fusión a la entidad pública correspondiente.

6.4 Las reglas establecidas en este artículo son de aplicación también a los procesos de escisión y de reorganización simple de sociedades, respecto de los registros, certificados, permisos, licencias y autorizaciones y procedimientos administrativos relacionados a los bienes, derechos, obligaciones u operaciones que se transfieran como consecuencia de la escisión o la reorganización simple y que se identifiquen en la escritura pública correspondiente.

(...)

Otros argumentos adicionales

b) CONTONGA refiere que en virtud de lo establecido en el artículo 170° del T.U.O. de la Ley N° 27444, se reserva su derecho de ampliar los argumentos expuestos en su recurso de apelación¹⁵.

4. A través del Memorándum N° GSM-480-2017, recibido el 06 de diciembre de 2017, la GSM remitió a la Sala 2 del TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN DE NYRSTAR ANCASH

Sobre la vulneración de los Principios de Legalidad y Tipicidad

5. En cuanto a los argumentos contenidos en los literales a) y b) del numeral 2 de la presente resolución, es de señalar que de acuerdo al Principio de Legalidad regulado en el numeral 1 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad¹⁶.

Por su parte, el Principio de Tipicidad regulado en el numeral 4 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, establece 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 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 reglamentaria¹⁷.

Ahora bien, de acuerdo a los literales c) y d) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, los Organismos Reguladores cuentan -entre otros- con la función normativa, que les faculta a dictar reglamentos que regulen los procedimientos a su cargo; así como la función fiscalizadora y sancionadora, que les autoriza a imponer sanciones por el incumplimiento de las obligaciones legales y técnicas en el ámbito de su competencia¹⁸.

¹⁵ La recurrente hace referencia al artículo 161° de la Ley N° 27444, el cual corresponde al artículo 170° del T.U.O. de la Ley N° 27444.

¹⁶ T.U.O. 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:

1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.
(...)

¹⁷ T.U.O. 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.- 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.

¹⁸ Ley N° 27332

Artículo 3.- Funciones

ROCÍO DEL PILAR RAMOS TORERO
OSINERGMIN

A su vez, el artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG), dispone que el OSINERGMIN se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, así como a graduar las sanciones aplicables¹⁹.

Además de ello, la referida disposición establece que la infracción se determina en forma objetiva y se sanciona administrativamente de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones aprobada por el Consejo Directivo; la cual podrá contemplar, entre otras, penas pecuniarias, comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos, cierre de establecimientos y paralización de obras.

En relación al Principio de Tipicidad, 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 legal²⁰.

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

Al respecto, cabe señalar que mediante Resolución de Consejo Directivo de OSINERGMIN N° 286-2010-OS/CD, publicada en el diario oficial El Peruano el 29 de diciembre de 2010, vigente al momento en que se detectó la comisión de la infracción administrativa, se aprobó el Cuadro de Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras, dentro del cual se tipifica como infracción, entre otros,

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;

Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador.

d) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión.

(...)

¹⁹ Ley N° 27699.

Artículo 1.- Facultad de Tipificación

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

Sin perjuicio de lo mencionado en el párrafo anterior, el Consejo Directivo del OSINERG se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, así como a graduar las sanciones, para lo cual tomará en cuenta los principios de la facultad sancionadora contenidos en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente, de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones del OSINERG, aprobada por el Consejo Directivo; la cual podrá contemplar, entre otras, penas pecuniarias, comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos, cierre de establecimientos y paralización de obras.

El Consejo Directivo del OSINERG establecerá el procedimiento de comiso, así como el destino donación o destrucción de los bienes comisos.

²⁰ 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>.

el incumplimiento a las normas de operación en concesiones de beneficio: autorización de construcción y autorización de funcionamiento.

De este modo, si bien NYRSTAR ANCASH sostiene que se habría vulnerado el Principio de Tipicidad, pues los ilícitos administrativos imputados no son precisos y han sido detallados de manera genérica, corresponde señalar que las normas que tipifican las infracciones imputadas y que le fueron comunicadas desde el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador a través del Oficio N° 2073-2016, obrante a fojas 65 del expediente, son las que se detallan a continuación:

NORMA QUE TIPIFICA LA INFRACCIÓN (TIPIFICACIÓN)	NORMA QUE ESTABLECE LA OBLIGACIÓN INCUMPLIDA (BASE LEGAL DE LA TIPIFICACIÓN)	IMPUTACIÓN
Numeral 1.3.1 del Rubro B del Anexo de la 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) 1.3.1 Autorización de construcción Base legal: Art. 37° del RPM, Art. 18° del TUO LGM y Art. 26° literal s) del RSSO. Resolución Directoral N° 1073-2008-MEM-DGM Sanción: Hasta 10,000 UIT	Artículo 37° del RPM Artículo 37.- Entregados los avisos conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y, de no mediar oposición, la Dirección General de Minería deberá evaluar si la solicitud se adecúa a las normas de seguridad, vivienda, salud, bienestar minero e impacto ambiental y expedir Resolución, en un plazo que no excederá de treinta (30) días hábiles. La Resolución expedida por la Dirección General de Minería que autoriza la construcción de la planta, permitirá al interesado solicitar las servidumbres y expropiaciones que pudieran ser necesarias. (...)	Hechos Se constató la instalación de la celda flash (modelo SK-80) y el acondicionador de pulpa de 10' x 10', ambos instalados en el circuito de flotación Bulk de plomo y cobre, sin autorización de construcción de la Dirección General de Minería.
Numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la 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 Sanción: Hasta 10,000 UIT	Artículo 38° del RPM Artículo 38.- Concluidas la construcción e instalación de la planta, el interesado dará aviso a la Dirección General de Minería para que proceda a ordenar una inspección a fin de comprobar que las mismas se han efectuado de conformidad con el proyecto original, en lo que se refiere a seguridad e higiene minera e impacto ambiental. (...) Si la inspección fuere favorable, la Dirección General de Minería otorgará el título de la concesión. Dicha resolución autorizará el funcionamiento de la planta (...).	Hechos Se constató el funcionamiento de la celda flash (modelo SK-80) y el acondicionador de pulpa de 10' x 10', ambos instalados en el circuito de flotación Bulk de plomo y cobre, sin autorización de la Dirección General de Minería.

Como puede advertirse, los ilícitos administrativos imputados a NYRSTAR ANCASH se configuran por incumplimientos de las normas técnicas que regulan, entre otras, las actividades de instalación y operación en concesiones de beneficio, dentro de las cuales se encuentra el artículo 37° del RPM, que establece la obligación de contar con autorización de construcción emitida por la Dirección General de Minería - DGM del Ministerio de Energía y Minas – MEM, antes de realizar actividades de instalación, implementación de equipos o construcción de componentes en concesiones de beneficio, y el artículo 38° del RPM, que establece la obligación de contar con autorización de funcionamiento emitida por la DGM del MEM, antes de realizar actividades de operación de equipos o componentes en concesiones de beneficio.



Por lo anterior, se acredita que los hechos verificados, se subsumen en los supuestos de hecho establecidos en los numerales 1.3.1 y 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD, dado que a la fecha de la supervisión, se constató la instalación y operación de la celda flash (modelo SK-80) y el acondicionador de pulpa de 10' x 10' en el circuito de flotación Bulk de plomo y cobre, sin contar con la autorización de construcción y funcionamiento, respectivamente.

En este contexto, se verifica que las infracciones imputadas fueron tipificadas en ejercicio de las atribuciones conferidas al OSINERGMIN por norma con rango de ley, que los supuestos de hecho, así como las obligaciones cuyos incumplimientos le sirven de base legal, contienen una descripción clara y de fácil comprensión; asimismo, que los hechos imputados se adecúan a la descripción típica de los ilícitos sancionados, por lo que no se ha producido vulneración alguna de los Principios de Legalidad y Tipicidad.

En tal sentido, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación.

Respecto al concepto denominado "costo de servicios no vinculados a la supervisión"

6. En relación a lo manifestado en el literal c) del numeral 2 de la presente resolución, se tiene que el Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, dispone que la autoridad administrativa debe prever que la comisión de la conducta sancionable 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:

- 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.

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 administrativa²¹.

²¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador". Lima: Gaceta Jurídica, Octava Edición, 2009. Páginas 693 a 696.

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

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

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



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

En el presente procedimiento, se imputaron a NYRSTAR las infracciones tipificadas en los numerales 1.3.1 y 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD, las cuales establecen como sanción aplicable multa de hasta 10,000 UIT, respectivamente.

En tal sentido, a efectos de determinar y graduar las sanciones dentro de dicho tope máximo, tanto el órgano instructor como la GSM, aplicaron 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, mencionados al inicio del presente numeral.

Por consiguiente, no se habría vulnerado el Principio del Debido Procedimiento, ya que los criterios para graduar la multa en el presente caso, se encontraban contemplados en el T.U.O. de la Ley N° 27444 y en la Resolución N° 256-2013-OS/GG, los cuales eran de pleno de conocimiento de la recurrente.

Ahora bien, considerando que NYRSTAR ANCASH, sólo ha cuestionado la aplicación del “costo de servicios no vinculados a la supervisión”, en aplicación del Principio de Congruencia Procesal, este Tribunal Administrativo, sólo emitirá pronunciamiento sobre dicho aspecto²².



Sobre ello, conviene indicar que el criterio de “costo de servicios no vinculados a la supervisión”, responde al mandato contenido en el Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 246° del T.U.O. Ley N° 27444, según el cual, las autoridades deben prever que la comisión de la infracción no resulte más ventajosa para los administrados que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción²³; sin embargo, si bien es un criterio que se ha venido utilizando

(Subrayado agregado)

²² 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, los pronunciamientos de las entidades deben guardar relación con aquello que es materia de controversia dentro del procedimiento.

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.

T.U.O. de la Ley N° 27444

Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

(...)

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

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

²³ T.U.O. 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:

(...)

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:

para darle carácter disuasivo a las multas bajas que no desincentivarían las conductas ilícitas, se verifica que en el presente caso, no se han impuesto multas bajas, toda vez que se ha sancionado a NYRSTAR ANCASH con una multa de 83.18 (ochenta y tres con dieciocho centésimas) UIT²⁴ y otra de 18.91 (dieciocho con noventa y un centésimas) UIT²⁵, por lo que no corresponde aplicar dicho criterio para el presente caso.

En consecuencia, corresponde recalcular las multas impuestas, excluyendo dicho concepto y manteniendo los demás factores, conforme a lo siguiente:

- Cálculo de multa por infracción al artículo 37° al RPM:

Descripción	Monto
VI (S/ julio 2016)	321,700.00
IPC marzo 2016	123.17
IPC julio 2017	127.25
V.I. (S/ julio 2017)	332,340.00
Valor tope de la escala, VT (S/)	40,500,000.00
Valor Base Q1 (S/)	332,340.40
Factor de circunstancia	n.a.
Valor Base Graduado	332,340.00
Valor de las Ventas, VV (S/)	158,037,297.99
1% del Valor de las Ventas (S/)	1,580,372.98
Monto del segundo valor base, M (S/)	332,340.40
Costos de servicios no vinculados a la supervisión	0.00
Multa Calculada (S/)	332,340.40
Multa Calculada (UIT)	82.06

- Cálculo de multa por infracción al artículo 38° al RPM:

Descripción	Monto
Beneficio ilícito asociado a la infracción (S/ julio 2017)	72,037.82
Probabilidad de detección	100%
B/P (S/ julio 2017)	72,037.82
Valor tope de la escala, VT (S/)	40,500,000.00
Valor Base Q1 (S/)	72,037.82
Factor de circunstancia	n.a.
Valor Base Graduado	72,037.82
Valor de las Ventas, VV (S/)	158,037,297.99
1% del Valor de las Ventas (S/)	1,580,372.98
Monto del segundo valor base, M (S/)	72,037.82
Costos de servicios no vinculados a la supervisión	0.00
Multa Calculada (S/)	72,037.82
Multa Calculada (UIT)	17.79

Por lo anterior, corresponde modificar la multa impuesta por la infracción al artículo 37° del RPM, reduciéndola de 83.18 (ochenta y tres con dieciocho centésimas) UIT a 82.06 (ochenta y dos con

- 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.

²⁴ Por infracción al artículo 37° del RPM.

²⁵ Por infracción al artículo 38° del RPM.


ROCÍO DEL PILAR RAMOS TORERO
OSINERGMIN

seis centésimas) UIT; asimismo, la multa impuesta por la infracción al artículo 38° del RPM, reduciéndola de 18.91 (dieciocho con noventa y un centésimas) UIT a 17.79 (diecisiete con setenta y nueve centésimas) UIT.

Sobre la supuesta vulneración al Principio de Concurso de Infracciones

7. Acerca de lo señalado en el literal d) del numeral 2, cabe indicar que el Principio de Concurso de Infracciones establece que cuando una conducta califique en más de una infracción corresponde aplicar sólo una, la más grave²⁶.

Siendo así, corresponde a este Tribunal Administrativo determinar si ambas infracciones sancionadas tienen como sustento la misma conducta.

De la revisión de los numerales 4.1 y 4.2 de la resolución impugnada, se observa que se determinó que NYRSTAR ANCASH había instalado la celda flash (modelo SK-80) y el acondicionador de pulpa de 10' x 10' en el circuito de flotación Bulk de plomo y cobre, sin contar con la autorización de construcción. Asimismo, se verificó el funcionamiento de la celda flash (modelo SK-80) y el acondicionador de pulpa de 10' x 10', ambos instalados en el circuito de flotación Bulk de plomo y cobre, sin contar con la autorización de funcionamiento.

De lo anterior, se desprende que existen dos conductas distintas, la primera: instalar sin autorización y, la segunda: operar sin autorización.

En tal sentido, se han impuesto dos sanciones por haberse verificado conductas distintas, que incumplen diferentes obligaciones establecidas en el RPM, correspondiendo desestimar lo argumentado en el recurso de apelación en este extremo.

Otros argumentos adicionales

8. Sobre lo citado en el literal e) del numeral 2 de la presente resolución, se debe indicar que no consta en el expediente que NYRSTAR ANCASH haya realizado la ampliación de sus argumentos.
9. Respecto a lo señalado en el literal f) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que conforme al artículo 33° del RSFS, el agente supervisado puede solicitar el uso de la palabra al órgano sancionador o al órgano revisor. La denegatoria a dicha solicitud debe encontrarse debidamente motivada a fin de no vulnerar el derecho al debido procedimiento²⁷.

Por su parte, de conformidad con el numeral 23.3 del artículo 23° del nuevo Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD, corresponde

²⁶ T.U.O. 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:

(...)

6. Concurso de Infracciones.- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

(...)

²⁷ Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD

Artículo 33.- Informe oral

El Agente Supervisado puede solicitar el uso de la palabra al órgano sancionador o al órgano revisor. La denegatoria a dicha solicitud debe encontrarse debidamente motivada a fin de no vulnerar el derecho al debido procedimiento.

ROCÍO DEL PILAR RAMOS TORERO
OSINERGMIN

al Presidente de la Sala 2 del TASTEM aprobar la realización de informes orales cuando resulte necesario para resolver el caso²⁸.

Sobre el particular, cabe señalar que habiéndose revisado y analizado todos los actuados obrantes en el expediente, conforme se advierte de los considerandos expuestos precedentemente, esta instancia administrativa considera que ha contado con elementos de juicio suficientes para emitir su pronunciamiento sobre el presente caso, habiéndose señalado los motivos por los cuales se han desestimado los argumentos alegados por el recurrente.

En virtud de ello, el Presidente de esta Sala del TASTEM, con la conformidad de los demás Vocales que integran este Órgano Colegiado, considera que no corresponde acceder a la solicitud de informe oral formulada por NYRSTAR ANCASH.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN DE CONTONGA

Respecto al interés legítimo para participar en el presente procedimiento

10. Sobre el literal a) del numeral 3 de la presente resolución, es preciso indicar que, el artículo 69° del T.U.O. de la Ley N° 27444 determina como debe ser la comunicación de la resolución emitida a quienes son considerados terceros administrados, estableciendo lo siguiente:

"69.1 Si durante la tramitación de un procedimiento es advertida la existencia de terceros determinados no comparecientes cuyos derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados con la resolución que sea emitida, dicha tramitación y lo actuado les deben ser comunicados mediante citación al domicilio que resulte conocido, sin interrumpir el procedimiento.

69.2 Respecto de terceros administrados no determinados, la citación es realizada mediante publicación o, cuando corresponda, mediante la realización del trámite de información pública o audiencia pública, conforme a esta Ley.

69.3 Los terceros pueden apersonarse en cualquier estado del procedimiento, teniendo los mismos derechos y obligaciones de los participantes en él".

En ese sentido, se verifica de la norma citada precedentemente que, si bien es cierto, los terceros pueden apersonarse en cualquier estado del procedimiento, teniendo los mismos derechos y obligaciones de los que participan en él, también lo es que, tanto para los terceros determinados como para los terceros no determinados, se establece como condición que en la resolución que se vaya a emitir durante la tramitación de un procedimiento administrativo, sus derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados.

Asimismo, resulta pertinente mencionar que el artículo 118° del T.U.O. de la Ley N° 27444, establece la facultad de contradicción administrativa:

*"118.1 Frente a un acto que supone que **viola, afecta, desconoce o lesiona un derecho o un interés legítimo**, procede su contradicción en la vía administrativa en la forma prevista en esta Ley, para que sea revocado, modificado, anulado o sean suspendidos sus efectos.*

²⁸ Resolución N° 044-2018-OS/CD

Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN

Artículo 23.- Funciones de los Presidentes de las Salas de los Órganos Resolutivos

(...)

23.3. Disponer la realización de informes orales cuando lo considere necesario para resolver el caso, o si algún Vocal o el Secretario Técnico Adjunto se lo solicite o a pedido de parte. (...)

118.2 Para que el interés pueda justificar la titularidad del administrado, debe ser legítimo, personal, actual y probado. **El interés puede ser material o moral.**

118.3 La recepción o atención de una contradicción no puede ser condicionada al previo cumplimiento del acto respectivo". (El resaltado es nuestro)

En efecto, de lo expuesto se verifica que se podrá ejercer la facultad de contradicción si se ve violado, afectado, desconocido o lesionado un derecho o un interés legítimo; sin embargo, para que se justifique la titularidad del administrado debe tratarse de un interés legítimo, personal, actual y probado, más aún debe tratarse de un interés material o moral.

En el presente caso, se debe advertir que, al momento de llevarse a cabo la supervisión realizada los días 21 al 22 de marzo de 2016, NYRSTAR ANCASH era titular de la unidad minera "Contonga", la que incluye la planta de beneficio "Contonga", es decir, única responsable administrativa de los hechos imputados a través del Oficio N° 2073-2016.

Ahora bien, de conformidad con lo señalado en el Asiento B0002 de la Partida N° 13772234 de la Oficina Registral Lima de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, se advierte que por Escritura Pública de fecha 06 de marzo de 2017, se acordó la reorganización simple de un bloque patrimonial a favor de la CONTONGA en calidad de beneficiaria y NYRSTAR ANCASH, en calidad de aportante.

Asimismo, mediante Asiento 0006 de la Partida N° 12154381 y Ficha N° 254287 del Libro de Derechos Mineros, se verifica que CONTONGA es titular de la concesión "Contonga", ubicada en el distrito de San Marcos, en la provincia de Huari y departamento de Ancash, al haberse acordado el cambio de denominación social del titular de Minera Huallanca S.A. a NYRSTAR ANCASH, en mérito a la Escritura Pública de fecha 06 de febrero de 2012, y luego de la Reorganización Simple de NYRSTAR ANCASH segregando un bloque patrimonial, entre ellos, la concesión "Contonga" a favor de CONTONGA, en mérito a la Escritura Pública de fecha 06 de marzo de 2017.

En ese sentido, resulta claro que CONTONGA, al momento de apersonarse al presente procedimiento administrativo sancionador y formular descargos²⁹, era titular de la unidad minera "Contonga"; sin embargo, de la revisión de los actuados, se verifica que la empresa NYRSTAR ANCASH segregó un bloque patrimonial (unidad minera "Contonga") sin extinguirse como sociedad, por lo que en aplicación del Principio de Causalidad, regulado en el numeral 8 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, que establece: "*La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable*", se tiene como responsable administrativamente a NYRSTAR ANCASH, al ser el titular minero al momento de la supervisión.

Además, cabe precisar que, tal como se ha señalado en el párrafo precedente, NYRSTAR ANCASH segregó un bloque de su patrimonio (unidad minera "Contonga"); no obstante, mantiene en su activo las acciones o participaciones correspondientes a dicho aporte, de conformidad con lo establecido en el artículo 391° de la Ley N° 26778 – Ley General de Sociedades³⁰.

²⁹ Escrito con registro N° 201600129082 de fecha 27 de setiembre de 2017.

³⁰ Ley N° 26778, Ley General de Sociedades
Artículo 391.- Reorganización Simple

Se considera reorganización el acto por el cual una sociedad segrega uno o más bloques patrimoniales y los aporta a una o más sociedades nuevas o existentes, recibiendo a cambio y conservando en su activo las acciones o participaciones correspondientes a dichos aportes.

ROCIO DEL PIAR RAMOS TORERO
OSINERGMIN

Ahora bien, mediante la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1913-2017 de fecha 03 de noviembre de 2017, se sancionó a NYRSTAR ANCASH con una multa total equivalente a 102.09 (ciento dos y nueve centésimas) UIT por incumplir el RPM, por lo que no se evidencia el perjuicio económico o material que causaría la decisión emitida por la Administración a CONTONGA; motivo por el cual no se acreditaría el legítimo interés que se alega, tal como señala el profesor Juan Carlos Morón Urbina, el interés para ser legítimo, requiere la concurrencia de tres elementos subjetivos:

"a) Ser un interés personal: que el beneficio o afectación que el contenido del acto administrativo debe tener repercusión en el ámbito privado de quien lo alegue (interés no administrativo), esto es que no se intente representar intereses generales que han sido confiados a la Administración y precisamente en cuya autoridad se ha dictado el acto (...); b) ser un interés actual: por el beneficio o afectación que el contenido del acto administrativo debe tener repercusión o incidencia efectiva e inmediata en la esfera del titular del interés reclamado. Por lo tanto, no califican como interés legítimo aquellos agravios potenciales, futuros, hipotéticos y remotos; y, c) ser un interés probado: por el que el beneficio o afectación que el contenido del acto produce en el interés debe estar acreditado a criterio de la administración, no bastando su mera alegación".³¹

Además, resulta pertinente mencionar que con fecha 02 de abril de 2018, la EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A., en adelante LOS QUENUALES, hace de conocimiento de la Gerencia de Supervisión Minera que mediante las Juntas Generales de Accionistas de LOS QUENUALES y CONTONGA, ambas celebradas con fecha 28 de diciembre de 2017, se acordó la fusión por absorción de CONTONGA por parte de LOS QUENUALES, vigente desde el 01 de enero de 2018; por tanto, LOS QUENUALES ha asumido a título universal la unidad minera "Contonga", la que incluye la planta de beneficio "Contonga", ubicada el distrito de San Marcos, provincia de Huari y departamento de Ancash, subrogándose en su posición.

En tal sentido, cuando falta alguno de los elementos señalados precedentemente, nos encontramos frente a un interés simple, el mismo que no es suficiente para ejercer el derecho de contradicción. Por lo expuesto, no se identifica la existencia de repercusión o incidencia efectiva e inmediata alguna, ni se ha acreditado la afectación respecto a haberse declarado improcedente el apersonamiento y presentación de los descargos a través del escrito de fecha 27 de setiembre de 2017, por lo que no se configuran dos (2) de los tres (3) elementos requeridos para que resulte legítimo el interés de ejercer la facultad de contradicción de CONTONGA. En consecuencia, el Oficio N° 646-2017-OS-GSM, no vulneró, afectó, desconoció o lesionó derecho alguno o el legítimo interés a la recurrente, por lo que se deberá declarar improcedente el recurso de apelación interpuesto por CONTONGA.

Otros argumentos adicionales

11. Sobre lo citado en el literal b) del numeral 3 de la presente resolución, se debe indicar que no consta en el expediente que CONTONGA haya realizado la ampliación de sus argumentos.

De conformidad con los numerales 16.1 y 16.3 del artículo 16° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD, y toda vez que no obra en el expediente administrativo mandato judicial alguno al que este Tribunal deba dar cumplimiento.

³¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Gaceta Jurídica, Lima, 2017. Décimo Segunda edición. pp. 611-612.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **FUNDADO EN PARTE** el recurso de apelación interpuesto por NYRSTAR ANCASH S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1913-2017 de fecha 03 de noviembre de 2017, respecto al cálculo de la multa por las razones expuestas en el numeral 6 de la parte considerativa de la presente resolución, debiendo rebajarse el total de la multa de 102.09 (ciento dos y nueve centésimas) a 99.85 (noventa y nueve con ochenta y cinco centésimas) UIT.

Artículo 2°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por NYRSTAR ANCASH S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1913-2017 de fecha 03 de noviembre de 2017, respecto a la determinación de su responsabilidad administrativa por las infracciones a los artículos 37° y 38° del RPM y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en tal extremo.

Artículo 3°.- Declarar **IMPROCEDENTE** el recurso de apelación interpuesto por CONTONGA PERÚ S.A.C. (actualmente, EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A.) contra el Oficio N° 646-2017-OS-GSM de fecha 28 de octubre de 2017.

Artículo 4°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Héctor Adrián Chávarry Rojas, José Luis Harmes Bouroncle y Víctor Jesús Revilla Calvo.

HÉCTOR ADRIÁN CHAVARRY ROJAS
PRESIDENTE

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN

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

Expediente N°: 201600129082

Destinatario : EMPRESA MINERA LOS QUENUALES (CONTONGA PERÚ S.A.C.)

Domicilio : Pasaje Los Delfines N° 159 piso 08 Urb. Las Gardenias – SANTIAGO DE SURCO

Entidad : OSINERGMIN

Dependencia : SALA 2 TASTEM – STOR

Domicilio Entidad : Calle Amador Merino Reyna N° 267 piso 12 San Isidro, Lima 27

Materia / Procedimiento : Infracción al artículo 37° y 38° del reglamento de Procedimientos Mineros

Nro. de Resolución : 471-2018-OS/TASTEM-S2

Fecha : 03/12/2018

Nro. de Folios : 17

MARCA CON "X" LA OPCIÓN QUE CORRESPONDA:

El acto notificado entra en vigencia:

Desde la fecha de emisión ()

Desde antes de su emisión (eficacia anticipada) ()

Desde el día hábil siguiente de notificación (X)

Desde la fecha indicada en la resolución ()

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

RECURSO QUE PROCEDEN:

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

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

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

Nombre del receptor INESA SALINAS PÉREZDocumento de Identidad 41725164Relación con el destinatario SECRETARIA

Fecha

Hora

FIRMA DEL QUE RECIBE

Y sello (de ser empresa)

CARACTERÍSTICAS DEL DOMICILIO

Nro. Medidor agua () o luz ()

Material y color de la fachada

Material y color de la puerta

Otros datos.

Observaciones.

HORA : 5:10 PM

MOTIVO DE LA DEVOLUCIÓN:

Mudó de domicilio ()

Domicilio errado o inexistente ()

MOTIVO DE ENTREGA CON ACTA

Se negó a recibir () o firmar ()

Ausencia primera notificación ()

Ausencia segunda notificación ()

DATOS DE NOTIFICADOR

Nombres y apellidos:

DNI. 110531054

Firma del notificador



CÉDULA DE NOTIFICACIÓN

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

Expediente N°: 201600129082

Destinatario : NYRSATR ANCASH S.A.
 Domicilio : Av. Enrique Canaval y Moreyra N° 290 Oficina 52 – SAN ISIDRO
 Entidad : OSINERGMIN
 Dependencia : SALA 2 TASTEM – STOR
 Domicilio Entidad : Calle Amador Merino Reyna N° 267 piso 12 San Isidro, Lima 27
 Materia / Procedimiento : Infracción al artículo 37° y 38° del reglamento de Procedimientos Mineros
 Nro. de Resolución : 471-2018-OS/TASTEM-S2
 Fecha : 03/12/2018
 Nro. de Folios : 17

MARCA CON "X" LA OPCIÓN QUE CORRESPONDA:

El acto notificado entra en vigencia:

Desde la fecha de emisión ()
 Desde antes de su emisión (eficacia anticipada) ()
 Desde el día hábil siguiente de notificación (X)
 Desde la fecha indicada en la resolución ()
 El acto notificado agota la vía administrativa (X) SI () NO

RECURSO QUE PROCEDEN:

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

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

Nombre del receptor IDEHANO CORPUS BRONCANODocumento de Identidad 46047561Relación con el destinatario RECEPCIÓN

Fecha

Hora

FIRMA DEL QUE RECIBE

Y sello (de ser empresa)



MOTIVO DE LA DEVOLUCIÓN:

Mudó de domicilio ()
 Domicilio errado o inexistente ()

MOTIVO DE ENTREGA CON ACTA
 Se negó a recibir () o firmar ()

Ausencia primera notificación ()
 Ausencia segunda notificación ()

CARACTERÍSTICAS DEL DOMICILIO

Nro. Medidor agua () o luz ()
 Material y color de la fachada Edificio color plomo
 Material y color de la puerta Puerta de roble color plomo
 Otros datos:

Observaciones:

DATOS DE NOTIFICADOR

Nombres y apellidos: Rodrigo Marquina Alvaraz
 DNI: 72761891
 Firma del notificador: [Firma]