

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

OSINERGMIN

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 020-2019-OS/TASTEM-S2

Lima, 15 de enero de 2019

VISTO:



El Expediente N° 201800007911 que contiene el recurso de apelación interpuesto por VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A., representada por el señor Rubén Rojas Manrique, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2895-2018 de fecha 21 de noviembre del 2018, mediante la cual se le sancionó por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 2895-2018, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A., en adelante VOLCAN, con una multa total de 7.17 (siete con diecisiete centésimas) UIT, por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM, en adelante RSSO, conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Al artículo 323° del RSSO¹ En el dique 2 del depósito de relaves "Rumichaca", en un tramo de 150 metros, en el sector adyacente al área de clasificación de relaves, el ancho de corona es de 3.40 metros, incumpliendo los parámetros de diseño aprobados mediante Resolución Directoral N° 249-2017-MEM/DGM que autorizó el funcionamiento del recrecimiento del dique del depósito de relaves "Rumichaca", Etapa II, hasta la cota 4222 msnm, con un ancho de corona de 6 metros.	Numeral 2.2.5 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD ²	7.17 UIT ³



¹ RSSO

"Artículo 323°.- Los depósitos de relaves, pads, pilas de lixiviación y botaderos de desmontes deberán construirse y operarse de acuerdo al expediente técnico, así como a sus autorizaciones de construcción y funcionamiento otorgadas por la Dirección General de Minería o Gobierno Regional, según corresponda, debiéndose controlar los parámetros de diseño (condiciones geométricas y parámetros operativos) aprobados. (...) "

² Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD

Anexo: Cuadro de Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera.

Rubro B – Incumplimiento de disposiciones y normas técnicas de seguridad minera.

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

2.2. En concesiones de beneficio (plantas concentradoras, pirometalúrgicas, hidrometalúrgicas y electrometalúrgicas)

2.2.5. Operación de depósitos de relaves y pilas de lixiviación.

Base legal: Art. 323° del RSSO y art. 4° del D.S. N° 001-2015-EM.

Sanción: Hasta 10,000 UIT.

³ Cabe precisar que para la determinación y graduación de las sanciones se consideraron los criterios, metodología y la probabilidad de detección que fueron aprobados por las Resoluciones de Gerencia General N° 035 y 256-2013 publicadas en el Diario Oficial El Peruano con fecha 03 de febrero de 2011 y 23 de noviembre de 2013, respectivamente, así como lo dispuesto en la Resolución N° 040-2017-OS/CD.

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- 
- a) Durante los días 4 al 6 de diciembre del 2017 se efectuó una visita de supervisión a la unidad minera "Carahuacra"⁴ de titularidad de VOLCAN, a cargo de los supervisores de Osinergmin.
 - b) A través del Oficio N° 1839-2018 notificado a VOLCAN el 28 de junio de 2018, que obra a fojas 52 del expediente, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.
 - c) Por escrito presentado el 10 de julio de 2018, registrado por Osinergmin en el Expediente N° 201800007911, VOLCAN remitió sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.
 - d) Mediante Oficio N° 535-2018-OS-GSM notificado el 30 de octubre de 2018, se remitió a VOLCAN el Informe Final de Instrucción N° 2178-2018.
 - e) Por escrito presentado el 7 de noviembre de 2018, registrado por Osinergmin en el Expediente N° 201800007911, VOLCAN remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción.
2. Mediante escrito presentado el 18 de diciembre del 2018, registrado por Osinergmin en el Expediente N° 201800007911, VOLCAN interpuso su recurso de apelación contra la Resolución N° 2895-2018, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la supuesta vulneración al Principio de Razonabilidad.

- 
- a) VOLCAN señala que de acuerdo al Reglamento aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD, 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° 27444, el cual dispone que las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que debe tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido; en ese sentido, la autoridad no debe exigir más de lo debido y normado en la ley.

Ahora bien, indica que no transgredió lo dispuesto en el artículo 323° del RSSO; en consecuencia, se vulneró el citado principio y su derecho de defensa, por lo que el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador debe ser declarado nulo, al incurrirse en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 10° de la Ley N° 27444.

Con respecto a la vulneración del Principio de Legalidad.

- b) El Principio de Legalidad dispuesto en el literal d) del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución y en el numeral 1 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, tiene dos matices legales relevantes, pues prevé la jerarquía normativa exigida para:
 - a) la atribución de la potestad sancionadora y b) la previsión de sanciones administrativas.

⁴ La unidad minera "Carahuacra" se encuentra ubicada en el distrito y provincia de YAULI en el departamento de Junín.



En tal sentido, indica que para que Osinergmin ejerza válidamente su potestad sancionadora, ésta debe haberle sido atribuida mediante una norma con rango de ley y además las sanciones que aplique también tienen que estar previstas en normas de esta misma jerarquía⁵.

En este orden de ideas, argumenta que el ordenamiento jurídico nacional ha ido adecuándose a los criterios prescritos en la Ley N° 27444, para evitar contravenir los principios generales de la potestad sancionadora como el segundo matiz del Principio de Legalidad antes mencionado⁶; por lo tanto, para que Osinergmin pueda imponer válidamente una multa, esta sanción tendría que haber sido aprobada previamente mediante una norma con rango de ley.

No obstante, en el presente caso se le sanciona indebidamente aplicándole una supuesta multa estipulada en el artículo 323° del RSSO. Asimismo, se invoca una sanción de manera enunciativa no calificando la supuesta conducta posible de infracción, las cuales estarían contempladas en normas generales y específicas del sector.

En consecuencia, la resolución de sanción habría transgredido lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 230° de la Ley N° 27444, por lo que se debe declarar su nulidad debido a que se encuentra inmersa en la causal prevista en el inciso 1 del artículo 10° de la citada ley.

Con respecto a la vulneración del Principio de Tipicidad.



- c) De acuerdo al Principio de Tipicidad, contenido en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en la ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analógica.⁷

Es así que, de acuerdo a la Ley, Jurisprudencia y Doctrina respecto del Principio de Tipicidad, las entidades públicas, en el ejercicio de su potestad sancionadora, se encuentran facultadas a imponer sanciones por infracciones siempre y cuando éstas se encuentren tipificadas, “redactadas con precisión suficiente” y que “definan de manera cierta la conducta

⁵ Asimismo, la recurrente cita la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00197-2010-AA., en la que se hace referencia al Principio de Legalidad, tal como se detalla a continuación:

“El principio de legalidad constituye una garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos, consagrado por la Constitución en su artículo 2º, inciso 24, literal d) (...).”

El principio de legalidad en materia sancionadora impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está determinada por la ley. Como lo ha expresado este Tribunal (Cfr. Expediente N.º 010-2002-AI/TC), este principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (lex scripta), que la ley sea anterior al hecho sancionado (lex praevia), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa).

Se ha establecido, además, que “Dicho principio comprende una doble garantía; la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, que refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes; es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex praevia) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la añeja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley o norma con rango de ley”. (Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional español N° 61/1990). (El subrayado es suyo).

Asimismo, cita al autor MORÓN, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, 8va edición. Lima 2009, p. 687.

⁶ Como ejemplos de adecuación la recurrente menciona los siguientes:

La Ley N° 27987, Ley que faculta al Ministerio de Transportes y Comunicaciones a ejercer su potestad sancionadora en el ámbito de servicios postales; Ley N° 28627, Ley que establece el ejercicio de la potestad sancionadora del Ministerio del Interior en el ámbito funcional de la DICSCAMEC; Ley N° 29080, Ley de Creación del Registro de Agente Inmobiliario del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento; Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos y la Ley N° 29622, Ley que modifica la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

⁷ Cita a las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes N° 2050-2002-AA/TC, Fundamento N° 9 y N° 5408-2005-PA/TC, Fundamento N° 13. Además, hace referencia lo expuesto por el autor Juan Carlos Morón en su libro “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Lima 2008, p.665.”

sancionable; caso contrario nos encontraríamos ante una norma sancionadora en blanco la cual es contraria a este principio.

En este caso, no se ha calificado la supuesta conducta posible de sanción omitiendo una valoración expresa y legal, siendo un caso típico de ley sancionadora en blanco, careciendo de contenido material y sustancial al no definir la conducta sancionable, pues se ha enunciado de manera vaga y genérica.

Además, el Principio de Tipicidad no solo abarca la descripción de las conductas atribuidas como ilícito administrativo, sino también las sanciones a imponer para cada una de éstas, lo cual no fue considerado en la resolución apelada, ya que las supuestas infracciones al RSSO tienen como objetivo la prevención y no establecer un procedimiento administrativo sancionador.

Por consiguiente, solicita que se declare la nulidad de la resolución de sanción por contravenir el inciso 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, lo cual hace que incurra en la causal prevista en el inciso 1 del artículo 10° de la citada ley.

Sobre la eximente de responsabilidad en caso de subsanación voluntaria.

- d) A través del Decreto Legislativo N° 1272 publicado en el Diario Oficial El Peruano el 21 de diciembre, que modificó la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y derogó la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo, **se determinó como eximente de responsabilidad el supuesto de subsanación voluntaria por parte del administrado**, del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción, **en caso se haya realizado con anterioridad a la notificación de cargos**. (Subrayado y negritas son suyas)

Ahora bien, indica que de la revisión de los medios probatorios que obran en el expediente se advierte que presentó ante Osinergmin el levantamiento de las observaciones formuladas durante la supervisión de diciembre del 2017, evidenciándose su cumplimiento al 100% antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador (28 de junio del 2018), por lo que corresponde la aplicación de la causal eximente de responsabilidad establecida en el literal f) del artículo 236-A de la Ley N° 27444. En ese sentido, al tratarse de un elemento de juicio sobreveniente a la emisión de la resolución de sanción que le favorece, debe disponerse la revocación de la resolución impugnada.

Asimismo, se debe declarar la nulidad de la resolución impugnada, así como el archivo del Oficio N° 535-2018-OS-GSM que notificó el Informe Final de Instrucción y todo lo referido al presente procedimiento iniciado mediante el Oficio N° 1839-2018, toda vez que de acuerdo a lo previsto en el numeral 3 del artículo 234° de la citada Ley, en los citados documentos debe notificarse al presunto infractor no sólo los hechos que se consideran ilícitos, sino también las infracciones que estos puedan constituir y las sanciones que serían impuestas.

Sobre el supuesto abuso de poder por parte de OSINERGMIN.

- e) Atendiendo a lo argumentado en los literales precedentes, la recurrente refiere que Osinergmin ha violado uno de los límites de su potestad administrativa sancionadora, como lo es el cumplimiento estricto de los principios del Derecho Administrativo Sancionador.



Asimismo, manifiesta que esta actuación ilegal, demuestra el ejercicio arbitrario y abusivo de la propia potestad sancionadora que Osinergmin ostenta, delito que se encuentra tipificado en el artículo 376° el Código Penal, que dispone *“el funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete y ordena, en perjuicio de alguien un acto arbitrario cualquiera, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años (...)”*.

Por ello, refiere que, de no ser revocada la resolución impugnada, corresponderá la revisión judicial de la misma, conforme lo establece el artículo 148° de la Constitución Política del Perú.

Respecto a la infracción al artículo 323° del RSSO.

- f) La recurrente manifiesta que mediante Resolución N° 598-2015-MEM-DGM/V del 4 de diciembre del 2015, sustentado en el Informe N° 389-2015-MEM-DGM-DTM/PB, se autorizó la construcción del recrecimiento del dique del depósito de relaves Rumichaca a la cota 4230 msnm, el sistema de espesado de relaves y sus instalaciones.

La citada resolución aprobó los parámetros de diseño y estableció que las obras del recrecimiento del depósito de relaves “Rumichaca” se realizarían en cuatro etapas: 4221 msnm, 4224 msnm, 4227 msnm y 4230 msnm.

En tal sentido, señala que por necesidad operativa se ha previsto realizar la cota 4222 msnm que es considerada como parte de la etapa 4224 msnm. Este hecho no modifica el diseño original dispuesto en el expediente de construcción donde se indica un ancho de corona de 3 metros.



Es así que, se determinó que el recrecimiento de la relavera “Rumichaca” en un metro se realizaría de la siguiente forma:

- Primero, recrecer el dren chimenea con material de transición-filtro dren tipo 2, luego colocar tres capas de material morrénico compactado en capas de 33m. Los taludes serán aguas arriba y aguas abajo.
- Segundo, impermeabilizar el talud aguas arriba con geotextil no tejido de 400 gr/cm2 y geomembrana de HDPE lisa de 1.5mm de espesor.

De lo expuesto, se advierte que cumplió con el diseño aprobado por Resolución Directoral N° 249-2017-MEM/DGM, pues se encuentra en la cota 4222 que forma parte de la etapa 4224 msnm.

Por consiguiente, indica que no cometió ninguna infracción ya que el estándar de sección está dentro de los parámetros y estándares de excavación considerando las secciones típicas y calidad del macizo rocoso.

En esa línea, dado que la GSM no sustentó bien la presente infracción se vulneró el Principio del Debido Procedimiento regulado en la Ley N° 27444.

Además, de conformidad con el numeral 3 del artículo 234° de la citada ley se debe notificar al presunto infractor no solo los hechos que se consideran ilícitos, sino también las infracciones que estos puedan constituir y las sanciones que serían impuestas.

Por lo expuesto, solicita que se declare el archivo de la infracción.

Otros argumentos adicionales

- g) Señala que en aplicación del numeral 237.2 del artículo 237° de la Ley N° 27444 no podrá ejecutarse la resolución impugnada hasta que quede agotada la vía administrativa.
- h) VOLCAN refiere que en virtud de lo establecido en el numeral 161.1 del artículo 161° de la Ley N° 27444, se reserva su derecho de ampliar los fundamentos expuestos en su recurso de apelación.
3. A través del Memorandum N° GSM-519-2018, recibido el 27 de diciembre de 2018, la Gerencia de Supervisión Minera remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la supuesta vulneración del Principio de Razonabilidad.

4. Con relación a lo sostenido en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, se debe indicar que la infracción imputada a VOLCAN se encuentra tipificada en el numeral 2.2.5 del Rubro B del Cuadro de Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera aprobado por Resolución N° 039-2017-OS/CD, en el cual se prevé como sanción aplicable una multa máxima de 10,000 UIT.

Por ello, a efecto de determinar y graduar la sanción dentro del tope máximo, la GSM observó lo establecido en: i) la Resolución de Gerencia General N° 035 publicada el 3 de febrero de 2011; ii) el Anexo 1 de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG, publicada con fecha 23 de noviembre de 2013, mediante la cual se aprobaron los valores aplicables al factor probabilidad de detección, para la determinación y graduación de multas realizadas en función a los criterios dispuestos por la citada Resolución de Gerencia General N° 035⁸, y iii) lo dispuesto en el artículo 25° del RSFS, los cuales consideran todos y cada uno de los criterios de graduación regulados por el Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444.⁹

En efecto, para determinar la sanción aplicable, en el numeral 5 de la resolución recurrida se expusieron los factores utilizados para el cálculo del beneficio ilegalmente obtenido. Asimismo, se informó el modo en que se han determinado, de ser el caso, los elementos atenuantes y

⁸ Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG
DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA

ÚNICA. - El Anexo 1 aprobado por la presente resolución resulta aplicable para la determinación de las multas, que se gradúen de conformidad con los criterios aprobados en la Resolución de Gerencia General OSINERGMIN N° 035.

⁹ 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:

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."

agravantes, tales como la reincidencia, el reconocimiento de responsabilidad y las circunstancias de la comisión de la infracción.



De lo señalado en los párrafos precedentes y en la medida que la apelante no ha precisado de manera expresa qué aspectos de la multa impuesta contravienen el Principio de Razonabilidad, esta Sala considera que en el presente caso no se ha verificado transgresión alguna a dicho Principio.

Asimismo, contrariamente a lo manifestado por VOLCAN no se vulneró su derecho de defensa, toda vez que, en el oficio de inicio del procedimiento administrativo sancionador se le notificó correctamente la infracción imputada y la posible sanción, debiendo precisarse que mediante los escritos del 10 de julio y 7 de noviembre del 2018, la recurrente presentó sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador y al Informe Final de Instrucción respectivamente, aportando los medios de prueba correspondientes, conforme al numeral 171.2 del artículo 171° del T.U.O. de la Ley N° 27444¹⁰, los cuales fueron evaluados por la primera instancia, tal como se desprende de la lectura de la resolución impugnada.

En consecuencia, corresponde declarar infundado este extremo del recurso de apelación.

Con respecto a la vulneración del Principio de Legalidad y Tipicidad.



5. En cuanto a lo sostenido en los literales b) y c) del numeral 2 de la presente resolución, se debe manifestar que a través de los incisos c) y d) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privadas en los Servicios Públicos, se estableció que los Organismos Reguladores cuentan con la función normativa, que les faculta a tipificar infracciones y aprobar su propia escala de sanciones; y la función fiscalizadora y sancionadora, que 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 concesión¹¹.

A través del artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, se estableció que el Consejo Directivo de este Organismo se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, graduar las sanciones, así como aprobar su respectiva escala de multas y sanciones¹².

¹⁰ T.U.O. 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.

(...)"

¹¹ Ley N° 27332

Artículo 3.- Funciones

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

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

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; (...)"

¹² Ley N° 27699

Acorde con dicho marco legal, el Consejo Directivo de Osinergmin emitió la Resolución N° 039-2017-OS/CD el 18 de marzo del 2017 que aprobó el cuadro de tipificación de infracciones y sanciones en seguridad minera, en el cual se tipifica como infracción, entre otras, el incumplimiento de diversas disposiciones del RSSO, y se establece la sanción aplicable.

Por lo tanto, 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.

Sobre el particular, debe advertirse que en el presente caso se imputó a la apelante a través del Oficio N° 1839-2018, la infracción tipificada en el numeral 2.2.5 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 039-2017-OS/CD, conforme al siguiente detalle:

TIPIFICACIÓN	BASE LEGAL	IMPUTACIÓN
Anexo de la Resolución N° 039-2017-OS/CD	RSSO	HECHOS
Rubro B – Incumplimiento de disposiciones y normas técnicas de seguridad minera. 2. Incumplimiento de normas de diseño, instalación, construcción, montaje, operación, proceso y control de terreno. 2.2. En concesiones de beneficio (plantas concentradoras, pirometalúrgicas, hidrometalúrgicas y electrometalúrgicas) 2.2.5. Operación de depósitos de relaves y pilas de lixiviación. Base legal: Art. 323° del RSSO y art. 4° del D.S. N° 001-2015-EM. Sanción: Hasta 10,000 UIT.	“Artículo 323°. - Los depósitos de relaves, pads, pilas de lixiviación y botaderos de desmontes deberán construirse y operarse de acuerdo al expediente técnico, así como a sus autorizaciones de construcción y funcionamiento otorgadas por la Dirección General de Minería o Gobierno Regional, según corresponda, debiéndose controlar los parámetros de diseño (condiciones geométricas y parámetros operativos) aprobados. (...)”	En el dique 2 del depósito de relaves “Rumichaca”, en un tramo de 150 metros, en el sector adyacente al área de clasificación de relaves, el ancho de corona es de 3.40 metros, incumpliendo los parámetros de diseño aprobados mediante Resolución Directoral N° 249-2017-MEM/DGM que autorizó el funcionamiento del recrecimiento del dique del depósito de relaves “Rumichaca”, Etapa II, hasta la cota 4222 msnm, con un ancho de corona de 6 metros.

Como puede advertirse, el numeral 2.2.5 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 039-2017-OS/CD tipifica como infracción administrativa sancionable con una multa de hasta 10,000 (diez mil) UIT, el incumplimiento de las obligaciones del RSSO relacionadas a la operación de depósitos de relaves y pilas de lixiviación, dentro de la cual se encuentra aquella prevista en el artículo 323° del citado reglamento.

En este contexto, se verifica que tanto el supuesto de hecho de la infracción tipificada en el sub numeral 2.2.5 del numeral 2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 039-2017-OS/CD, como la obligación cuyo incumplimiento le sirve de base legal, contiene una descripción clara, precisa y de fácil comprensión; habiéndose establecido, además, la sanción aplicable para esta.

“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 comisados.”

Junto a lo anterior, es pertinente indicar que el hecho imputado, referido a que el depósito de relaves "Rumichaca" no cumple con los parámetros de diseño aprobados por la autorización de funcionamiento N° 249-2017-MEM/DGM, sí se subsume en la conducta típica descrita en el sub numeral 2.2.5 del numeral 2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 039-2017-OS/CD.



En atención a las consideraciones expuestas, queda acreditado que la norma sancionadora aplicada en el presente procedimiento (Resolución N° 039-2017-OS/CD) cumple con las exigencias derivadas de los Principios de Legalidad y Tipicidad previstos en los numerales 1 y 4 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444¹³; y, además, el hecho imputado se subsume en el tipo infractor materia de sanción, por lo que no existen vicios que causen la nulidad de la resolución impugnada, de acuerdo a los numerales 1 y 2 del artículo 10° de la citada ley¹⁴, ni el archivo del procedimiento sancionador.

Por lo tanto, corresponde desestimar el recurso de apelación interpuesto por VOLCAN en este extremo.

Respecto a la supuesta infracción imputada y la inobservancia de la condición eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria.

6. Con relación a lo sostenido en los literales d) y f) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que el artículo 323° del RSSO exige a los titulares mineros, entre otros, que los depósitos de relaves sean construidos y operados de acuerdo a sus expedientes técnicos, así como a sus autorizaciones de construcción y funcionamiento otorgadas por la DGM, según corresponda, debiendo controlar los parámetros de diseño aprobados. (subrayado agregado)



Al respecto, se debe tener en cuenta que el depósito de relaves "Rumichaca" cuenta con los siguientes títulos y autorizaciones emitidos por el MEM:

N°	RESOLUCIONES	CONTENIDO
1	Resolución N° 598-2015-MEM-DGM-DTM/PB de fecha 4 de diciembre del 2015, sustentada en el Informe N° 389-2015-	- Aprueba el proyecto de modificación de la concesión de beneficio para el recrecimiento del depósito de relaves "Rumichaca" a la cota 4230 msnm de acuerdo a las características del diseño. "Ingeniería de detalle del recrecimiento del depósito de relaves Rumichaca-cota 4230 msnm" elaborado por Mansen Kuroiwa.

¹³ 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.

(...)"

¹⁴ Ley N° 27444

"Artículo 10.- Causales de Nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14".



	MEM-DGM-DTM/PB (fojas 38 a 42 del expediente)	Se estableció que el recrecimiento del dique 2 se dividirá en cuatro etapas hasta alcanzar la cota autorizada: sub etapa I (cota 4221), sub etapa II (cota 4224), sub etapa III (cota 4227) y sub etapa IV (cota 4230) De la revisión del diseño de los cuatro tramos se advierte que en todos se consideró que el dique 2 debe tener un ancho de corona de 8 metros. (fojas 75 a 81 del expediente) - Autoriza la construcción del recrecimiento del depósito de relaves "Rumichaca" a la cota 4230 msnm.
2	Resolución N° 257-2016-MEM-DGM-V de fecha 23 de mayo de 2016, sustentada en el Informe N° 158-2016-MEM-DGM-DTM/PB (fojas 84 a 88 del expediente)	- Autoriza el funcionamiento del recrecimiento de la presa del depósito de relaves "Rumichaca" hasta la cota 4221 msnm. - En el numeral 2.4.1 del informe se indica que el ancho de corona de la presa es de 8 metros.
3	Resolución Directoral N° 249-2017-MEM/DGM de fecha 5 de abril de 2017, sustentada en el Informe N° 96-2017-MEM-DGM-DTM/PB (fojas 43 a 46 vuelta del expediente)	- Se autoriza el funcionamiento del recrecimiento del dique del depósito de relaves "Rumichaca", Etapa II, parte A, hasta la cota 4222 msnm. - En el numeral 3.2.1 del informe se indica que el ancho de corona de la presa es de 6 metros.

Del cuadro precedente se advierte que, la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas autorizó a VOLCAN la construcción del recrecimiento del depósito de relaves "Rumichaca" hasta la cota 4230 msnm de acuerdo al diseño aprobado, en el cual se consideró para el dique 2 un ancho de corona de 8 metros.



Posteriormente, en el año 2016 se le autorizó el funcionamiento del citado depósito hasta la cota 4221 msnm, estableciéndose un ancho de corona del dique de 8 metros. Asimismo, en el año 2017 se le autorizó el funcionamiento del referido depósito hasta la cota 4222 msnm, considerando un ancho de corona del dique de 6 metros. (subrayado agregado)

No obstante, durante la supervisión efectuada del 4 al 6 de diciembre del 2017 se verificó que en un tramo de 150 metros de la presa 2 del depósito de relaves "Rumichaca", en el sector adyacente al área de clasificación de relaves, el ancho de la corona es de 3.4 metros menor al diseño que es de 6 metros, debido a que no se reubicó la planta de clasificación de relaves, conforme consta en el Acta de Supervisión (hecho N° 5) y en las fotografías N° 5 y 6, obrantes a fojas 4 y 47 del expediente respectivamente. (subrayado agregado)

En tal sentido, se le sancionó a VOLCAN por incumplir los parámetros de diseño aprobados mediante Resolución Directoral N° 249-2017-MEM/DGM que autorizó el funcionamiento del recrecimiento del dique del depósito de relaves "Rumichaca", Etapa II, hasta la cota 4222 msnm con un ancho de corona de 6 metros.

Ahora bien, respecto a que la cota 4222 msnm forma parte de la etapa 4224 msnm, cabe señalar que la cota 4222 msnm cuenta con su propia autorización de funcionamiento en donde se establece que el ancho de la corona será de 6 metros. Además, de acuerdo a la ingeniería de detalle para la construcción de la etapa 4224 msnm se consideró que el ancho de la corona debe ser de 8 metros y no se contempla ninguna modificación.

Asimismo, en cuanto a que en el diseño se indica un ancho de corona de 3 m, de la revisión del expediente se advierte que la recurrente adjuntó un plano de la etapa 4222 msnm para acreditar ello, obrante a fojas 62 del expediente.

En dicho plano se consigna un ancho de corona de 3 metros; no obstante, tal como indicó la GSM el plano tiene la anotación “emitido para revisión”; es decir, se encuentra sujeto a revisión.

Sobre el particular, la apelante no ha presentado ningún medio para acreditar que dicho plano haya sido aprobado por la DGM del MEM; más aún, si se tiene en cuenta que a través de la Resolución Directoral N° 249-2017-MEM/DGM se autorizó el funcionamiento del depósito de relaves hasta la cota 4222 msnm con un ancho de corona de 6 metros.

Con respecto a que cumplió con los parámetros y estándares de excavación considerando las secciones típicas y calidad del macizo rocoso, se debe señalar que la observancia de los demás parámetros de diseño de la relavera no desvirtúa en modo alguno la presente infracción.

De otra parte, en el expediente no obra ningún medio de prueba que acredite que VOLCAN haya cumplido con subsanar la presente infracción; por el contrario, tal como indica la GSM continúa incumpliendo con el parámetro establecido en la Resolución Directoral N° 249-2017-MEM/DGM respecto al ancho de la corona, de acuerdo a la supervisión realizada del 30 de abril al 4 de mayo del 2018 (fojas 110 del expediente).

Por consiguiente, no corresponde aplicar el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria regulado en el literal f) del numeral 255.1 del artículo 255° del T.U.O. de la Ley N° 27444 concordante con el numeral 15.1 del artículo 15° del RSFS.¹⁵

Asimismo, es pertinente resaltar que de la revisión del Oficio N° 1839-2018, notificado con fecha 28 de junio del 2018, obrante a fojas 52 del expediente, se corrobora que la impugnante tomó conocimiento, entre otros, del hecho imputado, la tipificación de la infracción sancionable según el numeral 2.2.5 del Rubro B del Cuadro de Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD, además de adjuntarse el Informe de Instrucción Inicio de PAS N° 1902 que sustenta el inicio del procedimiento administrativo sancionador, con lo cual se dio cumplimiento a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 234° de la Ley N° 27444, en concordancia con el numeral 3 del artículo 252° del T.U.O. de la citada Ley.¹⁶

¹⁵ T.U.O. de la Ley N° 27444.

“Artículo 255.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones 1. Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

(...)

f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253.

(...)”

RSFS aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2016-OS/CD

“Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción.

15.1 La subsanación voluntaria de la infracción solo constituye un eximente de responsabilidad cuando se verifique que los incumplimientos detectados fueron subsanados antes del inicio del procedimiento sancionador.

(...)”

¹⁶ Ley N° 27444.

Artículo 234.- Caracteres del procedimiento sancionador Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

(...)

3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo la calificación de las infracciones que tales hechos pueden construir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.

(...)”

T.U.O. de la Ley N° 27444

“Artículo 252”. - Caracteres del procedimiento sancionador.

252.1. Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

(...)



De acuerdo a lo expuesto en los párrafos precedente, se advierte que el pronunciamiento emitido por la primera instancia fue debidamente motivado, toda vez que se sustentaron los fundamentos de hecho y de derecho por los cuales se determinó la responsabilidad administrativa de VOLCAN; por lo tanto, no se vulneró el Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del T.U.O. de la Ley N° 27444¹⁷. En ese sentido, se debe declarar infundado el recurso de apelación en estos extremos.

Sobre el supuesto abuso de poder por parte de OSINERGMIN.

7. Con relación a lo señalado en el literal e) del numeral 2 de la presente resolución, tal como se ha expuesto en los numerales 4, 5 y 6, la determinación de la comisión de la infracción imputada y la imposición de la multa, se realizó de conformidad con los Principios de Legalidad, Tipicidad, Razonabilidad y Debido Procedimiento, no verificándose en el presente caso, la existencia de un acto que califique como un delito de abuso de autoridad.

Es importante indicar que la actuación de OSINERGMIN, como organismo supervisor se enmarca en el fiel cumplimiento de la normativa vigente y los Principios establecidos en el T.U.O. de la Ley N° 27444. Además, en virtud al Principio de Buena Fe Procedimental recogido en el numeral 1.8 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 en concordancia con el numeral 1 del artículo 65° de la citada Ley¹⁸, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento deben actuar guiados por la buena fe.

En ese sentido, se exhorta a la recurrente y su representante, dentro del presente procedimiento, que se abstengan de formular expresiones contrarias a la buena fe y al respeto mutuo, así como de plantear afirmaciones carentes de todo sustento, con el ánimo de desmerecer la función desempeñada por OSINERGMIN, la cual, como ha quedado demostrado, se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico vigente. Además, la recurrente tiene expedito su derecho a recurrir a la vía judicial en caso lo estime conveniente, por lo que corresponde desestimar este extremo de la apelación.



3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.
(...)

¹⁷ 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.
(...)

¹⁸ T.U.O. de la Ley N° 27444.

"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

(...)

1.8. Principio de buena fe procedimental. - La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. La autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente Ley. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procedimental.
(...)"

"Artículo 65.- Deberes generales de los administrados en el procedimiento

Los administrados respecto del procedimiento administrativo, así como quienes participen en él, tienen los siguientes deberes generales:

1. Abstenerse de formular pretensiones o articulaciones ilegales, de declarar hechos contrarios a la verdad o no confirmados como si fueran fehacientes, de solicitar actuaciones meramente dilatorias, o de cualquier otro modo afectar el principio de conducta procedimental.
(...)"

Con relación a la solicitud de suspensión de ejecución del acto administrativo impugnado y la posibilidad de ampliar el recurso interpuesto

8. Con relación a lo indicado en el literal g) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que, efectivamente, la resolución impugnada recién será ejecutable al finalizar este procedimiento administrativo sancionador, con la notificación del presente acto administrativo.
9. Sobre lo citado en el literal h) del numeral 2 de la presente resolución, se debe indicar que de la revisión del expediente, se verifica que la apelante no amplió los argumentos expuestos en su recurso de apelación.



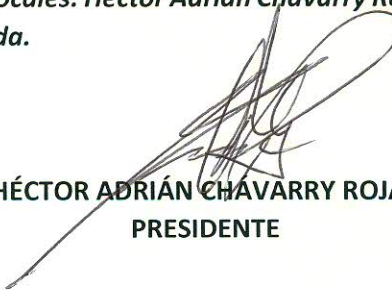
De conformidad con los numerales 16.1 y 16.3 del artículo 16° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD, y toda vez que no obra en el expediente administrativo mandato judicial alguno al que este Tribunal deba dar cumplimiento,

SE RESUELVE:

Artículo 1°. - **DECLARAR INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2895-2018 de fecha 21 de noviembre del 2018 y; en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus extremos, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°. - Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Héctor Adrián Chávarry Rojas, José Luis Harmes Bouroncle y Sergio Enrique Cifuentes Castañeda.


HÉCTOR ADRIÁN CHÁVARRY ROJAS
PRESIDENTE