

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 007-2017-OS/TASTEM-S2

Lima, 10 de enero de 2017

VISTO:

El Expediente N° 201600040474 que contiene el recurso de apelación interpuesto por VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A representada por el señor Otto Juan Norberto Eléspuru Nesanovich, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2780-2016 de fecha 30 de setiembre de 2016, mediante la cual se le sancionó por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM.¹

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 2780-2016, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A, en adelante VOLCAN con una multa total de 120.44 (ciento veinte con cuarenta y cuatro centésimas) UIT, por incumplir el Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, en adelante el RPM, y el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM, en adelante RSSO, conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN APROBADA POR RESOLUCIÓN N° 286- 2010-OS/CD	SANCIÓN
Infracción al artículo 38° del RPM² Por operar el depósito de relaves gruesos cicloneados ubicado contiguo al talud del dique N° 2 del depósito de relaves "Rumichaca", sin contar con autorización de funcionamiento de la Dirección General de Minería.	Numeral 1.3.2 del Rubro B ³	117.98 UIT

¹ Conforme a la Resolución de Consejo Directivo N° 035-2016-OS/CD, la Gerencia de Supervisión Minera es competente para actuar como órgano sancionador en las actividades del sector minero. Los procedimientos administrativos sancionadores continuarán su trámite considerando dicha competencia.

² 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.

³ Resolución N° 286-2010-OS/CD.

Anexo

Rubro B. Incumplimiento de normas técnicas de seguridad minera

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

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

1.3.2 Autorización de funcionamiento

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

Multa: Hasta 10,000 UIT.



**TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES
EN TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA - TASTEM
OSINERGMIN
SALA 2**

RESOLUCIÓN Nº 007-2017-OS/TASTEM-S2

Infracción al inciso h) del artículo 228° del RSSO⁴ La rampa principal del tajo abierto "Carahuacra Norte" con pendiente mayor a 5% no cuenta con carretera de alivio.	Numeral 1.2.4 del Rubro B ⁵	1.03 UIT
Infracción al inciso a) del artículo 225° del RSSO⁶ El relleno hidráulico empleado para el sostenimiento de los tajos de corte y relleno ascendente de la mina Carahuacra no cuenta con un estudio de resistencia, granulometría, límites de contenido de agua y estabilidad física.	Numeral 1.1.7 del Rubro B ⁷	1.43 UIT
TOTAL		120.44 UIT⁸

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- a) Con fecha del 29 de septiembre al 01 de octubre de 2014, la empresa supervisora **SERVICIOS COMPLETOS EN INGENIERÍA S.R.L.**, en adelante la SUPERVISORA EXTERNA, llevó a cabo la visita de supervisión a la Unidad Minera "Carahuacra" de VOLCAN.
- b) Mediante el Oficio Nº 793-2016, notificado a VOLCAN, el día 15 de abril de 2016, se comunicó el inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- c) Por escrito de registro Nº 201600040474 presentado el 26 de abril de 2016 por VOLCAN remitió sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

⁴ RSSO

Artículo 228.- En las etapas de exploración y explotación, incluyendo la preparación y desarrollo de la mina, los titulares mineros deberán cumplir con:
h) Construir carreteras de alivio en las vías de circulación vehicular en superficie con pendientes mayores del cinco por ciento (5%) (rampas, accesos o zigzag), diagonales a las vías existentes y ubicadas en lugares preestablecidos. Estas carreteras de alivio deben servir para ayudar a la reducción de la velocidad de la maquinaria y controlarla hasta detenerla.

⁵ Resolución de Consejo Directivo Nº 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

1.2 En minería a cielo abierto

1.2.4 Rampas y vías

Base legal: Art. 228° del RSSO.

Sanción: Hasta 400 UIT

⁶ RSSO

Artículo 225.- Para la etapa de relleno se deberá cumplir con las siguientes disposiciones:

a) Realizar estudios de resistencia, granulometría, límites de contenido de agua, estabilidad física y química del material de relleno.

⁷ Resolución de Consejo Directivo Nº 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

1.1 En minería subterránea

1.1.7 Estudios y planos

Base legal: Art. 216°, 225° literal a), 322°, 323°, 326° y 241° del RSSO.

Sanción: Hasta 1,100 UIT

⁸ Cabe precisar que para la determinación y graduación de las sanciones se consideró el Anexo que forma parte de la resolución impugnada, en el cual se detallan los criterios, metodología y la probabilidad de detección aplicados, y que fueron aprobados por las Resoluciones de Gerencia General Nº 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.

"Resolución de Gerencia General Nº 035

Artículo 1°.- APROBACIÓN

Aprobar los criterios para la aplicación de las sanciones contenidas en la Resolución de Consejo Directivo Nº 286-2010-OS/CD que aprueba la tipificación de infracciones y escala de multas y sanciones de seguridad y salud ocupacional para las actividades mineras."

"Resolución Nº 256-2013-OS/GG

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 Nº 035.



ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Mediante escrito de registro N° 201600040474 presentado con fecha 27 de octubre de 2016, VOLCAN interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 2780-2016, solicitando su nulidad, en atención a los siguientes fundamentos:

En cuanto a la presunta vulneración del Principio de Razonabilidad

- a) VOLCAN señala que OSINERGMIN, en el ejercicio de su potestad sancionadora debe sujetarse al Principio de Razonabilidad, consagrado en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

Agrega que las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben de 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.

En consecuencia, la trasgresión al principio mencionado contraviene su derecho de defensa, por lo que el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador debe ser declarado nulo, por haber incurrido en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 10° de la Ley N° 27444.

Sobre la supuesta vulneración de los Principios de Legalidad y Tipicidad

- b) El Principio de Legalidad dispuesto en el literal d) del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución y el numeral 1 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, tiene dos matices legales relevantes, pues anticipa la jerarquía normativa exigida para: a) la atribución de la potestad sancionadora y b) la previsión de sanciones administrativas. 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 jerarquía⁹.

⁹ 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 2°, 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° 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 afijación de 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.



En este orden de ideas, argumenta que el ordenamiento jurídico nacional ha ido adecuándose a los criterios prescritos en la Ley Nº 27444, para evitar contravenir los principios generales de la potestad sancionadora como el segundo matiz del Principio de Legalidad antes mencionado¹⁰; 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.

De acuerdo al Principio de Tipicidad, contenido en el numeral 4 del artículo 230º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444, establece que sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en la ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analógica.¹¹

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

Cabe indicar que, no todo incumplimiento a una norma conlleva una sanción, siendo un caso típico de ley sancionadora en blanco, pues carece de contenido material y sustancial por no definir la conducta sancionable a través de un enunciado vago y genérico para imponer penalidad.

Además, el Principio de Tipicidad no solo abarca la descripción de las conductas atribuidas como ilícito administrativo sino también las sanciones a imponer por 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.

Sobre el supuesto abuso de poder por parte de OSINERGMIN

- c) 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 376º 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 (...)"*.

¹⁰ Como ejemplos de adecuación la recurrente menciona los siguientes:

La Ley Nº 27987, Ley que faculta al Ministerio de Transportes y Comunicaciones a ejercer su potestad sancionadora en el ámbito de servicios postales; Ley Nº 28627, Ley que establece el ejercicio de la potestad sancionadora del Ministerio del Interior en el ámbito funcional de la DICSCAMEC; Ley Nº 29080, Ley de Creación del Registro de Agente Inmobiliario del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento; Ley Nº 29338, Ley de Recursos Hídricos y la Ley Nº 29622, Ley que modifica la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

¹¹ Cita a las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes Nº 2050-2002-AA/TC, Fundamento Nº 9 y Nº 5408-2005-PA/TC, Fundamento Nº 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."

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

Con relación a la infracción al artículo 38º del RPM

- d) VOLCAN sostiene que, al momento de la supervisión contaba con autorización para el acopio temporal de relaves cicloneados según la Resolución N° 0078-2014-MEM-DGM/V¹² del 03 de marzo de 2014, el cual aprueba la ingeniería de detalle del recrecimiento del depósito de relaves Rumichaca hasta la cota 4218 msnm y sus obras auxiliares elaborado por Mansen & Kuroiwa
- e) En el plano 700.01 de la ingeniería de detalle aprobada hasta la cota 4218 msnm, se indica la ubicación de la estación de cicloneo, ubicado al lado del depósito de relaves, aunque no se indica el área, éste espacio solo se utiliza para el carguío de material por parte del cargador frontal a volquetes de 15m³.
- f) La observación de OSINERGMIN donde se indica que el relave se encontraba en un área de 20,000 m² está fuera de la realidad, pues dicha afirmación no cuenta con sustento técnico y sin haber realizado el levantamiento topográfico correspondiente, ya que si lo mencionado por la Administración fuera cierto, la superficie mencionada cubriría la carretera Yauli – San Cristóbal.
- g) Durante la supervisión, VOLCAN indicó que estaban teniendo dificultades para eliminar los relaves debido a problemas operativos en los equipos de transporte y carguío, lo cual fue corregido.
- h) Además, VOLCAN señala que cuenta con diversos permisos¹³ que autorizan el desarrollo de sus labores sin incurrir en la falta que se le imputa, por lo que solicita la nulidad de la Resolución N° 2780-2016 y el archivamiento del procedimiento administrativo sancionador.

En cuanto a la solicitud para que se suspenda la ejecución del acto administrativo impugnado y la posibilidad de ampliar el recurso interpuesto

- i) Señala que en aplicación del numeral 237.2 del artículo 237º de la Ley N° 27444 no podrá ejecutarse la resolución impugnada hasta que quede agotada la vía administrativa.
- j) Se reserva la posibilidad de ampliar su recurso de apelación.

3. Con Memorándum N° GSM-534-2016, recibido con fecha 04 de noviembre de 2016, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

¹² La recurrente señala erróneamente el Informe N° 060-2014-MEM-DGMDTM/B, siento éste el Informe en el que se sustenta la Resolución N° 0078-2014-MEM-DGM/V.

¹³ VOLCAN indica que cuenta con la Resolución N° 185-2010-MEM-DGM/V que autoriza el funcionamiento de la relavera "Rumichaca" hasta la cota 4213 msnm en cuyo ítem 2.2 Método de Disposición (filtrados, seco, pulpa, pasta) establece que el relave en pulpa es cicloneado diariamente para la separación de materiales gruesos y finos, el material grueso es trasladado a la zona de mina y el material fino se depositará en el vaso. Además, cuenta con el Estudio de Impacto Ambiental del año 1997, aprobado con el informe N° 142-99-EM-DGM/DPDMEIA, donde se indica la disposición de relaves finos con solo 10% de peso retenido en la malla 200. También cuenta con la Resolución N° 156-2014-MEM-DGAAM, en el punto 3.5.1 indica que el proceso de cicloneo se realiza en el depósito de relaves de Rumichaca, donde los relaves gruesos son apilados debajo de los ciclones.

CUESTIÓN PREVIA

En cuanto a los extremos firmes de la Resolución N° 2780-2016

4. Al respecto, es pertinente indicar que de manera adjunta a su recurso de apelación, mediante escrito de registro N° 201600040474 de fecha 27 de octubre de 2016, obrante de fojas 194 del expediente, VOLCAN comunicó al OSINERGMIN el pago de la multas impuestas mediante Resolución N° 2780-2016 de fecha 30 de setiembre de 2016 en lo referido a las infracciones al inciso h) del artículo 228° del RSSO y al inciso a) del artículo 225° del RSSO; no habiendo interpuesto medio impugnatorio alguno contra las mismas.

En tal sentido, de conformidad con el artículo 212° de la Ley N° 27444, corresponde declarar que el referido acto administrativo queda firme en el extremo concerniente a la atribución de responsabilidad y multas impuestas a VOLCAN por las infracciones al inciso h) del artículo 228° del RSSO y al inciso a) del artículo 225° del RSSO¹⁴.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

En cuanto a la presunta vulneración del Principio de Razonabilidad

5. Respecto a lo sostenido en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, cabe precisar que el Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, modificado mediante el Decreto Legislativo N° 1272 publicado el 21 de diciembre de 2016, dispone que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta ilícita no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. En tal sentido, este Principio prescribe que las sanciones deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observarse los siguientes criterios de graduación:

- 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.

A su vez, MORÓN URBINA 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 administrativa¹⁵.

¹⁴ Ley N° 27444.

Artículo 212°.- Acto firme

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

¹⁵ 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

RESOLUCIÓN N° 007-2017-OS/TASTEM-S2

En dicho contexto, cabe indicar que mediante Resolución de Gerencia General N° 035, publicada el Diario Oficial El Peruano con fecha 03 de febrero de 2011, se aprobaron los criterios específicos para la aplicación de las sanciones contenidas en el Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las actividades mineras, aprobado por Resolución N° 286-2010-OS/CD.

Posteriormente, a través del Anexo 1 de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG, publicada con fecha 23 de noviembre de 2013, se aprobaron los valores aplicables al factor probabilidad de detección, para la determinación y graduación de multas realizadas en función a los criterios aprobados por la citada Resolución de Gerencia General N° 035¹⁶.

En atención a lo señalado, el marco legal aplicable a las sanciones previstas en el Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones aprobado por Resolución N° 286-2010-OS/CD, viene dado por la Resolución N° 035 y el Anexo 1 de la Resolución N° 256-2013-OS/GG, expedidas por la Gerencia General de este Organismo.

Ahora bien, en el presente caso se imputó a VOLCAN la infracción tipificada en el numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD, la cual prevé como sanción aplicable multa de hasta 10,000 UIT.

En tal sentido, a efectos de determinar y graduar la sanción dentro de dicho tope máximo, la Gerencia General, en adelante GG, aplicó la mencionada Resolución de Gerencia General N° 035, cuyo contenido dispone la observancia de todos y cada uno de los criterios de graduación comprendidos en el Principio de Razonabilidad; así como el Anexo 1 de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG, en lo relativo al factor de probabilidad de detección¹⁷.

Cabe indicar que, para determinar la infracción, en el numeral 2) del Anexo que forma parte de la resolución recurrida se expusieron los factores utilizados para el beneficio ilegalmente obtenido. Además, se informó el modo en que se han determinado los elementos atenuantes y agravantes, tales como la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción y circunstancias de comisión de la misma.

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,



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 (...)"
(Subrayado agregado)

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

¹⁶ 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

¹⁷ Resolución 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.

esta Sala considera que en el presente caso no se ha verificado transgresión alguna a dicho Principio.

Asimismo, contrariamente a lo manifestado por la recurrente no se vulneró su derecho de defensa, toda vez que en el Oficio de inicio del procedimiento administrativo sancionador se le notificó respecto a las infracciones que se le imputaba y las posibles sanciones, debiendo señalarse que mediante escrito presentado con fecha 26 de abril de 2016, VOLCAN presentó sus descargos, aportando los medios de prueba correspondientes, de conformidad con el numeral 162.2 del artículo 162° de la Ley N° 27444.

En ese sentido, se concluye que la resolución recurrida fue emitida cumpliendo los requisitos de validez del acto administrativo, así como lo dispuesto en el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD, en adelante RPAS, y los demás principios establecidos en el Título Preliminar y en el artículo 230° de la Ley N° 27444; obteniéndose una decisión motivada y fundada en derecho, no existiendo, vicios que causen su nulidad.

En consecuencia, corresponde desestimar el recurso de apelación en este extremo.

Sobre la supuesta vulneración a los Principios de Legalidad y Tipicidad

6. Con relación al argumento contenido en el literal b) del numeral 2 de la presente resolución, se debe señalar que el literal d) del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política de 1993 establece que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley¹⁸.

Por su parte, el Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, dispone que sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía¹⁹.

A su vez, el Tribunal Constitucional en el fundamento N° 6 de la sentencia dictada en el Expediente N° 00197-2010-PA/TC, señala que este Principio constituye una manifestación del Principio de Legalidad en cuanto a los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier

¹⁸ Constitución Política de 1993.

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

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

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

¹⁹ Ley N° 27444.

"Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

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

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



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.

De este modo, si bien VOLCAN sostiene que se habría vulnerado el Principio de Tipicidad, pues el ilícito administrativo imputado no es preciso y ha sido detallado de manera genérica, corresponde señalar que la norma que tipifica la infracción imputada a la apelante y que le fue comunicada desde el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador a través del Oficio N° 793-2016, obrante a fojas 111 del expediente, es la que se detalla a continuación:

NORMA QUE TIPIFICA LA INFRACCIÓN (TIPIFICACIÓN)	NORMA QUE ESTABLECE LA OBLIGACIÓN INCUMPLIDA (BASE LEGAL DE LA TIPIFICACIÓN)
Numeral 1.3.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD 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 Incumplimientos de Normas Técnicas de Seguridad Minera 1. Incumplimiento de normas de diseño, instalación, construcción, montaje, operación, proceso, control de terreno 1.3 En concesiones de beneficio (Plantas concentradoras, instalaciones pirometalúrgicas y plantas hidrometalúrgicas, lixiviación y refinerías) 1.3.2 Autorización de funcionamiento Base legal: Art. 38° del RPM, Art. 18° del TUO LGM, Arts. 42° y 50° del Rgto. TUO LGM y Art. 26° literal s) y 299° del RSSO. Resolución Directoral N° 1073-2008-MEM-DGM Multa: Hasta 10,000 UIT.	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. 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.

Como puede advertirse de la norma transcrita, la infracción antes citada se configura por incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 38° del RPM.

Por lo tanto, el supuesto de hecho de la infracción al artículo 38° del RPM imputada a VOLCAN dentro del presente procedimiento, así como el contenido de la obligación cuyo

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>.

incumplimiento le sirve de base legal contiene una descripción clara y de fácil comprensión; razón por la cual no se ha vulnerado el Principio de Tipicidad ni el de Legalidad, correspondiendo desestimar lo alegado en este extremo.

Sobre el supuesto abuso de poder de OSINERGMIN

7. De acuerdo a lo señalado en el literal c) del numeral 2, tal como se ha expuesto a lo largo de los numerales precedentes, la determinación de la comisión de la infracción imputada se realizó de manera objetiva. Además, debe indicarse que, en el presente caso, no existe supuesto de hecho alguno que califique como un delito de abuso de autoridad.

Sobre el particular, corresponde señalar que la actuación de OSINERGMIN, como organismo supervisor se enmarca en el fiel cumplimiento de la normativa vigente, la sujeción al Principio de Legalidad y la estricta observancia del Debido Procedimiento Administrativo. 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 56° de la citada Ley, 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 vigente²¹.

Finalmente, 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.

Con relación a la infracción al artículo 38° del RSSO

8. Respecto a los argumentos contenidos en los literales d) al h) del numeral 2 de la presente resolución, de acuerdo con el Informe N° 060-2014-MEM-DGM-DTM/PB que sustenta la Resolución Directoral N° 0054-2014-MEM/DGM, la cual aprobó la autorización de funcionamiento del depósito de relaves "Rumichaca", en el numeral 2.4.2 se señala: "Sistema de disposición de relaves. Los relaves son bombeados desde la planta a la relavera y en el tramo final cerca al vaso a través de tuberías por gravedad. En el depósito se ciclonea diariamente, el material grueso será recuperado por mina para el relleno y el material fino se depositará en el vaso" (el subrayado es nuestro).

Asimismo, en la Ingeniería de detalle del recrecimiento del depósito de relaves "Rumichaca" a la cota 4213 msnm, elaborado por la consultora Mansen & Kuroiwa, obrante a fojas 130 vuelta



²¹ 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."

"Ley N° 27444

Artículo 56.- 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"

del expediente, se establece que la estación de cicloneo separará el material fino del material grueso del relave proveniente de la planta Victoria.

De esta manera, la Resolución Directoral N° 0054-2014-MEM/DGM solo autorizaba a operar la referida estación de cicloneo del depósito de relaves "Rumichaca", mas no la operación de un depósito de relaves contigua al dique 2, fuera del vaso del depósito de relaves, tal como ha sido verificado durante la supervisión.

Por lo tanto, si bien VOLCAN contaba con la Resolución Directoral N° 0054-2014MEM/DGM, ésta no autorizaba a operar un depósito de relaves gruesos cicloneados contiguo al dique N° 2 del depósito de relaves "Rumichaca".

Por otro lado, cabe indicar que tanto en el Acta de Supervisión como en el numeral 5.1.3 del informe de Supervisión, obrantes a fojas 57 y 29 del expediente respectivamente²², se consignó que los relaves gruesos cicloneados en la torre de clasificación de relaves son ubicados a un costado del dique N° 2 de la relavera Rumichaca.

Es más, en las fotografías N° 1, 2, 3 y 4, obrantes a fojas 74 y 75 del expediente, se aprecia la operación del depósito de relaves gruesos cicloneados proveniente de la planta Victoria, ubicado de manera contigua al talud del dique N° 2 del depósito de relaves "Rumichaca".

De ello, se verifica que VOLCAN ha operado un depósito de relaves contiguo al dique N° 2 del depósito de relaves "Rumichaca" (zona norte del depósito), el cual venía siendo utilizado para disponer relaves gruesos cicloneados sin encontrarse autorizado, siendo que la empresa no cumplió con solicitar a la DGM la autorización para la modificación de la planta de beneficio.

Respecto a que el relave se encontraba en un área de 20,000 m² es irreal, cabe mencionar que en el Acta de Supervisión se indica como hecho constatado N° 1: "Se constató que vienen disponiendo relaves gruesos cicloneados, contiguos al dique N° 2 del depósito de relaves 'Rumichaca', ocupando un área aproximada de 20,000m², el mismo que no cuenta con diseño para la disposición de relave grueso" (subrayado y negritas nuestro)

Dicha acta fue suscrita por el ing. Luis Cardenas, superintendente de mina; ing. Luis Ortega, superintendente de seguridad; ing. Cesar Vera, superintendente de planta Victoria, ing. Miguel Salvador, superintendente de proyectos; ing. Cesar Tabraj, jefe de planeamiento e ingeniería; entre otros, quienes no formularon observación alguna a lo señalado en el acta.

El artículo 43° de la Ley N° 27444, prescribe que son documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades públicas; mientras que el artículo 165° del mismo cuerpo normativo indica que constituyen hechos no sujetos a actuación probatoria, entre otros, aquellos que hayan sido comprobados con ocasión del ejercicio de las funciones atribuidas a la autoridad administrativa²³.

²² En el Acta de Supervisión se consignó como hecho constatado N° 1: "Se constató que vienen disponiendo relaves gruesos cicloneados, contiguos al dique N° 2 del depósito de relaves 'Rumichaca', ocupando un área aproximada de 20,000m², el mismo que no cuenta con diseño para la disposición de relave grueso". Además, el numeral 5.1.3 del informe de Supervisión señala: "Los relaves provenientes de la planta concentradora Victoria son cicloneados en la torre de clasificación de relaves, enviándose al vaso de la relavera el 70% del volumen de finos y el 30% de gruesos, son dispuestos en un área de 20,000m², ubicada a un costado del dique N° 2 de la relavera Rumichaca, el mismo que está conformado por dos banquetas que alcanzan una altura de 20.0 m (...)".

²³ Ley N° 27444.

"Artículo 43°.- Valor de documentos públicos y privados

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

"Artículo 165°.- Hechos no sujetos a actuación probatoria

Por tales motivos, el numeral 18.6 del artículo 18° del RPAS, indica que los informes técnicos, actas probatorias, cartas de visita de fiscalización y actas de supervisión, constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos se presume cierta y que responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario.

De acuerdo a lo señalado, si bien dentro del procedimiento sancionador la carga de la prueba recae sobre la Administración, una vez acreditada la comisión del ilícito en función a las pruebas de cargo obrantes en el expediente y, por tanto, desvirtuados los efectos del Principio de Presunción de Licitud, regulado en el numeral 9 del artículo 230° de la citada Ley; es responsabilidad del administrado ejercer su derecho de defensa y aportar los medios probatorios que desvirtúen el contenido de la prueba de cargo²⁴.

Hecho reconocido por la propia recurrente al señalar en su apelación que durante la supervisión estaban teniendo dificultades para la eliminación de relaves por problemas operativos lo cual fue corregido posteriormente.

En efecto, lo constatado por la Supervisora Externa se corrobora con las fotografías que obran de fojas 74 y 75 del expediente. En dichas imágenes se observa que se vienen disponiendo de relaves gruesos cicloneados en un área contigua al talud del dique N° 2 del depósito de relaves "Rumichaca", sin contar con la autorización de la DGM.

Por lo tanto, encontrándose acreditada las infracciones al RPM en función al contenido del Informe de Supervisión y demás documentos recogidos durante la labor realizada por la Supervisora Externa, los cuales constituyen medios probatorios dentro del presente procedimiento según lo dispuesto en el numeral 18.6 del artículo 18° del RPAS y; en aplicación del numeral 162.2 del artículo 162° de la Ley N° 27444, era responsabilidad de VOLCAN presentar los medios probatorios que desvirtúen el contenido de dichos instrumentos y su consiguiente responsabilidad por el ilícito sancionado, lo que no ocurrió²⁵.

De acuerdo a lo expresado en los párrafos precedentes, este extremo del recurso de apelación deviene en infundado.

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

No será actuada prueba respecto a hechos públicos o notorios, respecto a hechos alegados por las partes cuya prueba consta en los archivos de la entidad, sobre los que se haya comprobado con ocasión del ejercicio de sus funciones, o sujetos a la presunción de veracidad, sin perjuicio de su fiscalización posterior."

²⁴ Ley N° 27444

"Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

²⁵ Ley N° 27444

"Artículo 162.- Carga de la prueba

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

9. Con relación a lo indicado en el literal i) 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.

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

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar que la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2780-2016 de fecha 30 de setiembre de 2016, queda **FIRME** en el extremo referido a la atribución de responsabilidad y multas impuestas a VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A respecto a las infracciones al inciso h) del artículo 228° del RSSO y al inciso a) del artículo 225° del RSSO; por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2780-2016 de fecha 30 de setiembre de 2016, confirmando dicho acto administrativo en sus demás extremos; por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3°.- Declarar agotada la vía administrativa.

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


ALFREDO JUAN CARLOS DAMMERT LIRA
PRESIDENTE

