



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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 082-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 02 de abril de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201700074167 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° 2878-2017 de fecha 29 de diciembre de 2017, mediante la cual se le sancionó por incumplir el mandato impuesto mediante Oficio N° 166-2017-OS-GSM del 16 de marzo de 2017.



CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 2878-2017, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A., en adelante VOLCAN con una multa de 195.70 (ciento noventa y cinco y setenta centésimas) UIT, por incumplir el mandato impuesto mediante Oficio N° 166-2017-OS-GSM del 21 de marzo de 2017 relativo a realizar un nuevo estudio de estabilidad física con datos actualizados del depósito de relaves antiguo Ticlio, conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN RESOLUCIÓN N° 035-2014-OS/CD ¹	SANCIÓN
Rubro 9 del anexo 1 de la Resolución N° 035-2014-OS/CD Incumplir el Mandato impuesto mediante Oficio N° 166-2017-OS-GSM, relativo a realizar un nuevo estudio de estabilidad física con datos actualizados del depósito de relaves antiguo Ticlio.	Rubro 9 del Anexo 1	195.70 UIT ²
TOTAL		195.70 UIT

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- Del 26 al 30 de setiembre de 2016 se efectuó una supervisión a la unidad minera "Ticlio", de titularidad de VOLCAN, a cargo de supervisores designados por OSINERGMIN.

¹ Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN aplicable para la supervisión y fiscalización de la actividad minera, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 035-2014-OS/CD
Rubro 9.

Tipificación de la Infracción: Incumplir medidas correctivas, de seguridad o mandatos de carácter particular u otras obligaciones dispuestas por OSINERGMIN.
Base legal: Art. 2° Ley N° 27699, Arts. 10° y 13° de la Ley N° 28964, Art. 232° literal 1) de la Ley N° 27444, Arts. 34°, 38° y 39° de la Resolución del Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD, Arts. 21°, 31° y 79° del Decreto Supremo N° 054- 2001-PCM, Art. 26° de la Resolución del Consejo Directivo N° 171-2013-OS/CD.
Multa: Hasta 1000 UIT.

² Cabe precisar que para la determinación y graduación de la sanción por la infracción al Rubro 9 de la Resolución N° 035-2014-OS/CD se aplicaron los criterios específicos aprobados por la Resolución de Gerencia General N° 194-2015-OS-GG, aplicables al presente caso de acuerdo a su Artículo Primero.

"Resolución de Gerencia General N° 194-2015-OS-GG
Artículo 1.- Aprobar los "Criterios específicos para la graduación de las sanciones contenidas en la Resolución de Consejo Directivo N° 035-2014-OS-CD, que como Anexo forma parte integrante de la presente Resolución."



b) Mediante el Oficio N° 166-2017-OS-GSM, notificado a VOLCAN el 21 de marzo de 2017 se impuso el mandato relativo a realizar un nuevo estudio de estabilidad física con los datos actualizados del depósito de relaves antiguo Ticlio, el cual deberá ser presentado a OSINERGMIN. Plazo de cumplimiento: 45 días hábiles.

c) Con escrito presentado el 30 de marzo de 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201600139616, VOLCAN presentó el "Análisis de Estabilidad Física de los Taludes Actuales de la Relavera Ticlio" elaborado por GRAMSA en marzo de 2017.

d) A través del Oficio N° 1177-2017 notificado a VOLCAN el 8 de junio de 2017, que obra a fojas 24 del expediente, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.

e) Por escrito presentado el 19 de junio de 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700074167, VOLCAN remitió sus descargos.

f) Mediante Oficio N° 752-2017-OS-GSM notificado el 19 de diciembre de 2017, se notificó a VOLCAN el Informe Final de Instrucción N° 914-2017.

g) Con escrito presentado el 22 de diciembre de 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700074167, VOLCAN remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción.

2. Por escrito del 22 de enero de 2018, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700074167, VOLCAN interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 2878-2017 solicitando se declare la nulidad de la resolución impugnada, se deje sin efecto la multa impuesta y se archive el procedimiento, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la supuesta vulneración de los Principios de Legalidad y Tipicidad

a) 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 prevé la jerarquía normativa exigida para: a) la atribución de la potestad sancionadora y b) la previsión de sanciones administrativas. En tal sentido, 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 jerarquía.³

³ 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 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.



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 mencionado⁴; por lo tanto, para que OSINERGMIN pueda imponer válidamente una multa, esta sanción o infracción tendría que haber sido señalada específicamente.

Sin embargo, ello no ha sido observado al aplicar una multa por haber incumplido el mandato impuesto mediante Oficio N° 166-2017-OS-GSM, pues se invoca una sanción de manera enunciativa sin calificar la supuesta conducta posible de infracción, omitiendo una valoración legal y expresa de la supuesta infracción, la cual estaría contemplada en normas generales y específicas del sector.



- b) Adicionalmente, el Principio de Tipicidad, contenido en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 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.⁵

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. Recordando a Morón Urbina, las “leyes sancionadoras en blanco”, son contrarias al Principio de Tipicidad pues consideran como tipificación cualquier violación de la totalidad de una Ley o Reglamento.⁶

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.⁷ Además, el citado principio no sólo abarca la descripción exacta de las conductas atribuidas como ilícito administrativo sino también las sanciones que deben ser impuestas por cada una de éstas, lo que no ha sido considerado en la resolución impugnada.

Por lo tanto, se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el inciso 1 del artículo 10° de la Ley N° 27444 al vulnerar los Principios de Legalidad y Tipicidad.

⁴ 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.

⁵ Cita 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.

⁶ La recurrente cita lo expuesto por el autor Juan Carlos Morón en su libro “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima 2008, p.665.

⁷ Al respecto, el autor Juan Carlos Morón refiere como ejemplo del agravio al Principio de Tipicidad lo dispuesto en la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto N° 28411 que fija responsabilidades y sanciones por incumplimientos a la administración presupuestal.

Sobre el incumplimiento del mandato impuesto y la inobservancia de la condición eximente de responsabilidad prevista en el Decreto Legislativo N° 1272

- c) La recurrente adjunta un nuevo Estudio de Estabilidad Física con datos actualizados del depósito de relaves antiguo Ticlio elaborado por la empresa GRAMSA de fecha enero de 2018 (mediante un disco compacto). Agrega que se considere lo expuesto, toda vez que su empresa sí cumplió lo dispuesto en el mandato impuesto a través del Oficio N° 166-2017-OS-GSM; en ese sentido, la infracción no se encuentra sustentada, por lo que se ha vulnerado el debido proceso debiendo archiversse la imputación.
- d) Señala que el hecho constatado en la visita de supervisión, ameritó la imposición de una recomendación que fue levantada dentro del plazo establecido; por lo que sí cumplió con la obligación materia de imputación.

Sin perjuicio de ello, mediante el Decreto Legislativo N° 1272 publicado en el diario 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)

En este caso, los días 27 de enero y 30 marzo de 2017 presentó a OSINERGMIN el levantamiento de las observaciones formuladas durante la supervisión de setiembre de 2016, antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador (8 de junio de 2017), 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 e introducida por el Decreto Legislativo N° 1272. 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.

- e) Asimismo, se debe declarar la nulidad de la resolución impugnada, del Oficio N° 752-2017-OS-GSM que notificó el Informe Final de Instrucción, así como del Oficio N° 1177-2017 que comunicó el inicio del procedimiento administrativo sancionador, 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.

En cuanto a la vulneración del Principio de Razonabilidad y su derecho de defensa

- f) 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, 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.



Tal es así, su empresa no incumplió el mandato impuesto; en ese sentido, la vulneración al principio mencionado afecta 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 relación al supuesto abuso de poder por parte de OSINERGMIN

- g) 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. Esta actuación ilegal, demuestra el ejercicio arbitrario y abusivo de la propia potestad sancionadora, 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 (...)”*. Asimismo, refiere que de no ser revocada la resolución impugnada, corresponderá la revisión judicial de la misma, conforme al artículo 148° de la Constitución Política del Perú.



Respecto a la solicitud para que se suspenda la ejecución del acto administrativo impugnado y la posibilidad de ampliar el recurso presentado

- h) Indica 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.
- i) Se reserva la posibilidad de ampliar su recurso de apelación de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 161.1 del artículo 161° de la citada Ley.
3. A través del Memorándum N° GSM-45-2018, recibido el 31 de enero de 2018, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

En cuanto a la supuesta vulneración de los Principios de Legalidad y Tipicidad

4. Con relación a los argumentos contenidos en los literales a) y b) del numeral 2 de la presente resolución, se debe manifestar que de acuerdo al Principio de Legalidad previsto en el numeral 1 del artículo 246° del Texto único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en adelante el T.U.O. de la Ley N° 27444, sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.⁸

A su vez, el Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 246° de la citada norma, 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 analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo

⁸ 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. (...)”



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 vía reglamentaria⁹.

Dicho esto, se debe señalar que mediante los literales c) y d) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión 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 concesión¹⁰.

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 sanciones¹¹.

Acorde con dicho marco legal, el Consejo Directivo de OSINERGMIN emitió la Resolución N° 035-2014-OS/CD, cuyo Anexo aprobó el la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN aplicable para la supervisión y fiscalización de la actividad minera, en el cual se tipifica como infracción, entre otras, el incumplimiento de mandatos de carácter particular u otras disposiciones que fueran dispuestas por OSINERGMIN, y se establece la sanción aplicable.

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: (...)

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

¹⁰ Ley N° 27332

"Artículo 3.- Funciones

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

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

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; (...)"

¹¹ Ley N° 27699

"Artículo 1.- Facultad de Tipificación

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

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

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

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



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.

En efecto, debe advertirse que el Rubro 9 del Anexo 1 de la Resolución N° 035-2014-OS/CD, imputado a la recurrente, indica lo siguiente:

"Anexo 1

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

Rubro 9. Incumplir medidas complementarias, correctivas, de seguridad o mandatos de carácter particular u otras obligaciones que fueran dispuestas por OSINERGMIN"

Base legal: Art. 2° Ley N° 27699, artículos 10° y 13° de la Ley N° 28964, numeral 232 literal 1) de la Ley N° 27444, artículos 34°, 38° y 39° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD, artículos 21°, 31° y 79° del Reglamento General de OSINERGMIN aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, artículo 26° del Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 171-2013-OS/CD.

Sanción pecuniaria: Hasta 1000 UIT" (Negritas y subrayado agregados)

Como puede advertirse, el Rubro 9 del Anexo de la Resolución N° 035-2014-OS/CD tipifica como infracción administrativa sancionable con una multa de hasta 1000 (mil) UIT, el incumplimiento de los mandatos de carácter particular dispuestos por OSINERGMIN, en el marco de la Leyes N° 27699 y N° 28964, y el Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, tal como fue señalado en el Oficio N° 1177-2017 mediante el cual se inició el procedimiento administrativo sancionador a VOLCAN y se le notificó el hecho materia de infracción. Por lo tanto, el hecho imputado sí se adecúa a la conducta típica descrita en el Rubro 9 del Anexo 1 de la citada resolución.

En atención a lo expuesto, queda acreditado que la norma sancionadora aplicada en el presente procedimiento cumple con las exigencias derivadas de los Principios de Legalidad y Tipicidad citados al inicio del presente numeral; y, asimismo, que 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 ni el archivo del procedimiento. Por lo tanto, se debe declarar infundado el recurso de apelación en estos extremos.

Sobre el incumplimiento del mandato impuesto y la inobservancia de la condición eximente de responsabilidad prevista en el Decreto Legislativo N° 1272

5. Con relación a los argumentos expuestos en los literales c) al e) del numeral 2 de la presente resolución, cabe precisar que mediante el Oficio N° 166-2017-OS-GSM, notificado a VOLCAN el 21 de marzo de 2017 se le impuso el mandato relativo a realizar un nuevo estudio de estabilidad física con los datos actualizados del depósito de relaves antiguo Ticlio, el cual deberá ser presentado a OSINERGMIN, cuyo plazo de cumplimiento era de 45 días hábiles.





Posteriormente, mediante el escrito del 30 de marzo de 2017, VOLCAN presentó el “Análisis de Estabilidad Física de los Taludes de la Relavera Ticlio”, elaborado en marzo de 2017, el cual, luego de la evaluación técnica efectuada por la GSM, determinó que el análisis de estabilidad física efectuado al depósito de relaves antiguo Ticlio se realizó con sustento en parámetros geotécnicos obtenidos en el “Estudio Geotécnico de Estabilidad Física y Química Actuales y Medidas Correctivas” de mayo de 2012, elaborado por el ingeniero Jorge Díaz Collantes, sin considerar las muestras que se recogieron en campo en febrero de 2017.

Por lo tanto, conforme fue señalado en la resolución impugnada, se determinó que la recurrente incumplió el mandato impuesto a través del Oficio N° 166-2017-OS-GSM que disponía realizar un nuevo estudio de estabilidad física con datos actualizados del depósito de relaves antiguo Ticlio. En ese sentido, se inició el presente procedimiento administrativo sancionador a VOLCAN por incumplir lo dispuesto en el citado Oficio, lo cual constituye infracción sancionable de acuerdo a lo previsto en el Rubro 9 del Anexo de la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN aplicable para la supervisión y fiscalización de la actividad minera, aprobada por resolución N° 035-2014-OS/CD.



Ahora bien, en su recurso de apelación VOLCAN adjuntó un nuevo estudio de Estudio de Estabilidad Física con datos actualizados del depósito de relaves antiguo Ticlio elaborado por la empresa GRAMSA de fecha enero de 2018, con lo cual acreditaría que sí cumplió con lo dispuesto en el citado Oficio. Al respecto, cabe precisar que dicho estudio ha sido presentado de manera posterior al vencimiento del plazo dispuesto el Oficio N° 166-2017-OS-GSM, por el cual se impuso el mandato; en ese sentido, no desvirtúa el ilícito administrativo imputado.

De otro lado, en cuanto a que mediante los escritos del 27 de enero y 30 de marzo de 2017 levantó la recomendación dejada durante la supervisión del 26 al 30 de setiembre de 2016, relativa a la obligación materia de imputación. Al respecto, contrariamente a lo afirmado por VOLCAN, de la revisión del Acta del 30 de setiembre de 2016, que obra a fojas 54 del expediente, se verifica que no se incluyó una recomendación relativa a la presentación de un nuevo estudio de estabilidad física con datos actualizados del depósito de relaves antiguo Ticlio, por lo que lo sostenido carece de sustento.

Por otra parte, VOLCAN manifiesta que se debe aplicar la condición eximente de responsabilidad introducida por el Decreto Legislativo N° 1272, toda vez que comunicó el cumplimiento del mandato antes del inicio del presente procedimiento administrativo sancionador. Sobre el particular, tal como expuso la GSM en la resolución impugnada, los mandatos se emiten para garantizar que el Agente Supervisado actúe en cumplimiento de sus deberes o para evitar que se cometa o continúe la comisión de un ilícito administrativo sancionable, así como para coadyuvar en las investigaciones, para obtener información a ser puesta a disposición del público, por lo que son de obligatorio cumplimiento.

En ese sentido, y de acuerdo a lo establecido en el literal d) del numeral 15.3 del artículo 15° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, en adelante RSFS,¹² el

¹² RSFS

“Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción (...)

15.3 No son pasibles de subsanación: (...)

d) Los incumplimientos que impliquen la obstaculización o el impedimento del ejercicio de la función supervisora y/o fiscalizadora de Osinergmin, así como el incumplimiento de las medidas administrativas. (...)”



incumplimiento de un mandato dispuesto por OSINERGMIN no es pasible de subsanación, por lo que no procede la causal de eximente de responsabilidad.

No obstante, lo indicado, las acciones correctivas realizadas por la recurrente a fin de cumplir con lo dispuesto en el Oficio N° 166-2017-OS-GSM, si bien no la eximen de responsabilidad, sí fueron consideradas en el cálculo de la multa. En efecto, de acuerdo al numeral 5 de la resolución recurrida, se advierte que la GSM aplicó un atenuante consistente en el descuento del -5% sobre la multa base, previsto en el literal g.3) del numeral 25.1 del artículo 25° del RSFS¹³, toda vez que VOLCAN mediante su escrito del 19 de junio del 2017, dentro del plazo para la presentación de sus descargos, presentó el Informe "Análisis de Estabilidad Física de los Taludes Actuales de la Relavera Ticlio, Unidad Minera Ticlio" de fecha junio de 2017, a las condiciones actuales.

Con relación a que se debe declarar la nulidad del procedimiento, toda vez que de acuerdo a lo previsto en el numeral 3 del artículo 234° de la citada Ley, 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 particular, es pertinente resaltar que de la revisión del Oficio N° 1177-2017, notificado con fecha 8 de junio de 2017, obrante a fojas 24 del expediente, se corrobora que la impugnante tomó conocimiento, entre otros, del detalle del hecho imputado, la tipificación de la infracción sancionable según el Rubro 9 del Anexo 1 de la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN aplicable para la Supervisión y Fiscalización de la Actividad Minera, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 035-2014-OS/CD, además de adjuntarse el Informe de Inicio de PAS N° 932-2017 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.

De acuerdo a lo expuesto en los párrafos precedentes, 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, cumpliendo el marco normativo aplicable, y respetando los derechos que le asisten a la administrada, así como los principios del derecho administrativo, por lo que no se ha configurado causal alguna para declarar la nulidad de la resolución impugnada, ni el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador. En ese sentido, se debe declarar infundado el recurso de apelación en estos extremos.

Con relación a la vulneración del Principio de Razonabilidad

6. Respecto al argumento contenido en el literal f) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que de acuerdo al Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, las decisiones de la autoridad administrativa

¹³ RSFS

"Artículo 25.- Graduación de multas

25.1 En los casos en que la multa prevista por el Consejo Directivo como sanción tenga rangos o topes de aplicación, se utilizan, según sea el caso, los siguientes criterios de graduación: (...)

g) Circunstancias de la comisión de la infracción. Para efectos del cálculo de la multa se consideran los siguientes factores atenuantes: (...)

g.3) Para los supuestos indicados en el numeral 15.3 del artículo 15, constituye un factor atenuante la realización de acciones correctivas, debidamente acreditadas por parte del Agente Supervisado, para cumplir con la obligación infringida hasta la presentación de los descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador. En estos casos, el factor atenuante será de -5%. (...)"



que impliquen la imposición de sanciones deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida, manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido¹⁴.

Por su parte, el numeral 3 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, que regula el Principio de Razonabilidad aplicable en el ámbito de la potestad sancionadora, precisa que la comisión de la conducta sancionable no debe resultar 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 graduación¹⁵:

- 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.

De otro lado, el Principio del Debido Procedimiento establecido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la mencionada Ley, indica que los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento, que comprende, entre otros, el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho¹⁶.

Por tal razón, el numeral 4 del artículo 3° de la Ley N° 27444, en concordancia con su numeral 6.1 del artículo 6°, establece como requisito de validez de los actos administrativos su debida motivación, la cual debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes al caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que

¹⁴ T.U.O. de la Ley N° 27444

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

1.4. Principio de razonabilidad.- 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 deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido. (...)"

¹⁵ 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. (...)"

¹⁶ T.U.O. de la Ley N° 27444.

"Título Preliminar

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

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

con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado¹⁷.

De otro lado, es pertinente anotar que mediante Resolución N° 035-2014-OS/CD, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 7 de marzo de 2014, se aprobó como Anexo 1, la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de la Supervisión y Fiscalización Minera; cuyo Rubro 9 tipificó como infracción sancionable el incumplimiento de los mandatos de carácter particular dictados por OSINERGMIN.

Asimismo, a través de la Resolución de Gerencia General N° 194-2015-OS/GG publicada el 26 de diciembre de 2015, se aprobaron criterios específicos para la aplicación de las sanciones correspondientes a los ilícitos tipificados en la Resolución N° 035-2014-OS/CD.

Acorde con lo anterior, el marco legal aplicable para la determinación y graduación de las sanciones previstas en la Tipificación aprobada por Resolución N° 035-2014-OS/CD, viene dado por Resolución N° 194-2015-OS/GG expedida por la Gerencia General de OSINERGMIN.

En tal sentido, la mencionada resolución de Gerencia General estableció que tratándose de la infracción tipificada en el Rubro 9 del Anexo 1 de la Resolución N° 035-2014-OS/CD, corresponde aplicar una multa base de 197 (ciento noventa y siete) UIT, cuando se haya verificado la comisión de la infracción, a lo cual se debe añadir 9 (nueve) UIT correspondiente al 1% del Valor de la Vida Estadística (VVE) indicado en el literal a) del numeral 3.1 de la mencionada resolución de Gerencia General.

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

En efecto, como se desprende del numeral 5 de la resolución de sanción, se tomó en cuenta que VOLCAN no tenía la condición de reincidente y que realizó acciones correctivas, tal como se detalló en el numeral anterior; lo que determinó que el factor "A" asuma el valor de -5% y, por lo tanto, redujo el valor final de la multa impuesta, correspondiendo desestimar lo alegado al respecto.

Por lo expuesto, se concluye que la resolución recurrida fue emitida cumpliendo los requisitos de validez del acto administrativo, lo dispuesto en el RSFS, así como los demás principios establecidos en el Título Preliminar y en el artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444; obteniéndose una decisión motivada y fundada en derecho, no existiendo, vicios que causen su nulidad.

Respecto al supuesto abuso de poder de OSINERGMIN

7. Con relación a lo señalado en el literal g) del numeral 2 de la presente resolución, cabe precisar

¹⁷ T.U.O. de la Ley N° 27444.

"Artículo 3°.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos: (...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. (...)"

"Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado. (...)"



que en el presente procedimiento 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.

Es importante precisar 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 Conducta Procedimental recogido en el numeral 1.8 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444¹⁸, y en concordancia con el numeral 1 del artículo 65° de la citada norma, 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.

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

8. Sobre lo expuesto el literal h) 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. Respecto a lo citado en el literal i) 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 **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A., contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2878-2017 de fecha 29 de diciembre de 2017; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus extremos,

¹⁸ T.U.O. de la Ley N° 27444

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

1.8 Principio de conducta 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."

T.U.O. de la Ley N° 27444

"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"

por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- Declarar agotada la vía administrativa.

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


JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE

