

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 090-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 09 de abril de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201700009815 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° 2372-2017 de fecha 13 de diciembre de 2017, a través de la cual se le sancionó con multa por incumplir el Reglamento de Salud y Seguridad Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 2372-2017 de fecha 13 de diciembre de 2017, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A., en adelante VOLCAN, con una multa de 37.55 (treinta y siete con cincuenta y cinco centésimas) UIT, por incumplir el Reglamento de Salud y Seguridad Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM, en adelante RSSO; conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Infracción al artículo 400° del RSSO¹ No asegurar la estabilidad física del depósito de relaves antiguo Ticlio, al haberse detectado presencia de filtraciones y agrietamientos en el talud aguas abajo del dique de contención. Asimismo, se verificó en la lectura de piezómetros una columna de agua dos (02) metros superior al recomendado en el diseño.	Numeral 11.4 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD ²	37.55 UIT
TOTAL		37.55 UIT³

¹ Decreto Supremo N° 024-2016-EM

Reglamento de Salud y Seguridad Ocupacional

"Artículo 400.- Los residuos generados y/o producidos en la unidad minera como ganga, desmonte, relaves, lixiviados, aguas ácidas, escorias, entre otros serán, según el caso, almacenados, encapsulados o dispuestos en lugares diseñados para tal efecto hasta su disposición final, asegurando la estabilidad física y química de dichos lugares, a fin de garantizar la seguridad y salud ocupacional de los trabajadores. El titular de actividad minera presentará a la autoridad competente, cada dos (2) años, un estudio de estabilidad física de los depósitos de relaves, depósitos de desmontes, pilas de lixiviación y depósitos de escorias operativos, realizados por una empresa especializada en la materia, que garantice las operaciones de manera segura de dichos componentes".

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

Anexo

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

Rubro B. Incumplimiento de Normas Técnicas de Seguridad Minera

11. Incumplimiento de las normas de almacenes, talleres de mantenimiento, depósitos de concentrados y refinados

11.4. Disposición de desechos y Manejo de Residuos

Base legal: Artículo 400° del RSSO.

Sanción: Hasta 10,000 UIT

³ La determinación y graduación de la sanción se realizó en función a los criterios específicos aprobados por la Resolución de Gerencia General N° 035, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 03 de febrero de 2011; así como el Anexo I de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS-GG,

Como antecedentes relevantes, cabe señalar lo siguiente:

- a) Del 26 al 30 de setiembre de 2016, se llevó a cabo una visita de supervisión a la Unidad Minera "Ticlio" de titularidad de VOLCAN⁴, con el propósito de verificar el cumplimiento de la normativa vigente, conforme consta en el Acta de Supervisión del 30 de setiembre de 2016, obrante a fojas 03 y 04 del Expediente, debidamente suscrita por los representantes de la administrada y de OSINERGMIN.
- b) Con Oficio N° 489-2017, notificado con fecha 21 de marzo de 2017, obrante a fojas 36 del expediente, la GSM comunicó a VOLCAN el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, adjuntando el Informe de Inicio de PAS N° 251-2017 del 09 de marzo de 2017 y otorgándole el plazo de siete (07) días hábiles para la presentación de sus descargos.
- c) Mediante escrito de registro N° 2017-9815, presentado con fecha 30 de marzo de 2017, la administrada remitió sus descargos al inicio del procedimiento.
- d) Con Oficio N° 707-2017-OS-GSM, notificado con fecha 04 de diciembre de 2017, se trasladó a la administrada el Informe Final de Instrucción N° 867-2017 del 01 de diciembre de 2017, otorgándole el plazo de cinco (05) días hábiles para realizar sus descargos.
- e) A través del escrito de registro N° 2017-9815, presentado con fecha 11 de diciembre de 2017, la administrada remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción indicado.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

- 2. Mediante escrito de registro N° 201700009815, presentado con fecha 08 de enero de 2018, la empresa VOLCAN interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 2372-2017 del 13 de diciembre de 2017, solicitando su nulidad y el archivo del procedimiento administrativo sancionador, en atención a los siguientes fundamentos:

Sobre la vulneración a los Principios de Tipicidad y Legalidad

- a) La administrada señala que el Principio de Legalidad se encuentra consagrado como derecho fundamental de la persona en el literal d) del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú⁵ y también ha sido establecido en el numeral 1 del artículo 230° de la Ley N° 27444⁶, teniendo dos matices relevantes, ya que prevé una jerarquía de las normas con rango

publicada con fecha 23 de noviembre de 2013, aplicable en cuanto a la probabilidad de detección, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Complementaria Única de dicha resolución.

⁴ La Unidad Minera Ticlio se encuentra ubicada en el distrito de Chicla, provincia de Huarochiri y departamento de Lima.

⁵ Constitución Política del Perú

"Artículo 2.- Derechos fundamentales

Toda persona tiene derecho a:

(...)

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."

⁶ Ley N° 27444

"Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

de ley para la atribución de la potestad sancionadora y la previsión de las sanciones administrativas⁷.

En ese sentido, refiere que el ordenamiento jurídico⁸ ha ido adecuándose a los criterios establecidos en la Ley N° 27444, a fin de no contravenir los principios de la potestad administrativa sancionadora, como el segundo matiz del Principio de Legalidad.

Por lo tanto, indica que a fin que esta entidad pueda imponer válidamente una multa, la sanción o infracción tendría que haber sido establecida específicamente, lo cual no acontece en el presente caso, pues al determinar la sanción en la resolución impugnada, se dispone sancionarle aplicando una supuesta multa estipulada en el artículo 400° del RSSO, no calificando la conducta infractora y omitiendo una valoración expresa de los hechos.

Asimismo, respecto al Principio de Tipicidad, señala que es aquel por el cual solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en la ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analógica⁹.

Sobre el particular, manifiesta que, en el ejercicio de su potestad sancionadora, las entidades públicas se encuentran facultadas a imponer sanciones por infracciones siempre y cuando

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".

⁷ VOLCAN cita la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en Expediente N° 00197-2010-AA, conforme a lo siguiente: "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.º 010-2002-AI/TC), este principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*). Se ha establecido, además, que 'Dicho principio comprende una doble garantía; la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, que refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes; es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex praevia*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja 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 Nº 61/1990)".

Asimismo, cita a Morón Urbina, Juan Carlos, en Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, octava edición, Lima 2009, p.687, conforme a lo siguiente: "Por la segunda reserva legal que este principio implica, tenemos que queda reservada solo a normas con rango de ley el señalamiento de las consecuencias jurídicas represivas a los administrados en caso de la comisión de ilícitos. De este modo, solo una norma con rango de ley, podrá habilitar a la Administración la aplicación de una o más medidas de gravamen a título de sanción personal o patrimoniales, tales como multas, decomisos, cancelación de derechos, inhabilitaciones, pues cada uno de estos actos persiguen un efecto puramente reaccional y aflictivo en los derechos subjetivos de los administrados. (...). En ese sentido, la norma confirma que la indicación de las penas con que se intenta disuadir a las personas físicas y jurídicas a no cometer infracciones corresponde a las normas con rango de ley y no a la normativa infra legal".

⁸ Como ejemplos de esa adecuación, cita la Ley N° 27987, Ley N° 28627, Ley N° 29080, Ley N° 29338 y Ley N° 29622, respecto a la atribución de facultades sancionadoras a diferentes entidades.

⁹ Respecto al Principio de Tipicidad, cita las Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC: "No debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta (...) (fundamento N° 9); y, Expediente N° 5408-2005-PA/TC: "(...) el límite que se impone al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con precisión suficiente, de manera que se pueda comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal" (fundamento N° 13).

De igual forma, cita Morón Urbina, Juan Carlos, ob. cit., p. 655, conforme a lo siguiente: "Un ejemplo ilustrativo de un agravio legal a este principio (de tipicidad), lo constituye el artículo 65° de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto que pretende fijar las responsabilidad y sanciones por incumplimientos a la administración presupuestal, del modo siguiente: 'el incumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley General, las Leyes de Presupuesto del Sector Público, así como las directivas y disposiciones complementarias emitidas por la Dirección Nacional de Presupuesto Público, da lugar a las sanciones administrativas aplicables, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar'. Aquí estamos frente a un caso típico de ley sancionadora en blanco, que no obstante su título, carece de contenido material, desde que no precisa la hipótesis que define la conducta sancionable, sino que a través de una fórmula vaga o genérica, coloca en la autoridad administrativa la posibilidad de establecer, caso por caso, y con amplia discrecionalidad, si una determinada conducta es sancionable o no, lo cual se traduce en violación del principio de tipicidad. Por ello, las tipificaciones vacías o en blanco, que en lugar de definir de manera cierta la conducta sancionable, consideran como tales cualquier violación de la totalidad de una ley o un Reglamento, son contrarias al principio de tipicidad, pues, la vaguedad y generalidad del hecho que se considera ilícito (violación de cualquier norma legal o reglamentaria, presente o futura), será en verdad la autoridad administrativa a cargo de la aplicación de la sanción, quien tipificará, en cada caso, el hecho sancionable".

éstas hayan sido claramente tipificadas (redactadas con precisión suficiente) y definan de manera cierta la conducta sancionable.

Además, alega que no todo incumplimiento a una norma conlleva una sanción, ya que para ello la Administración debe cumplir con los Principios de Legalidad y Tipicidad, lo cual no sucedió en el presente caso, ya que se le impuso una sanción, mencionando solamente la infracción al artículo 400° del RSSO de forma enunciativa, mas no calificando ni valorando la supuesta conducta pasible de sanción, lo que constituye un caso típico de ley sancionadora en blanco, que carece de contenido material y sustancial, al no definir la conducta sancionable, sino que a través de una enunciación vaga o genérica, coloca en la autoridad administrativa la posibilidad de establecer una sanción.

De igual manera, refiere que el Principio de Tipicidad no solo 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 es considerado de modo alguno en la resolución de multa al pretender sancionarle con una supuesta infracción al RSSO y no establecer un procedimiento administrativo sancionador.

En consecuencia, la resolución de sanción debe ser declarada nula, por haber vulnerado los Principios de Legalidad y Tipicidad, incurriendo en las causales previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 10° de la Ley N° 27444.

Sobre la vulneración del Principio de Razonabilidad

- b) VOLCAN indica que de conformidad con el Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, esta entidad en el ejercicio de su potestad sancionadora debe sujetarse a los principios establecidos en el artículo 230° de la Ley N° 27444, entre ellos los Principios de Razonabilidad, Legalidad, Tipicidad.

Respecto al Principio de Razonabilidad refiere 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”.

Sobre lo indicado, alega que no ha infringido lo dispuesto por el artículo 400° del RSSO; por lo tanto, existe una evidente contravención a su derecho defensa, correspondiendo, en consecuencia, declarar la nulidad de la resolución impugnada, al haberse incurrido en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 10° de la Ley N° 27444.

Sobre la subsanación de la observación y el Debido Procedimiento

- c) VOLCAN manifiesta que en la supervisión realizada del 26 al 30 de setiembre de 2016 en la Unidad Minera “Tidlio”, OSINERGMIN detectó un hecho por el cual dejó una recomendación con plazo en el Acta de Cierre de setiembre de 2016; así las cosas, indica que levantó la observación dejada dentro del plazo, por lo que se advierte que sí cumplió con las obligaciones contenidas en el RSSO.

En relación con ello, manifiesta que mediante Decreto Legislativo N° 1272, se modificó el artículo 236-A de la Ley N° 27444, estableciendo como eximente de responsabilidad el supuesto de subsanación voluntaria por parte del administrado con anterioridad a la notificación de imputación de cargos.

Sobre el particular, señala que, de la revisión de los medios probatorios obrantes en el Expediente, se observa que la empresa presentó ante OSINERGMIN el levantamiento de la observación formulada durante la supervisión de setiembre de 2016 y evidenció el cumplimiento al momento de la supervisión y posterior a ésta.

En ese sentido, toda vez que se ha acreditado la subsanación de la observación con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador en marzo de 2017, corresponde la aplicación de la eximente de responsabilidad prevista en el literal f) del artículo 236-A de la Ley N° 27444, ya que constituye un elemento de juicio sobreveniente a la emisión de la resolución de sanción que le favorece.

De otro lado, menciona que de acuerdo a lo previsto en el numeral 3 del artículo 234° de la Ley N° 27444, el Informe Final de Instrucción y el Informe de Inicio de Procedimiento Administrativo Sancionador deben notificar al presunto infractor no solo los hechos que se consideran ilícitos, sino también las infracciones que estos hechos pueden constituir y las sanciones que serían impuestas.

Por lo tanto, solicita la nulidad de la resolución impugnada y el archivo del procedimiento administrativo sancionador.

Sobre el Abuso de Poder

- d) La recurrente indica que, de los argumentos expuestos, se evidencia que OSINERGMIN habría vulnerado los límites de su potestad sancionadora. Asimismo, señala que esta entidad no debería sostener que para actuar legalmente basta con una norma que establezca la sanción a imponer, vulnerando los principios que rigen el procedimiento administrativo sancionador.

Al respecto, dicha actuación es ilegal y demuestra el ejercicio arbitrario y abusivo de la propia potestad sancionadora que OSINERGMIN ostenta, lo cual es un delito tipificado en el artículo 376° del Código Penal¹⁰.

Por lo tanto, manifiesta que en caso no se revoque la resolución de multa, exigirá su revisión de judicial, de conformidad con el artículo 148° de la Constitución Política.

Sobre la infracción al artículo 400° del RSSO

- e) Respecto a la infracción materia de análisis, indica que sí cumple con lo establecido en el RSSO. VOLCAN manifiesta que la recomendación dada por el ingeniero Jorge Díaz Collantes en el Estudio Geotécnico de estabilidad física actual del depósito de relaves Antiguo Ticlio de diciembre de 2014, sobre que el potencial de licuación será nulo en la vertical de un punto del

¹⁰ Decreto Legislativo N° 635

Código Penal

"Artículo 376.- Abuso de Autoridad

El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena, en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años (...)"

dique del depósito de relaves, siempre que la superficie freática en dicho punto sea relativamente profunda o mayor a 10m, se justifica en lo siguiente:

- i. Históricamente no se ha evidenciado licuaciones a dicha profundidad, debido a que tienen mayor transitabilidad para llegar a la superficie los flujos de arena y agua durante un evento sísmico¹¹.
- ii. Las aguas de pondaje se encuentran alejadas del cuerpo del dique a una distancia de 214.44 m, lo que permitirá evitar la desestabilización de los taludes en condición estática y la abertura de una brecha en caso de sismo severo por licuación del relave saturado subsuperficial¹².

Al respecto, la distancia mínima debe ser de 1.5 veces la altura del dique y actualmente éste tiene una altura de 12 metros, por lo que la distancia mínima debe ser 18 metros.

Sobre el particular, indica que en la inspección realizada del 26 al 30 de setiembre de 2016, se verificó que la distancia entre el dique y la poza de decantación era de 214.44 m.

De otro lado, indica que en el Anexo A Plano del espejo de agua y su distancia con respecto al dique, entregado en la inspección realizada, se evidencia en el talud aguas abajo de la relavera Antiguo Ticlio, la existencia de cárcavas producidas por las lluvias y los granizos propios de la zona; la relavera se encuentra a una altura de 4710 msnm, con una temperatura media de 3°C; por lo que se generan cárcavas en el talud y no agrietamientos, los cuales son remediados periódicamente hasta su cierre final¹³.

Asimismo, manifiesta que el cuerpo del dique está conformado por relaves con 67.80% de arena fina a media, 32% de finos no plásticos, clasificándose como una arena limosa (SM) y un delantal drenante como dique de arranque de material grava limosa con arcilla GM-GC.

Sobre lo indicado, la permeabilidad de las arenas del cuerpo del dique permite que el agua percole hacia su pie (delantal) evitando la formación de napa freática en su interior, minimizando el riesgo de licuación de las arenas.

Al respecto, Díaz Collantes señala que el frente de saturación en el momento de su ingreso a los diques bajará rápidamente debido a la existencia de un sistema de subdrenaje y permeabilidad alta del relave grueso (SM) y dique de arranque (GM-GC)¹⁴.

En consecuencia, alega que la infracción imputada no se encuentra bien sustentada, por lo que

¹¹ La administrada indica como Referencia: Ahmed Elgamal, *Sand Boils and Liquefaction-Induced Lateral Deformation* Zhaohui Yang, Universidad de California en San Diego, U.S.A.

¹² VOLCAN cita la recomendación h) del Estudio Geotécnico de Estabilidad Física Actual del Depósito de relaves antiguo "Ticlio" en Unidad Minera Ticlio, de diciembre de 2014, emitido por el ingeniero Jorge Díaz Collantes, conforme a lo siguiente: "h) para el caso de un sismo severo, siempre que se mantenga una distancia mínima entre la corona del dique y la poza de decantación igual a 1.5 veces la altura del depósito, no presentará un riesgo para los diques por las razones siguientes: i) El frente de saturación en el momento de su ingreso a los diques bajará rápidamente debido a la existencia de un sistema de subdrenaje y permeabilidad relativamente alta del relave grueso (SM) y dique de arranque (GM-GC), ii) la licuación en el depósito será solo parcial, correspondiente a las áreas en el entorno de la poza de decantación, no así en el talud debido a que la superficie de saturación será profunda y se encontrará protegida contra licuación debido a la sobrecarga de relave no saturado; y, iii) tendido natural de los diques por encontrarse con contenidos de humedad relativamente bajos, casi secos y superficie freática profunda".

¹³ La administrada adjunto un registro fotográfico (fojas 140 del Expediente)

¹⁴ Ver nota N° 12.

resulta evidente la vulneración al debido proceso.

Sobre ejecución de la Resolución impugnada

- f) VOLCAN señala que la resolución de sanción no podrá ejecutarse hasta que quede agotada la vía administrativa, de conformidad con el numeral 237.2 del artículo 237° de la Ley N° 27444, lo cual alcanza a todos los extremos de dicha resolución.

Sobre la ampliación de sus argumentos

- g) La administrada manifiesta que, de conformidad con el numeral 161.1 del artículo 161° de la Ley N° 27444, se reserva el derecho a ampliar su escrito de apelación.
3. A través del Memorándum N° GSM-10-2018, recibido con fecha 10 de enero de 2018, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la supuesta vulneración de los Principios de Tipicidad y Legalidad

4. Respecto a los argumentos contenidos en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, se debe manifestar que de conformidad con el Principio de Legalidad, previsto en el numeral 1 del artículo 230° de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, solo 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 libertad¹⁵.

A su vez, 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 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 permita tipificar por vía reglamentaria¹⁶.

¹⁵ 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:

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".

¹⁶ 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".

Dicho esto, corresponde 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 Privada 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 concesión¹⁷.

A su vez, a través del artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, se estableció que el Consejo Directivo de esta entidad 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 sanciones¹⁸. (Subrayado agregado)

Acorde con dicho marco legal, el Consejo Directivo de OSINERGMIN emitió la Resolución N° 286-2010-OS/CD, publicada en el diario oficial El Peruano el 29 de diciembre de 2010, cuyo Anexo aprobó el Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras, en el cual se tipifica como infracciones, entre otros, los incumplimientos a las disposiciones del RSSO, y se establece las sanciones aplicables.

En ese sentido, 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 y cuya configuración acarrea la imposición de una sanción administrativa.

Sobre el particular, en el presente caso se imputó a VOLCAN la comisión de la infracción tipificada en el numeral 11.4 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD, conforme al siguiente detalle:

¹⁷ Ley N° 27332

Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privadas en los Servicios Públicos
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;"

¹⁸ Ley N° 27699

Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN
"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".

TIPIFICACIÓN	BASE LEGAL	IMPUTACIÓN
ANEXO DE LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 286-2010-OS/CD	RSSO	HECHO
Rubro B 11. Incumplimiento de las normas de almacenes, talleres de mantenimiento, depósitos de concentrados y refinados 11.4. Disposición de desechos y Manejo de Residuos Base legal: Artículo 400° del RSSO¹⁹ Sanción: Hasta 10,000 UIT	Artículo 400.- Los residuos generados y/o producidos en la unidad minera como ganga, desmonte, relaves, lixiviados, aguas ácidas, escorias, entre otros serán, según el caso, almacenados, encapsulados o dispuestos en lugares diseñados para tal efecto hasta su disposición final, asegurando la estabilidad física y química de dichos lugares, a fin de garantizar la seguridad y salud ocupacional de los trabajadores. El titular de actividad minera presentará a la autoridad competente, cada dos (2) años, un estudio de estabilidad física de los depósitos de relaves, depósitos de desmontes, pilas de lixiviación y depósitos de escorias operativos, realizados por una empresa especializada en la materia, que garantice las operaciones de manera segura de dichos componentes.	No asegurar la estabilidad física del depósito de relaves antiguo Ticlio, al haberse detectado presencia de filtraciones y agrietamientos en el talud aguas abajo del dique de contención. Asimismo, se verificó en la lectura de piezómetros una columna de agua dos (02) metros superior al recomendado en el diseño.



Como puede advertirse, el sub numeral 11.4 del numeral 11 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD tipifica como infracciones administrativas sancionables con multa de hasta 10,000 (diez mil) UIT, los incumplimientos a las obligaciones del RSSO relacionadas a la disposición de desechos y manejo de residuos dentro de las cuales se encuentra la prevista en el artículo 400° del citado reglamento.

En este contexto, se verifica que tanto el supuesto de hecho de la infracción tipificada en el sub numeral 11.4 del numeral 11 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD, como la obligación cuyo incumplimiento le sirve de base legal, contiene una descripción clara, precisa y de fácil comprensión; habiéndose establecido, además, la sanción aplicable.

Junto a lo anterior, es pertinente indicar que el hecho imputado sí se subsume en la conducta típica descrita en el sub numeral 11.4 del numeral 11 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD, pues conforme ha sido expuesto anteriormente, el hecho está vinculado a aspectos de la disposición de desechos y manejo de residuos.

En atención a las consideraciones expuestas, 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, además, el hecho imputado se subsume en el tipo infractor materia de sanción, por lo que no existen vicios que causen la nulidad de la resolución impugnada, de acuerdo a los numerales 1 y 2 del artículo 10° de la Ley N° 27444, ni el archivo del procedimiento sancionador.

¹⁹ En el numeral 11.4 del Anexo B de la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD, se encuentra como base legal el artículo 335° del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM, el cual trataba sobre el manejo de residuos. Sin embargo, aquel fue derogado por el Decreto Supremo N° 024-2016, en cuyo Reglamento, el artículo 400° actualmente establece lo concerniente a dicha materia, por lo que constituye la actual base legal de dicha tipificación.

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

Sobre la supuesta vulneración del Principio de Razonabilidad

5. Respecto a lo indicado en el literal b) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que el Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, modificado por el Decreto Legislativo N° 1272, publicado con fecha 21 de diciembre de 2016, dispone que la autoridad administrativa debe prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción²⁰.

En dicho contexto, corresponde indicar que la infracción imputada a VOLCAN se encuentra tipificada en el sub numeral 11.4 del numeral 11 del Rubro B del Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones aprobado por Resolución N° 286-2010-OS/CD, en el cual se prevé como sanción aplicable una multa máxima de hasta 10,000 (diez mil) UIT.

Por ello, a efectos de determinar y graduar la sanción, la GSM observó lo establecido en la Resolución de Gerencia General N° 035 publicada el 3 de febrero de 2011, a través de la cual se aprobaron criterios específicos para la aplicación de las sanciones contenidas en el Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD, los mismos que consideran los criterios de graduación regulados por el citado Principio de Razonabilidad.

Asimismo, la GSM aplicó el Anexo 1 de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG, publicada con fecha 23 de noviembre de 2013, para determinar el valor de la probabilidad de detección, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Complementaria Única de dicha resolución.

De acuerdo a ello, se verifica que tanto en el Informe Final de Instrucción N° 867-2017 como en la Resolución N° 2372-2017, notificados a VOLCAN con fechas 04 y 14 de diciembre de 2017, respectivamente, en la determinación de la sanción, se expusieron cada uno de los factores utilizados para el cálculo del beneficio ilegalmente obtenido y demás criterios de graduación aplicados, de conformidad con Resolución de Gerencia General N° 035 y la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG.

De lo citado en los párrafos precedentes y en la medida que VOLCAN no ha precisado de manera expresa qué aspectos de la multa impuesta contravienen el Principio de Razonabilidad,

²⁰ Ley N° 27444 y modificatorias

Ley del Procedimiento Administrativo General

"Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;

b) La probabilidad de detección de la infracción;

c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;

d) El perjuicio económico causado;

e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.

f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y

g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor".

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

Por otro lado, contrariamente a lo manifestado por la recurrente, no se vulneró su derecho de defensa en modo alguno, ya que mediante el Oficio de inicio del procedimiento administrativo sancionador se le notificó la infracción imputada y la posible sanción, debiendo señalarse que con escrito del 30 de marzo de 2017, VOLCAN presentó sus descargos, aportando los medios de prueba correspondientes, de conformidad con el numeral 162.2 del artículo 162.2 de la Ley N° 27444²¹.

Por tanto, se concluye que la resolución impugnada fue emitida en observancia del Principio de Razonabilidad, no configurándose causal de nulidad alguna, de acuerdo al artículo 10° de la Ley N° 27444, por lo que corresponde desestimar el recurso de apelación en este extremo.

Sobre la subsanación de la observación y el Debido Procedimiento

6. Respecto a lo alegado en el literal c) del numeral 2 de la presente resolución, en relación a que esta entidad le dejó una recomendación en la visita de supervisión de setiembre de 2016 y que dentro del plazo otorgado habría cumplido con levantar la observación, con anterioridad al inicio del procedimiento sancionador, motivo por el cual correspondería la aplicación de la eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria de la infracción antes de la imputación de cargos, es preciso indicar que de la verificación del Acta de Recomendaciones del 30 de setiembre de 2016, obrante a fojas 48 del Expediente, se constatan dos (02) recomendaciones para la administrada, siendo que ninguna se refiere a la infracción materia de análisis, ni está vinculada a su subsanación.

Así, la primera recomendación indica que el titular debe mandar a desarrollar a una empresa especializada un estudio de ingeniería de detalle que considere las condiciones de cambio de uso del depósito de relaves Ticlio (plazo de ciento veinte (120) días calendario). Asimismo, la segunda recomendación señala que el titular debe contar con un ingeniero especialista en geotécnica de manera permanente, en la unidad minera Ticlio, para el depósito de relaves antiguo y depósito de desmonte (plazo de cuarenta y cinco (45) días calendario).

De lo expuesto, se constata que ninguna de las dos (02) recomendaciones dejadas a VOLCAN en la visita de supervisión se refieren o tienen por finalidad a la subsanación de la infracción al artículo 400° del RSSO imputada (existencia de filtraciones, agrietamientos y una columna de agua dos (02) metros superior al recomendado en el diseño), por lo que el cumplimiento de dichas recomendaciones por parte de la administrada, de ser el caso, no constituiría subsanación alguna de la infracción.

Asimismo, en el trámite del presente procedimiento, la administrada no ha presentado medios probatorios que acrediten que hubiese subsanado el incumplimiento con anterioridad al inicio del procedimiento sancionador, con la notificación del Oficio N° 489-2017 el 21 de marzo de 2017.

²¹ Ley N° 27444

Ley del Procedimiento Administrativo General

"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".

Por lo tanto, no se configura la condición eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria de la infracción antes de la imputación de cargos, establecida en el numeral 15.1 del artículo 15° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD²², de conformidad con el literal f) del numeral 1 del artículo 236-A de la Ley N° 27444, modificado por el Decreto Legislativo N° 1272²³, publicado con fecha 21 de diciembre de 2016.

Sin perjuicio de ello, es importante precisar que, de acuerdo al literal k) del numeral 15.3 del artículo 15° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD²⁴, no son pasibles de subsanación los actos u omisiones que hubiesen generado la imposición de una medida correctiva, medida cautelar o mandato, por parte de OSINERGMIN, orientada al levantamiento del incumplimiento suscitado.

Al respecto, en el presente caso, mediante Oficio N° 166-2017-OS/GSM, notificado con fecha 21 de marzo de 2017, se impuso a VOLCAN el mandato de paralizar las operaciones del depósito de relaves antiguo Tidlío, medida que se mantendría hasta su levantamiento por parte de esta entidad, una vez que el titular minero hubiese acreditado la estabilidad física de dicho depósito.

En ese sentido, los hechos constatados en la visita de supervisión del 26 al 30 de setiembre de 2016 generaron la imposición del mandato de paralización de las operaciones del depósito de relaves con fecha 21 de marzo de 2017 hasta que se acredite el levantamiento del incumplimiento; por lo tanto, se configura el supuesto establecido en el literal k) del numeral 15.3 del artículo 15° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, no siendo ya dicha infracción susceptible de subsanación, considerando que en virtud al mandato impuesto por esta entidad no existirá "voluntariedad" por parte de la administrada en un posible levantamiento.

Por otro lado, cabe precisar que esta Sala constata que mediante Oficio N° 489-2017, con su adjunto el Informe de Inicio de PAS N° 251-2017, se comunicó a la administrada el inicio del procedimiento con fecha 21 de marzo de 2017, comunicándole el hecho imputado, la calificación de la infracción que tal hecho puede constituir y la expresión de la posibles sanciones (infracción al numeral 11.4 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo

²² Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD

Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN

"Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción

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

²³ Ley N° 27444 y modificatorias

Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 236-A. Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

1. Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

(...)

f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionador del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 235. (...)"

²⁴ Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD

Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN

"Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción

(...)

15.3. No son pasibles de subsanación:

(...)

k) Los actos u omisiones que hubiesen generado la imposición de una medida correctiva, medida cautelar o mandato, por parte de OSINERGMIN, orientada al levantamiento del incumplimiento suscitado. (...)"

RESOLUCIÓN N° 090-2018-OS/TASTEM-S2

Directivo N° 286-2010-OS/CD), la autoridad competente para imponer la sanción (GSM) y la norma que le otorga dichas atribuciones (Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS/CD); y, otorgándole un plazo para la presentación de sus descargos, los cuales remitió con fecha 30 de marzo de 2017, en observancia del Principio de Debido Procedimiento²⁵.

Asimismo, se observa que en el Informe Final de Instrucción N° 867-2017, notificado con fecha 04 de diciembre de 2017, se cumple con desarrollar nuevamente cada uno de los puntos citados en el párrafo precedente, determinando también la multa a imponer por el incumplimiento al artículo 400° del RSSO, de conformidad con la Resolución de Gerencia General N° 035 y la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG; y, otorgando a la administrada el plazo respectivo para que presente sus descargos.

Por todo lo expuesto en el presente numeral, no se ha configurado la condición eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria de la infracción con anterioridad al inicio del procedimiento; así como tampoco se verifica causal de nulidad alguna de la resolución impugnada, ni de los Informes citados, por lo que se desestima el recurso de apelación interpuesto por VOLCAN en este extremo.

Sobre el supuesto abuso de poder de OSINERGMIN

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

Es importante indicar que la actuación de OSINERGMIN, como organismo supervisor se enmarca en el fiel cumplimiento de la normativa vigente y los Principios establecidos en la Ley N° 27444 y modificatorias.

Asimismo, 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, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el numeral 1 del artículo 56° de la citada Ley²⁶, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento deben actuar

²⁵ Ley N° 27444 y modificatorias

"Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

(...)

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

²⁶ Ley N° 27444 y modificatorias

"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".

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.

Finalmente, cabe precisar que la recurrente tiene expedito su derecho a recurrir a la vía judicial en caso lo estime conveniente, de conformidad con el numeral 218.1 del artículo 218° de la Ley N° 27444, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el artículo 148° de la Constitución Política del Perú²⁷.

Por lo tanto, corresponde desestimar este extremo de la apelación interpuesta por VOLCAN.

Sobre la infracción al artículo 400° del RSSO

8. Respecto a lo indicado en el literal e) del numeral 2 de la presente resolución, es preciso señalar que en el presente caso se imputó y sancionó a la empresa VOLCAN por la infracción al artículo 400° del RSSO, al haberse constatado en la supervisión realizada del 26 al 30 de setiembre de 2016 en la Unidad Minera Ticlio que no cumplía con asegurar la estabilidad física del depósito de relaves Antiguo Ticlio, toda vez que se detectó la presencia de filtraciones y agrietamientos en el talud aguas abajo del dique de contención; así como se verificó en el "Reporte de Piezómetros de Tubo Abierto (Casagrande) Depósito de Relaves Ticlio Piezómetros" una columna de agua de dos (02) metros superior al recomendado en el diseño del depósito de relaves (se encontraba a 8 m de profundidad, mientras que el diseño establece 10 m).

Sobre el particular, corresponde indicar que las filtraciones y agrietamientos en el talud aguas abajo del dique de contención se encuentran debidamente acreditados, ya que constan en los registros fotográficos de la visita obrantes a fojas del 06 al 08 del Expediente, en los cuales se verifica claramente la presencia de filtraciones de aguas ácidas y agrietamientos en la base de la presa, lo cual evidencia que VOLCAN no cumplió con asegurar la estabilidad física del depósito de relaves antiguo Ticlio, ya que de haberlo hecho, éste no se encontraría en dichas condiciones inseguras.

Al respecto, de conformidad con el numeral 18.3 del artículo 18° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017, la documentación recabada por OSINERGMIN durante la supervisión como sustento de la imputación se presume cierta, salvo prueba en contrario; por lo tanto, los registros fotográficos de la visita de supervisión obtenidos por esta entidad tienen certeza legal, salvo prueba en contrario.

Sobre lo indicado, la administrada a la fecha no ha presentado medios probatorios fehacientes

²⁷ Ley N° 27444 y modificatorias

Ley del Procedimiento Administrativo General

"Artículo 218.- Agotamiento de la vía administrativa

218.1 Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el artículo 148 de la Constitución Política del Estado".

Constitución Política del Perú

"Artículo 148.- Proceso contencioso administrativo

Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa".

RESOLUCIÓN N° 090-2018-OS/TASTEM-S2

que desvirtúen el contenido de los registros fotográficos que acreditan la infracción imputada.

Lo alegado por la administrada respecto a que en el Anexo A Plano del espejo de agua entregado en la supervisión se constata que en el talud aguas abajo de la relavera existen cárcavas y no agrietamientos, cabe indicar que del análisis del plano en mención no se verifica reseña alguna en relación a cárcavas en el talud, siendo importante añadir que durante el trámite del presente procedimiento VOLCAN no ha remitido medios probatorios (como por ejemplo un estudio técnico u otros) que acrediten que lo que existe en el talud son cárcavas; y, en consecuencia, desvirtúe lo verificado debidamente por esta entidad.

Asimismo, sobre lo indicado por la recurrente en relación a que la permeabilidad de las arenas del cuerpo del dique permite que el agua percole hacia su pie evitando así la formación de napa freática en su interior, minimizando el riesgo de licuación de las arenas, corresponde señalar que ello no desvirtúa el incumplimiento verificado, toda vez que con independencia de la permeabilidad del relave y el sistema de subdrenaje, lo cierto es que en la visita de supervisión esta entidad ha verificado agrietamientos y filtraciones de aguas ácidas en el talud aguas abajo del dique de contención, siendo que este hecho ha ocurrido, a pesar de las características de los relaves que alega la recurrente, lo que evidencia que no cumplió con asegurar la estabilidad del depósito de relaves.

En relación con ello, cabe precisar que el literal f) del sub numeral 5.1 Criterios de Diseño del numeral 5 “Estabilidad Física del Depósito de Relaves” del Estudio Geotécnico de Estabilidad Física Actual del Depósito de relaves antiguo Ticlio del año 2014, establece que se mantenga la poza de decantación alejada del dique como mínimo 1.5 veces la altura del talud, condición que evitará la desestabilización de los taludes en condición estática y la abertura de una brecha en caso de sismo severo por licuación del relave saturado subsuperficial.

Al respecto, VOLCAN manifiesta que cumple con este criterio de diseño y la recomendación h) del Estudio, toda vez que la altura del dique es de 12 m y respecto a la poza de decantación tiene una distancia de 214.44 m. (superior a 1.5 veces su altura).

Sin embargo, corresponde indicar que los literales h.1) y h.2) del sub numeral 5.1 “Criterios de Diseño” citado, establecen que existirá licuación bajo carga sísmica en la poza de decantación e inmediaciones de la misma, pero deberá ser nula en el dique del depósito de relaves, siempre que se cumpla lo manifestado en el citado literal f) y exista un sistema de sub drenaje y drenaje; siendo que el potencial de licuación será nulo en la vertical de un punto del dique del depósito de relave siempre que la superficie freática en dicho punto, sea relativamente profunda o mayor de 10 m. (Subrayado nuestro)

De lo expuesto, se verifica que de acuerdo a los Criterios de Diseño y Recomendaciones del Estudio Geotécnico de Estabilidad Física Actual del Depósito de relaves Antiguo Ticlio de diciembre de 2014, a efectos de que el potencial de licuación sea nulo en el dique del depósito, no solo se debe cumplir con la distancia mínima entre la poza y el dique y contar con un sistema de sub drenaje y drenaje, sino que además la profundidad de la superficie freática tiene que ser mayor de 10m.

Sobre el particular, del “Reporte de Piezómetros de Tubo Abierto (Casagrande) Depósito de Relaves Ticlio Piezómetros”, se constata que la profundidad a la que se encontraba el nivel freático del depósito de relaves era en promedio de ocho (8) m, es decir, dos (2) m superior al Criterio de Diseño y la Recomendación establecidos en el Estudio Geotécnico de Estabilidad

RESOLUCIÓN N° 090-2018-OS/TASTEM-S2

Física Actual del Depósito de Relaves Antiguo Ticlio de diciembre de 2014 (10 m de profundidad).

De lo expuesto, se constata que VOLCAN no cumplió con el Criterio de Diseño y Recomendación indicadas en el Estudio Geotécnico de Estabilidad Física Actual del Depósito de relaves Antiguo Ticlio de diciembre de 2014, los cuales tenían como finalidad justamente que el potencial de licuación en el dique del depósito de relaves sea nulo; y, en consecuencia, asegurar la estabilidad física del depósito de relaves.

En ese sentido, corresponde desestimar el recurso de apelación interpuesto por VOLCAN en este extremo.

Sobre la ejecución de la resolución impugnada

8. Respecto a lo expuesto el literal f) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que, efectivamente, la resolución impugnada recién será ejecutable al finalizar el procedimiento administrativo sancionador, con la notificación del presente acto administrativo, de conformidad con el artículo 237° de la Ley N° 27444²⁸.

Sobre la ampliación de sus argumentos

9. Respecto a lo alegado en el literal g) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde indicar que de la revisión del Expediente sancionador N° 201700009815, se verifica que VOLCAN no ha ampliado los argumentos expuestos en su recurso de apelación.

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

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por **VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A.** contra la Resolución N° 2372-2017 de fecha 13 de diciembre de 2017; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** dicha resolución en todos sus extremos, por las consideraciones expuestas en la presente resolución.

²⁸ Ley N° 27444

Ley del Procedimiento Administrativo General

"Artículo 237. Resolución

(...)

237.2 La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. La administración podrá adoptar las medidas cautelares precisas para garantizar su eficacia, en tanto no sea ejecutiva".



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