

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 390-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 23 de octubre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201300066858 que contiene el recurso de apelación interpuesto por **VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A.**, representada por el señor Pedro Olortegui Perea, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 3108-2016 de fecha 07 de noviembre de 2016, a través de la cual se le sancionó con multa por incumplir el Reglamento de Procedimientos Mineros aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 3108-2016 de fecha 07 de noviembre de 2016, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a **VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A.**, en adelante **VOLCAN**, con una multa de 100 (cien) UIT, por incumplir el Reglamento de Procedimientos Mineros aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM; conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Infracción al artículo 37° del RPM¹ El titular minero no cuenta con autorización para construir el dique del depósito de relaves N° 6 con relave fino extraído del vaso del depósito de relaves N° 3.	Numeral 1.3.1 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD ²	100 UIT
TOTAL		100 UIT³

¹ Decreto Supremo N° 018-92-EM

Reglamento de Procedimientos Mineros

"Artículo 37.- Entregados los avisos conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y, de no mediar oposición, la Dirección General de Minería deberá evaluar si la solicitud se adecúa a las normas de seguridad, vivienda, salud, bienestar minero e impacto ambiental y expedir Resolución, en un plazo que no excederá de treinta (30) días hábiles. La Resolución expedida por la Dirección General de Minería que autoriza la construcción de la planta, permitirá al interesado solicitar las servidumbres y expropiaciones que pudieran ser necesarias. La construcción de los depósitos de relaves y/o plataformas (PAD) de lixiviación, de acuerdo al proyecto aprobado, podrá ser ejecutada en más de una etapa; la misma que será autorizada por la Dirección General de Minería o gobierno regional, según corresponda, previo informe técnico favorable del Ministerio de Energía y Minas, a través de la Dirección General de Minería. Culminada la construcción de cada etapa, el titular minero comunicará a la autoridad competente, a fin de que esta última autorice su funcionamiento. En el caso que se formule oposición, ésta se tramitará con arreglo a las normas sobre oposición contenidas en la Ley y el presente Reglamento".

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

Anexo

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

Rubro B. Incumplimiento de Normas Técnicas de Seguridad Minera

1. Incumplimiento de Normas de Diseño, Instalación, Construcción, Montaje, Operación, Proceso, Control de terreno

1.3. En Concesiones de Beneficio (Plantas concentradoras, instalaciones pirometalúrgicas y plantas hidrometalúrgicas, lixiviación y refinarias)

1.3.1. Autorización de construcción

Base legal: Artículo 37° del RPM.

Sanción: Hasta 10,000 UIT

³ La determinación y graduación de la sanción se realizó en función a los Criterios Específicos para la Graduación de las Sanciones por Falta de Autorización de Construcción y/o Funcionamiento en Concesiones de Beneficio, aprobado por la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS-GG, publicada con fecha 23 de noviembre de 2013.

Como antecedentes relevantes, cabe señalar lo siguiente:

- a) Del 19 al 22 de marzo de 2013, se llevó a cabo una visita de supervisión a la Unidad Minera "San Cristóbal" de titularidad de VOLCAN⁴, con el propósito de verificar el cumplimiento de la normativa vigente, conforme consta en el Acta de Cierre Supervisión obrante a fojas 43 al 45 del Expediente, debidamente suscrita por los representantes de la administrada y de OSINERGMIN.
- b) Con Oficio N° 180-2014, notificado con fecha 27 de febrero de 2014, obrante a fojas 361 del expediente, se comunicó a VOLCAN el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, otorgándole el plazo de siete (07) días hábiles para la presentación de sus descargos.
- c) Mediante escrito de registro N° 2013-66858, presentado con fecha 10 de marzo de 2014, la administrada remitió sus descargos al inicio del procedimiento.
- d) Con Resolución N° 2896-2015 notificada con fecha 01 de diciembre de 2015 se sancionó a VOLCAN con una multa ascendente a cien (100) UIT por infringir el artículo 37° del RPM.
- e) Con fecha 22 de julio de 2016 se notificó la Resolución N° 120-2016-OS/TASTEM-S2, mediante la cual el TASTEM declaró la nulidad de oficio de la Resolución N° 2896-2015 en el extremo referido a la infracción al artículo 37° del RPM, devolviendo los actuados a la primera instancia para que vuelva a emitir pronunciamiento.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

- 2. Mediante escrito de registro N° 201300066858, presentado con fecha 30 de noviembre de 2016, la empresa VOLCAN interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 3108-2016 del 07 de noviembre de 2016, solicitando su nulidad o revocación, en atención a los siguientes fundamentos:

Sobre la vulneración al Principio de Razonabilidad

- a) La administrada señala que la obligación fiscalizable deriva de la norma legal donde las decisiones de la autoridad administrativa cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados deben de adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que debe tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

En ese sentido, la autoridad no debe exigir más de lo debido y normado en la ley; por lo tanto, su representada sí está cumpliendo lo dispuesto en el artículo 37° del RPM, debiéndose declarar la nulidad de la resolución de sanción por contravenir su derecho de defensa.

Sobre la vulneración al Principio de Legalidad

- b) VOLCAN 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

⁴ La Unidad Minera San Cristóbal se encuentra ubicada en el distrito y provincia de Yauli y departamento de Junín.

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 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 37° del RPM, no calificando la conducta infractora y omitiendo una valoración expresa de los hechos.

La contravención al Principio de Legalidad acarrea la nulidad de pleno derecho de la resolución de multa pues se incurre en la causal prevista en el inciso 1 del artículo 10° de la Ley N° 27444.

Sobre la vulneración al Principio de Tipicidad

- c) VOLCAN indica que en virtud a este principio solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en la ley mediante su tipificación

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:

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° 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 de 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)".

Asimismo, cita a Morán 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".

De otro lado, cita a Francisco Carruitero, quien sostiene que "el principio de legalidad constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales, debiendo configurarse bajo dicha perspectiva, en un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado democrático".

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.

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 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 37° del RPM 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 RPM y no establecer un procedimiento administrativo sancionador.



En consecuencia, la resolución de sanción debe ser declarada nula, por haber vulnerado el Principio de Tipicidad, incurriendo en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 10° de la Ley N° 27444.

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.

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.

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 responsabilidades 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".

¹⁰ Decreto Legislativo N° 635
Código Penal

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 37° del RPM

- e) A la fecha de la inspección realizada del 19 al 22 de marzo de 2013 no se estaba trasladando ningún material de relaves gruesos desde la relavera N° 3 hacia la relavera N° 6, toda vez que dicho material fue transportado del 09 de abril al 05 de noviembre de 2012, conforme consta en la Carta de adjudicación de Contrato YA-2012-025-I por el "Servicio de Supervisión de Control de Calidad y Aseguramiento de calidad de construcción de recrecimiento de depósito de relaves Mahr Tunel N° 06"¹¹.

El siguiente recrecimiento "Supervisión CQA del Recrecimiento del Depósito de Relaves N° 06 Mahr Tunel a la cota 4,024.00 msnm" inició el 27 de mayo de 2013 al 30 de noviembre de 2014, también contando con el control de calidad de la empresa Geoservice¹².

Por lo tanto, las pruebas de laboratorio como ensayos de granulometría y compactación presentadas hasta la fecha corresponden a la etapa de recrecimiento del año 2012 y lo que fue encontrado por OSINERGMIN en la inspección solo fue la huella del movimiento realizado.

Las pruebas remitidas son válidas y deben ser consideradas por OSINERGMIN, no existiendo pruebas de laboratorio de marzo de 2013 debido a que durante la época de lluvias no se realiza ningún tipo de recrecimiento, no se logran rendimientos óptimos y el proceso de compactación es muy costoso, motivo por el cual los trabajos son paralizados hasta la siguiente época seca.

La relavera N° 3 de Mahr Tunel antiguamente recreció por el método aguas arriba, la disposición de relaves gruesos se realizó mediante un ciclón sobre un chasis móvil el cual se desplazó por la corona de manera permanente; el relave grueso forma una plataforma en forma de trapecio; y, la zona donde se extrajo relaves gruesos fue del talud que se forma del cicloneo. La administrada adjunta registro fotográfico de la relavera N° 3 de Mahr Tunel, así como una imagen del Estudio de Estabilidad Física realizado por la empresa Arcadis Geotecnica en diciembre de 2010, precisando que en aquella se puede apreciar la disposición de relaves gruesos en forma de trapecio, zona donde se realizó el carguío de relaves gruesos para la relavera N° 6 de Mahr Tunel.

Durante el recrecimiento de la relavera N° 6 Mahr Tunel realizado en el año 2012 se realizaron diversos análisis de granulometría al relave grueso extraído de la relavera N° 3 de Mahr Tunel, lo cual forma parte del dossier de calidad de la empresa Geoservice entregado para la autorización de funcionamiento aprobada por el Ministerio de Energía y Minas. Los ensayos de laboratorio dieron resultados positivos valores menores que pasan 25% la malla 200¹³, lo cual demuestra que el material es relave grueso y no relave fino como se apreció visualmente.

"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 (...)".

¹¹ Anexo N° I de su recurso de apelación.

¹² Anexo N° II de su recurso de apelación.

¹³ Anexo N° III de su recurso de apelación.

Asimismo, los valores de compactación obtenidos con el material de relave grueso transportado de la relavera N° 3 de Mahr Tunel fueron mayores a 95% del proctor modificado como dispone la especificación técnica. Al respecto, adjunta los resultados de los ensayos de proctor realizados, aprobados por CQA, indicando que con ello se demuestra que se cumple con el proceso de compactación y que el dique de relaves es estable, lo cual es garantizado por la empresa Geoservice Ingeniería a cargo del control de calidad de la obra¹⁴.

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 Memorandum N° GSM-577-2016, recibido con fecha 07 de diciembre de 2016, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

Sobre otros alegatos

4. Con escritos de registro N° 2013-66858 y N° 2018-64838, remitidos con fechas 22 de diciembre de 2017 y 18 de abril de 2018, solicita que se declare la caducidad del procedimiento administrativo sancionador iniciado mediante Oficio N° 180-2014 del 25 de febrero de 2014 y se disponga su archivo definitivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 237-A de la Ley N° 27444, la Quinta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1272 del 21 de diciembre de 2016 y el artículo 31° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

Asimismo, de acuerdo al artículo 233° de la Ley N° 27444 y el artículo 31° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, solicita la prescripción de las posibles infracciones derivadas de la supervisión del 19 al 22 de marzo de 2013.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la supuesta vulneración de los Principios de Tipicidad y Legalidad

5. Respecto a los argumentos contenidos en los literales b) y c) del numeral 2 de la presente resolución, de conformidad con el Principio de Legalidad, previsto en el numeral 1 del artículo 230° de la Ley N° 27444, 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.

¹⁴ Anexo N° IV de su recurso de apelación.

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:

Asimismo, 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.

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 aquellos 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)

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”.

¹⁷ Ley N° 27332

Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada 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”.

RESOLUCIÓN N° 390-2018-OS/TASTEM-S2

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, que 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 al RPM, 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 inició procedimiento administrativo sancionador contra VOLCAN por la comisión de la infracción tipificada en el numeral 1.3.1 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD conforme al siguiente detalle:

TIPIFICACIÓN	BASE LEGAL	IMPUTACIÓN
ANEXO DE LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 286-2010-OS/CD	RPM	HECHO
Rubro B 1. Incumplimiento de Normas de Diseño, Instalación, Construcción, Montaje, Operación, Proceso, Control de Terreno 1.3. En Concesiones de beneficio (Plantas Concentradoras, instalaciones pirometalúrgicas y plantas hidrometalúrgicas, lixiviación y refinarias) 1.3.1. Autorización de construcción Base legal: Artículo 37° del RPM Sanción: Hasta 10,000 UIT	Artículo 37.- Entregados los avisos conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y, de no mediar oposición, la Dirección General de Minería deberá evaluar si la solicitud se adecúa a las normas de seguridad, vivienda, salud, bienestar minero e impacto ambiental y expedir Resolución, en un plazo que no excederá de treinta (30) días hábiles. <u>La Resolución expedida por la Dirección General de Minería que autoriza la construcción de la planta, permitirá al interesado solicitar las servidumbres y expropiaciones que pudieran ser necesarias. La construcción de los depósitos de relaves y/o plataformas (PAD) de lixiviación, de acuerdo al proyecto aprobado, podrá ser ejecutada en más de una etapa; la misma que será autorizada por la Dirección General de Minería o gobierno regional, según corresponda, previo informe técnico favorable del Ministerio de Energía y Minas, a través de la Dirección General de Minería. Culminada la construcción de cada etapa, el titular minero comunicará a la autoridad competente, a fin de que esta última autorice su funcionamiento. En el caso que se formule oposición, ésta se tramitará con arreglo a las normas sobre oposición contenidas en la Ley y el presente Reglamento.</u>	El titular minero no cuenta con autorización para construir el dique del depósito de relaves N° 6 con relave fino extraído del vaso del depósito de relaves N° 3.

Como puede advertirse, el sub numeral 1.3.1 del numeral 1 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD tipifica como infracción administrativa sancionable con multa de hasta 10,000 (diez mil) UIT los incumplimientos a las obligaciones del RPM relacionadas al diseño, instalación,

construcción en concesiones beneficio dentro de las cuales se encuentra la prevista en el artículo 37° del citado reglamento (autorización de construcción).

En este contexto, se verifica que tanto el supuesto de hecho de la infracción tipificada en el sub numeral 1.3.1 del numeral 1 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.

Junto a lo anterior, es pertinente indicar que el hecho imputado sí se subsume en la conducta típica descrita en el sub numeral 1.3.1 del numeral 1 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD (Incumplimiento de normas de construcción en concesiones de beneficio).

En atención a las consideraciones expuestas, queda acreditado que la norma sancionadora aplicada en el presente procedimiento (Resolución N° 286-2010-OS/CD) 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° 27444¹⁹, ni el archivo del procedimiento sancionador.

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

Sobre la infracción al artículo 37° del RPM

6. Respecto a lo indicado en el literal e) del numeral 2 de la presente resolución, es preciso señalar que de conformidad con el numeral 18.6 del artículo 18° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD, vigente a la fecha de inicio del procedimiento y emisión de la resolución de sanción, “los Informes Técnicos, Actas Probatorias, Cartas de Visita de Fiscalización, Actas de Supervisión constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellas se presume cierta y que responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario”²⁰.

Sobre el particular en el Acta de Cierre de Supervisión de Depósitos de Relaves y Desmontes y la Sección Observaciones del Informe de Supervisión obrantes a fojas 20 y del 43 al 45 del expediente, se dejó constancia de que en la supervisión realizada del 19 al 22 de marzo de 2013 se verificó que el titular minero ha construido el dique del depósito de relaves N° 6 con material fino extraído del vaso del depósito de relaves N° 3; sin embargo, de acuerdo al diseño aprobado debió ser construido con material de relave grueso cicloneado.

Asimismo, en el registro fotográfico N° 14 de visita de supervisión obrante a fojas 53 del expediente, se observa el dique del depósito de relaves N° 6 lado sur construido con relaves finos.

En concordancia con lo expuesto, de la revisión del Plano MT-03 “Planta Relave Movido actualizado marzo 2013” del “Proyecto de Relavera N° 3 de Mahr Tunel” de la empresa VOLCAN,

¹⁹ Ley N° 27444

“Artículo 10.- Causales de Nulidad

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

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

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

²⁰ Lo citado guarda concordancia con lo dispuesto actualmente en el numeral 13.2 del artículo 13° y el artículo 14° del nuevo Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN.

RESOLUCIÓN N° 390-2018-OS/TASTEM-S2

obrante a fojas 85 del expediente, se verifica que el volumen de relave movido de la Relavera N° 3 ascendía 8,858.03 m³, constatándose que dicha extracción fue realizada del vaso del Depósito. Al respecto, en el Estudio de Estabilidad Física para el Recrecimiento de la Relavera N° 3 Mahr Tunnel elaborado por Zer Geosystem Perú S.A.C. en junio de 2012, obrante a fojas 140 al 149 del expediente, se indica que el relave grueso es un material de relave ubicado en las laderas de la Relavera N° 3 y el relave fino es material depositado en el interior del vaso de la Relavera N° 3. Por lo tanto, se concluye que el material extraído del vaso del Depósito de Relaves N° 3 era relave fino.

De lo expuesto, de conformidad con el numeral 18.6 del artículo 18° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD y los medios probatorios citados, se tiene por cierta la información consignada en el Informe y Actas de Supervisión por la empresa supervisora respecto a los hechos verificados en la fiscalización, salvo prueba en contrario. Por lo tanto, se ha verificado que el dique del depósito de relaves N° 6 fue construido con relave fino extraído del vaso del depósito de relaves N° 3 sin contar con autorización para dicho fin.

Ahora bien, en relación a los medios probatorios presentados por VOLCAN corresponde indicar que la Carta de Adjudicación del Contrato N° YA-2012-025-I del 26 de marzo de 2012 para realizar el "Servicio de Supervisión de Control y Aseguramiento de Calidad de Construcción de Recrecimiento de Depósito de Relaves Mahr Tunnel N° 6" del 09 de abril al 05 de noviembre de 2012 y la Adenda al Contrato Particular N° YA-2012-025/2013-III para realizar el servicio de "Supervisión CQA del Recrecimiento del Depósito de Relaves N° 06 Mahr Tunnel a la cota 4,024.00 msnm" del 27 de mayo de 2013 al 30 de noviembre de 2014, ambos por parte de Geoservice Ingeniería S.A.C., no desvirtúan el incumplimiento materia de análisis, ya que son documentos que acreditan que VOLCAN habría contratado una empresa para que supervise la construcción y recrecimiento del Depósito de Relaves N° 6 en el año 2012 y a partir de mayo de 2013, lo cual no evidencia que a la fecha de supervisión de marzo de 2013 no se hubiese recrecido (conforme alega), o que el dique de la relavera N° 6 no hubiese estado construido con relave fino, tal como fue verificado in situ en la fiscalización.

Asimismo, las pruebas de laboratorio (ensayos de granulometría y compactación) e informes presentados en su recurso de apelación y durante el trámite del procedimiento corresponden a periodos distintos (2006, 2012, 2014, 2015, entre otros) de la fecha de supervisión a la Unidad Minera San Cristóbal (19 al 22 de marzo de 2013). A mayor abundamiento, el Informe Final periodo abril - noviembre 2012 elaborado por Geoservice Ingeniería S.A.C. no detalla las cotas en las que realizaron los ensayos de compactación con relaves gruesos cicloneados y el Informe de Laboratorio metalúrgico Mahr Tunnel de abril de 2013 que muestra los resultados del ciclón de relaves no evidencia que el titular haya utilizado los relaves gruesos en la conformación del dique, ya que no hay certeza de la ubicación de los mismos en el depósito.

Por lo tanto, dichos medios probatorios no desvirtúan lo constatado en la supervisión de marzo de 2013, momento en el cual se verificó que el dique del Depósito de Relaves N° 6 (en la cota 4016.6 msnm) estaba construido con relave fino extraído del vaso del Depósito de Relaves N° 3, para lo cual no estaba autorizado, incurriendo en incumplimiento al artículo 37° del RPM.

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



Sobre la supuesta vulneración del Principio de Razonabilidad

7. Respecto a lo indicado en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que el Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, vigente a la fecha de emisión de la resolución de sanción, 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 deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido”.



En el presente caso, tal como se ha expuesto en los numerales 5 y 6 de la presente resolución, la calificación de la infracción materia de análisis se ha realizado de conformidad con la Resolución N° 286-2010-OS/CD y la Ley N° 27699 que establece las facultades de tipificación del Consejo Directivo de OSINERGMIN. Además, el hecho verificado en la supervisión se subsume en el tipo infractor establecido en el numeral 1.3.1 del Rubro B del Anexo de la Resolución citada, encontrándose debidamente acreditado, por lo que sí corresponde la imposición de la sanción correspondiente.

Adicionalmente, es importante señalar que no se ha vulnerado el derecho de defensa de la administrada, ya que desde el inicio del presente procedimiento sancionador (27 de febrero de 2014) se le comunicó el hecho imputado, la norma que lo tipifica como infracción sancionable, adjuntando una copia del Informe de Supervisión²¹, a fin de que presente sus descargos, conforme efectivamente realizó mediante escrito del 10 de marzo de 2014, aportando los medios de prueba correspondientes, de conformidad con el numeral 162.2 del artículo 162.2 de la Ley N° 27444²².



Por lo tanto, no se verifica la configuración de causal de nulidad alguna de la resolución apelada, de acuerdo al artículo 10° de la Ley N° 27444, en este aspecto.

Sin perjuicio de ello, cabe mencionar que, de conformidad con el numeral 3.1.1 de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS-GG, para la determinación de la sanción por la falta de autorización de construcción, establece que en ningún caso la multa a aplicar resultará inferior al 0.01 del tope de la misma (10000 UIT), considerando que no debe resultar más ventajosa para el infractor que cumplir con las normas establecidas y en ningún caso el resultado de la misma puede incentivar el incumplimiento de realizar actividades sin autorizaciones, de conformidad con lo dispuesto por el Principio de Razonabilidad, regulado en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444²³.

Por lo tanto, en el presente caso si bien se obtuvo la multa 36.71 (treinta y seis con setenta y un centésimas) UIT, finalmente se determinó sancionar a VOLCAN con una multa de 100 (cien) UIT,

²¹ Conforme consta en los cargos de notificación del Oficio N° 180-2014, obrantes a fojas 360 y 361 del expediente.

²² 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”.

²³ Ley N° 27444

“Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

(...)

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 (...).”.

RESOLUCIÓN N° 390-2018-OS/TASTEM-S2

dado que conforme a la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS-GG la multa no puede ser inferior al 0.01 del tope establecido en la Tipificación aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS-CD (10000 UIT).

Al respecto, en la Sesión Plena efectuada el 19 de diciembre de 2016, el pleno de los vocales del TASTEM debatió en torno a la imposición de dicha multa mínima, pues si bien está dentro del rango dispuesto por la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS-GG, carece de un sustento económico legal que lo respalde, razón por la que debe imponerse la multa que efectivamente corresponda.

Sin embargo, en la Resolución N° 292-2016-OS/TASTEM-S2 del 20 de diciembre de 2016, la Sala 2 del TASTEM señaló que correspondía establecer un criterio que permita la graduación de la infracción dentro de los rangos establecidos en la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS-GG y que tenga un sustento objetivo para los casos en los que la multa resultante no sea disuasiva para el infractor respecto a la comisión de la conducta ilícita.

Es así que en dicha resolución se desarrolló que del análisis estadístico de 41 (cuarenta y un) multas impuestas por infracciones a los artículos 37° y 38° del RPM con montos inferiores a 100 (cien) UIT, se obtuvo que la media muestral de la multa asciende a 26.35 (veintiséis con treinta y cinco centésimas) UIT, su desviación estándar es de 20.61 (veinte con sesenta y uno centésimas) UIT y, considerando el valor estadístico Z (1.96), que da un intervalo de confianza del 95%, la media poblacional se encuentra en el rango de 18.13 (dieciocho con trece centésimas) UIT (límite inferior) y 34.32 (treinta y cuatro con treinta y dos centésimas) UIT (límite superior). (Subrayado nuestro)

Por lo tanto, en atención a que el promedio del total de las multas impuestas por las infracciones a los artículos 37° y 38° del RPM se encuentra dentro del rango señalado, se estableció como criterio una multa mínima de 18.13 (dieciocho con trece centésimas) UIT como sanción para dichos incumplimientos, al resultar más favorable al administrado, en los casos en los que la multa efectivamente resultante no sea disuasiva para el infractor.

De lo señalado, en el caso materia de análisis, corresponde aplicar el criterio adoptado por los vocales del TASTEM en la Sesión Plena efectuada el 19 de diciembre de 2016, razón por la que debe imponerse la multa que efectivamente corresponde. En consecuencia, de la revisión del Anexo de la Resolución N° 3108-2016 y demás actuados del expediente, se verifica que la multa resultante asciende a 36.71 (treinta y seis con setenta y uno centésimas) UIT.

Por lo tanto, corresponde reducir la multa impuesta por el incumplimiento al artículo 37° del RPM de 100 (cien) UIT a 36.71 (treinta y seis con setenta y uno centésimas) UIT, en observancia del Principio de Razonabilidad, regulado en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

En consecuencia, corresponde declarar fundado el recurso de apelación en el extremo del cálculo de la multa impuesta por el incumplimiento al artículo 37° del RPM.

Sobre el supuesto abuso de poder de OSINERGMIN

8. Con relación a lo señalado en el literal d) del numeral 2 de la presente resolución, tal como se ha expuesto en los numerales 5, 6 y 7 la determinación de la comisión de la infracción imputada se realizó de conformidad con los Principios de Legalidad, Tipicidad y Debido Procedimiento (derecho de defensa), 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 Ley²⁴, 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.

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 Perú²⁵.

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

Sobre la ejecución de la resolución impugnada

8. Respecto a lo indicado en 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° 27444²⁶.

²⁴ 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".

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".

²⁵ 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".

²⁶ Ley N° 27444

Ley del Procedimiento Administrativo General

"Artículo 237. Resolución

(...)

Sobre la ampliación de sus argumentos

9. En relación a lo alegado en el literal g) del numeral 2 y el numeral 4 de la presente resolución, corresponde indicar que mediante escritos de fechas 22 de diciembre de 2017 y 18 de abril de 2018, VOLCAN presentó argumentos adicionales a su recurso de apelación.

Respecto a la caducidad del procedimiento administrativo sancionador alegada por la recurrente, corresponde señalar que mediante el Decreto Legislativo N° 1272, publicado con fecha 21 de diciembre de 2016, se incorporó el artículo 237-A a la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual regula la caducidad del procedimiento administrativo sancionador. Al respecto, su numeral 1 señala que “el plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados es de nueve (09) meses contado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos”. Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional por tres (03) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación de plazo, previo a su vencimiento. La caducidad no aplica al procedimiento recursivo”²⁷. (Subrayado agregado)

Asimismo, el numeral 2 del citado artículo 237-A indica que una vez “transcurrido el plazo máximo para resolver, sin que se notifique la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado el procedimiento y se procederá a su archivo”.

Además, el numeral 3 de la misma norma establece que la caducidad es declarada de oficio por el órgano competente y también el administrado se encuentra facultado a solicitarla. (Subrayado agregado)

En igual sentido, cabe precisar que de conformidad con el numeral 28.2 del artículo 28º del nuevo 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, publicada con fecha 18 de marzo de 2017, “el órgano sancionador tiene un plazo de nueve (09) meses contados a partir del inicio del procedimiento administrativo sancionador para emitir la resolución que sanciona o archiva el procedimiento”. De manera excepcional dicho plazo puede ser ampliado como máximo por tres (03) meses mediante resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación de plazo, debiendo notificarse al Agente Supervisado”²⁸.

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”.

²⁷ Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272

“Artículo 237-A. Caducidad del procedimiento sancionador

1. El plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses contado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos. Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento. La caducidad no aplica al procedimiento recursivo. Cuando conforme a ley las entidades cuenten con un plazo mayor para resolver la caducidad operará al vencimiento de este.

2. Transcurrido el plazo máximo para resolver, sin que se notifique la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado el procedimiento y se procederá a su archivo.

3. La caducidad es declarada de oficio por el órgano competente. El administrado se encuentra facultado para solicitar la caducidad del procedimiento en caso el órgano competente no la haya declarado de oficio.

4. En el supuesto que la infracción no hubiera prescrito, el órgano competente evaluará el inicio de un nuevo procedimiento sancionador. El procedimiento caducado no interrumpe la prescripción”.

²⁸ 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 28.- Plazos

(...)

28.2. El órgano sancionador tiene un plazo de nueve (9) meses contados a partir del inicio del procedimiento administrativo sancionador, para emitir la resolución que sanciona o archiva el procedimiento. De manera excepcional, dicho plazo puede ser ampliado como máximo por tres (3) meses, mediante resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación de plazo, debiendo notificarse al Agente Supervisado”.

Asimismo, el numeral 31.4 del artículo 31° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD dispone que “transcurrido el plazo máximo para resolver a que se refiere el numeral 28.2 del artículo 28, sin que se notifique la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado el procedimiento y se procederá a su archivo”²⁹.

De otro lado, cabe señalar que la Quinta Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1272 dispuso que para la aplicación de la caducidad se establece el plazo de un (01) año, contado desde la vigencia de dicho decreto, para aquellos procedimientos sancionadores que a la fecha se encontraban en trámite³⁰.

Al respecto, el presente procedimiento administrativo sancionador se inició el 27 de febrero de 2014, con la notificación del Oficio N° 180-2014³¹ y la Resolución N° 3108-2016 que resolvió la imposición de la sanción fue notificada con fecha 10 de noviembre de 2016³²; es decir, a la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1272 (22 de diciembre de 2016), el presente procedimiento ya había sido resuelto, siendo importante añadir que en los procedimientos recursivos como la apelación interpuesta por VOLCAN mediante escrito del 30 de noviembre de 2016 que es materia de evaluación no resulta aplicable la caducidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 237-A de la Ley N° 27444. Por lo tanto, el presente procedimiento administrativo sancionador no ha caducado.

Ahora bien, sobre la prescripción alegada por VOLCAN, corresponde indicar que de conformidad con el numeral 31.1 del artículo 31° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, en concordancia con el numeral 233.1 del artículo 233° de la Ley N° 27444, la potestad sancionadora de OSINERGMIN para determinar la existencia de infracciones administrativas, así como para imponer de manera definitiva la multa o la sanción que corresponda, prescribe a los cuatro (4) años. El referido plazo se cuenta hasta la notificación de la resolución al Agente Supervisado”.

En el presente caso, se verifica que incluso considerando desde la detección de la infracción al artículo 37° del RPM (marzo de 2013) hasta la fecha de notificación de la Resolución N° 3108-2016 (10 de noviembre de 2016) han transcurrido menos de cuatro (4) años, por lo que la facultad sancionadora de OSINERGMIN no ha prescrito.

Por lo tanto, corresponde desestimar estos extremos del recurso de apelación interpuesto por VOLCAN.

²⁹ 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 31.-Prescripción y Caducidad

(...)

31.4. Transcurrido el plazo máximo para resolver a que se refiere el numeral 28.2 del artículo 28, sin que se notifique la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado el procedimiento y se procederá a su archivo”.

³⁰ Decreto Legislativo N° 1272

“Disposiciones Complementarias Transitorias

Quinta.- Para la aplicación de la caducidad prevista en el artículo 237-A de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se establece un plazo de un (1) año, contado desde la vigencia del presente Decreto Legislativo, para aquellos procedimientos sancionadores que a la fecha se encuentran en trámite”.

³¹ Conforme consta en los cargos de notificación del Oficio N° 180-2014, obrantes a fojas 360 y 361 del expediente.

³² De acuerdo a la Cédula de Notificación N° 677-2016-OS-GSM obrante a fojas 509 del expediente.

RESOLUCIÓN N° 390-2018-OS/TASTEM-S2

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.

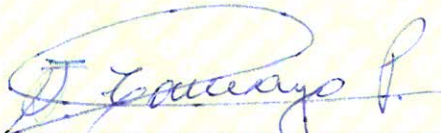
SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por **VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A.** contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 3108-2016 de fecha 07 de noviembre de 2016 en el extremo del cálculo de la multa por el incumplimiento al artículo 37° del RPM; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** dicha resolución en todos sus demás extremos.

Artículo 2°.- Determinar que el importe total de la multa ha sido reducido de 100 (cien) UIT a 36.71 (treinta y seis con setenta y un centésimas) UIT, de conformidad a lo expuesto en el artículo 1° de la presente resolución.

Artículo 3°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Jesús Francisco Roberto Tamayo Pacheco, Héctor Adrián Chávarry Rojas y José Luis Harmes Bouroncle.



JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE

