

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 053-2019-OS/TASTEM-S2

Lima, 05 de febrero de 2019

VISTO:

El Expediente N° 201800071845 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° 3016-2018 de fecha 06 de diciembre de 2018, 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° 3016-2018 de fecha 06 de diciembre de 2018, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A., en adelante VOLCAN, con una multa de 514.70 (quinientos catorce con setenta centésimas) 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 38° del RPM¹ Por operar el Depósito de Relaves N° 6 por encima de la cota 4032.0 msnm sin contar con la autorización de funcionamiento de la Dirección General de Minería (DGM)	Numeral 1.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD ²	514.70 UIT
TOTAL		514.70 UIT³

¹ Decreto Supremo N° 018-92-EM

Reglamento de Procedimientos Mineros

"Artículo 38.- Inspección y autorización de funcionamiento y otorgamiento del título de la concesión de beneficio

(...)

38.7. La Dirección General de Minería otorga el título de concesión de beneficio y la autorización de funcionamiento de la planta de beneficio (...)"

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

Anexo

Cuadro de Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera

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

1. Incumplimiento de autorizaciones de construcción y funcionamiento para concesiones y componentes mineros

1.2. Autorización de funcionamiento

Base legal: Artículo 38° 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 27 al 29 de diciembre de 2017, se llevó a cabo una visita de supervisión a la Unidad Minera "San Cristóbal" de titularidad de VOLCAN⁴, conforme consta en el Acta de Supervisión obrante a fojas 4 y 5 del Expediente, debidamente suscrita por los representantes de la administrada y de OSINERGMIN.
- b) Con Oficio N° 1811-2018, notificado con fecha 25 de junio de 2018, obrante a foja 57 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° 2001800071845 presentado con fecha 06 de julio de 2018, la administrada remitió sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- d) A través del Oficio N° 541-2018-OS-GSM, notificado con fecha 30 de octubre de 2018, se trasladó a VOLCAN el Informe Final de Instrucción N° 2284-2018 del 22 de octubre de 2018, otorgándole el plazo de cinco (05) días hábiles para la presentación de sus descargos.
- e) Con escritos de registro N° 2001800071845 remitidos con fecha 07 y 13 de noviembre de 2018, VOLCAN presentó sus descargos al Oficio N° 541-2018-OS-GSM y solicitó el uso de la palabra.



ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

- 2. Mediante escritos de registro N° 201800071845 presentados con fecha 20 de diciembre de 2018 y 25 de enero de 2019, VOLCAN interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 3016-2018 del 06 de diciembre de 2016, solicitando su nulidad y el archivo del procedimiento administrativo sancionador, en atención a los siguientes fundamentos:
 - a) La administrada señala que se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad, previsto en el numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, toda vez que no incumplió el artículo 38° del RPM. Por lo tanto, corresponde declarar la nulidad de la resolución impugnada, de conformidad con el numeral 2 del artículo 10° de la citada ley, por contravenir su derecho de defensa.
 - 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 del Perú⁵ y también ha sido establecido en el numeral 1 del artículo 230° de la Ley N° 27444, teniendo dos matices relevantes, ya que prevé una jerarquía de las normas con rango de ley para

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

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."

la atribución de la potestad sancionadora y la previsión de las sanciones administrativas⁶.



En ese sentido, refiere que el ordenamiento jurídico⁷ 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, para que OSINERGMIN pueda imponer válidamente una multa, la sanción o infracción tendría que haber sido establecida específicamente, lo cual no acontece en la resolución impugnada, pues al determinar la sanción, se le aplica una supuesta multa estipulada en el artículo 38° del RPM, no calificando la conducta infractora y omitiendo una valoración expresa de los hechos.

De lo expuesto, la contravención al Principio de Legalidad acarrea la nulidad de pleno derecho de la resolución de multa, de acuerdo al numeral 1 del artículo 10° de la Ley N° 27444.

- c) VOLCAN indica que en virtud al Principio de Tipicidad solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en la ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analógica⁸.

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 a una sanción, puesto que 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 multa a su representada, haciendo mención solamente a la infracción al artículo 38° 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.

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

- d) La recurrente indica que con fecha 17 de febrero de 2016 mediante la Resolución Directoral N° 022-2016-MEM/DGM, la DGM aprobó el Informe Técnico Minero para la construcción y funcionamiento del recrecimiento del depósito de relaves N° 6, indicándose que VOLCAN había acreditado contar con la autorización de uso del terreno superficial por toda el área de la

⁶ VOLCAN cita la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en Expediente N° 00197-2010-AA. Asimismo, cita a Morón Urbina, Juan Carlos, en *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, octava edición, Lima 2009, p. 687.

De otro lado, cita a Francisco Carruitero, "Los límites a la potestad sancionadora de la Administración Pública en el Estado Constitucional de Derecho", en: www.blog.pucp.edu.pe/item/24977/francisco-carruitero, conforme a lo siguiente: "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".

⁷ 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.

⁸ Respecto al Principio de Tipicidad, cita las Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC y el Expediente N° 5408-2005-PA/TC. De igual forma, cita Morón Urbina, Juan Carlos, ob. cit., p. 655.

ampliación de la Concesión de Beneficio Mahr Túnel.

Con fecha 15 de marzo de 2017, la cónyuge del titular de la concesión minera Piero Russel solicitó la nulidad de la resolución citada. Al respecto, mediante Resolución N° 736-2017-MEM/CM del 6 de octubre de 2017, el Consejo de Minería declaró la nulidad de la Resolución N° 022-2016-MEM/DGM, ordenando a la DGM evaluar la existencia de superposición entre las Concesiones Mahr Túnel y Piero Russel, así como los hechos planteados en la solicitud de nulidad.

Posteriormente, mediante Auto Directoral N° 714-2017-MEM-DGM/DTM, la Dirección Técnica Minera determinó la existencia de superposición parcial entre las áreas de las concesiones citadas y dispuso, sin sustento legal alguno, que su representada presentara el documento que acredite el consentimiento del titular de la concesión minera Piero Russell respecto a la ampliación del área de la Concesión de Beneficio.

Sobre el particular, su representada comunicó mediante escrito N° 2778712 que había cumplido con todos los requisitos exigidos por la normativa vigente para llevar a cabo la modificación de su Concesión de Beneficio, por lo que no procedía legalmente que se le requiera acreditar el consentimiento del titular de la concesión minera.

Ahora bien, mediante Resolución N° 0361-2018-MEM-DGM/V de fecha 23 de abril de 2018, la DGM declaró la nulidad del Auto Directoral N° 714-2017-MEM-DGM/DTM y recomendó a la Dirección Técnica Minera emitir un nuevo pronunciamiento, de acuerdo a lo señalado por el Consejo de Minería, debiendo además tramitar de forma conjunta la oposición formulada por el titular de la concesión minera mediante escrito N° 2787806 de fecha 15 de febrero de 2018.

A través de la Resolución N° 0650-2018-MEM-DGM/V del 14 de agosto de 2018, la Dirección Técnica Minera declaró en abandono la solicitud de oposición interpuesta por el titular de la concesión minera Piero Russell contra la solicitud de modificación de la concesión de beneficio de VOLCAN, por no haber subsanado las observaciones planteadas a dicha solicitud oportunamente, siendo importante indicar que dicha resolución no ha sido impugnada.

Asimismo, la Dirección Técnica Minera ordenó continuar con el procedimiento del Informe Técnico Minero de acuerdo a lo indicado por el Consejo de Minería, correspondiendo determinar si existe o no superposición entre las concesiones y si hay afectación al derecho de explorar o explotar de la concesión minera; lo cual se encuentra en trámite a la fecha.

En adición a ello, VOLCAN manifiesta que al momento de otorgarse la concesión minera Piero Russell, el INACC (hoy INGEMMET) determinó la existencia de una superposición entre su polígono y la concesión de beneficio Mahr Túnel, ordenando a su titular respetar el área ocupada por ésta última.

En adición a ello, manifiesta que tanto el titular de Piero Russell como su representada debían obtener la titularidad del terreno superficial o la autorización de su propietario para poder realizar sus actividades mineras.

En ese sentido, la ampliación del área de la concesión de beneficio generada por el recrecimiento del depósito de relaves N° 6 origina una superposición parcial con el área de la concesión minera Piero Russell. Sin embargo, de acuerdo a la normativa vigente, el derecho de explotación o beneficio corresponde en última instancia a la persona que además de contar con la concesión haya cumplido con obtener la propiedad o el derecho de utilizar el terreno superficial correspondiente.

RESOLUCIÓN N° 053-2019-OS/TASTEM-S2



Al respecto, el titular de la concesión Piero Russell no ha acreditado contar con la autorización de la comunidad campesina San Juan Bautista Pachachaca para utilizar el área ocupada por el recrecimiento del depósito de relaves N° 6, por lo que se encuentra impedido de realizar actividades de explotación en dicho lugar. En cambio, VOLCAN cuenta con Escritura Pública del 30 de octubre de 2015 inscrita en Registros Públicos del convenio de constitución del derecho de usufructo y servidumbre pactado con dicha comunidad campesina para utilizar áreas de 19.3 y 2.125 hectáreas de extensión por el plazo de diez (10) años.

Finalmente, la administrada indica que a la fecha la demora en la emisión de un pronunciamiento final por parte de la DGM le genera perjuicios y contingencias con las autoridades de fiscalización por una supuesta falta de autorización de la ampliación del depósito de relaves N° 6, por lo que solicita que la DGM emita dicho pronunciamiento a la brevedad posible.

Por 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 Penal⁹.

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.



- e) VOLCAN refiere que de conformidad con la Resolución Directoral N° 0022-2016-MEM/DGM, realizó las actividades de construcción del recrecimiento y ampliación del Depósito de Relaves N° 6, concluyendo en mayo de 2016. Por lo tanto, OSINERGMIN no podría sancionarle por no contar con la autorización de funcionamiento de la DGM, puesto que por los argumentos expuestos en los párrafos precedentes y documentos técnicos remitidos se acredita que sí cuenta con dicha autorización.
- f) La administrada señala que el fundamento para declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 0022-2016-MEM/DGM fue que la autoridad minera no advirtió la superposición existente entre la concesión minera Piero Russell y el área solicitada por su representada para la ampliación de la concesión de beneficio Mahr Túnel; argumento que es incorrecto, puesto que, de conformidad con la normativa vigente, se trata de concesiones distintas y no hay superposición alguna, especialmente porque VOLCAN sí cumplió con los requisitos para obtener la autorización de funcionamiento de la ampliación.
- g) VOLCAN refiere que con fecha 15 de enero de 2018 interpuso la demanda contenciosa administrativa contra el MINEM solicitando la nulidad de la Resolución N° 736-2017-MEM/CM que declaró la nulidad de la Resolución N° 022-2016-MEM/DGM, siendo importante precisar que con fecha 29 de enero de 2018 se le notificó el auto admisorio de dicha demanda (Expediente N° 00538-2018-0-1801-JR-CA-11).

⁹ 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 (...)".

RESOLUCIÓN N° 053-2019-OS/TASTEM-S2

De lo indicado, el responsable de la anulación de su autorización fue el MINEM, por lo que mientras no exista un pronunciamiento definitivo no se le podría imputar y sancionar por conductas realizadas de conformidad con la normativa vigente (cumplimiento de requisitos para obtención de permisos).



- h) La administrada indica que de acuerdo al artículo 64° de la Ley N° 27444, y en atención a que existe una demanda contenciosa administrativa en sede judicial, corresponde el archivo del procedimiento administrativo sancionador hasta que la cuestión litigiosa se resuelva, debiendo solicitarse al Juzgado información sobre las actuaciones realizadas para un mejor resolver.
 - i) 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.
 - j) 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.
 - k) VOLCAN solicita el uso de la palabra.
3. A través del Memorándum N° GSM-526-2018, recibido con fecha 27 de diciembre de 2018, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

4. Respecto a los argumentos señalados en los literales d), e) y f) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que mediante Resolución Directoral N° 0022-2016-MEM/DGM del 17 de febrero de 2016, sustentada en el Informe N° 042-2016-MEM-DGM-DTM/PB (fojas 30 al 34 del expediente), se autorizó a VOLCAN la construcción y funcionamiento del recrecimiento del Depósito de Relaves N° 6 a la cota 4,036 m.s.n.m. en la Concesión de Beneficio "Mahr Túnel".

Sin embargo, mediante Resolución N° 736-2017-MEM/CM de fecha 06 de octubre de 2017 el Consejo de Minería del MINEM declaró la nulidad de la Resolución Directoral N° 0022-2016-MEM/DGM (fojas 35 al 39 del Expediente), quedando en consecuencia vigente la Resolución N° 155-2015-MEM-DGM/V del 21 de abril de 2015 que autorizaba a VOLCAN el funcionamiento de la Etapa III del recrecimiento del Depósito de Relaves N° 6 hasta la cota 4,032 m.s.n.m. (fojas 29 del Expediente).

Así las cosas, en la visita de supervisión realizada del 27 al 29 de diciembre de 2017 a las instalaciones de la Unidad Minera "San Cristóbal", se verificó que VOLCAN incumplió la obligación establecida en el artículo 38° del RPM, al haberse constatado que operaba el Depósito de Relaves N° 6 por encima de la cota 4,032 m.s.n.m. sin contar con la correspondiente autorización de funcionamiento de la DGM, conforme se puede observar en el Acta de Supervisión y el Acta de Medición de Campo obrantes a fojas 04, 05 y 23 del Expediente, donde se dejó constancia que la disposición de relaves se encontraba en las cotas 4,033.38, 4,033.60 y 4,032.65 m.s.n.m., siendo importante señalar que dichos documentos fueron suscritos por los representantes de la administrada sin realizar observación alguna.

Asimismo, en los registros fotográficos N° 3 y 4 de la supervisión, obrantes a fojas 22 del Expediente, notificadas a VOLCAN al inicio del procedimiento, se dejó constancia de la descarga de relaves finos en el talud aguas arriba del dique del depósito de relaves N° 6.



RESOLUCIÓN N° 053-2019-OS/TASTEM-S2



De lo expuesto, desde la declaración de nulidad de la Resolución Directoral N° 0022-2016-MEM/DGM (en octubre de 2017), ésta ya no produce efectos jurídicos, por lo que VOLCAN solo debía operar el Depósito de Relaves N° 6 hasta la cota 4,032 m.s.n.m. de acuerdo a la autorización de funcionamiento emitida mediante la Resolución N° 155-2015-MEM-DGM/V, lo cual no ocurrió en el presente caso, puesto que en la supervisión se constató que la administrada descargaba relaves por encima de la cota 4,032 m.s.n.m.

Ahora bien, corresponde precisar que los argumentos de VOLCAN que cuestionan la validez de la Resolución N° 736-2017-MEM/CM de fecha 06 de octubre de 2017 que declaró la nulidad de la Resolución Directoral N° 0022-2016-MEM/DGM, así como los referidos a que sí cumplía con los requisitos legales para obtener la autorización de funcionamiento del recrecimiento del Depósito de Relaves N° 6 hasta la cota 4,036 m.s.n.m. corresponden ser evaluados por la autoridad competente en la vía correspondiente, puesto que OSINERGMIN es la entidad encargada de fiscalizar el cumplimiento de la normativa vigente en materia minera, como el RPM; es decir, verificar si la administrada en su calidad de titular minero operaba con la debida autorización de funcionamiento (vigente), mas no se encuentra facultado a evaluar las resoluciones u otros actos emitidos por el MINEM.



Por lo indicado, de conformidad con el Principio de Verdad Material, previsto en el numeral 1.11 del Artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS¹⁰, vigente a la fecha de emisión de la resolución de sanción, se ha acreditado que VOLCAN operaba el Depósito de Relaves N° 6 por encima de la cota 4,032 m.s.n.m. autorizada por la DGM mediante la Resolución N° 155-2015-MEM-DGM/V, vigente al momento de la supervisión del 27 al 29 de diciembre de 2017, por lo que no se verifica actuación arbitraria alguna por parte de esta entidad.

Finalmente, cabe mencionar que la recurrente tiene expedito su derecho a recurrir a la vía judicial en caso lo estime conveniente, de conformidad con el numeral 228.1 del artículo 228° del vigente T.U.O. de la Ley N° 27444 aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, publicado en el diario oficial El Peruano con fecha 25 de enero de 2019, en concordancia con el artículo 148° de la Constitución Política del Perú¹¹.

Por todo lo expuesto, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación interpuesto por VOLCAN.

¹⁰ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

T.U.O. de la Ley N° 27444

"Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

(...)

1.11. Principio de Verdad Material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas. (...)"

¹¹ Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo 228.- Agotamiento de la vía administrativa

228.1 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".

5. Respecto a lo indicado en los literales a), b) y c) del numeral 2 de la presente resolución, en concordancia con los Principios de Legalidad¹² y Tipicidad¹³ previstos en los numerales 1 y 4 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, vigentes al momento de la supervisión y la emisión de la resolución impugnada, en 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 concesión¹⁴.

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 sanciones¹⁵. (Subrayado agregado)

Acorde con dicho marco legal, el Consejo Directivo de OSINERGMIN emitió la Resolución N° 039-2017-OS/CD, publicada en el diario oficial El Peruano el 18 de marzo de 2017, que aprobó el

¹² Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad".

¹³ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria. A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda. En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras".

¹⁴ Ley N° 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;"

¹⁵ 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".

Cuadro de Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera, en el cual se tipifica como infracción, 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 1.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD conforme al siguiente detalle:

TIPIFICACIÓN	BASE LEGAL	IMPUTACIÓN
ANEXO DE LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 039-2017-OS/CD	RPM	HECHO
Rubro B 1. Incumplimiento de autorizaciones de construcción y funcionamiento para concesiones y componentes mineros 1.2. Autorización de funcionamiento Base legal: Artículo 38° del RPM Sanción: Hasta 10,000 UIT	Artículo 38.- Inspección y autorización de funcionamiento y otorgamiento del título de la concesión de beneficio (...) 38.7. La Dirección General de Minería otorga el título de concesión de beneficio y la autorización de funcionamiento de la planta de beneficio (...).	Operar el Depósito de Relaves N° 6 por encima de la cota 4,032 m.s.n.m. sin contar con la autorización de funcionamiento de la DGM.

Como puede advertirse, el sub numeral 1.2 del numeral 1 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 039-2017-OS/CD tipifica como infracción administrativa sancionable con multa de hasta 10,000 (diez mil) UIT el incumplimiento a la obligación establecida en el artículo 38° del RPM.

En este contexto, se verifica que tanto el supuesto de hecho de la infracción tipificada en el sub numeral 1.2 del numeral 1 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 039-2017-OS/CD, como la obligación cuyo incumplimiento le sirve de base legal, contiene una descripción clara, precisa y de fácil comprensión.

Junto a lo anterior, y en concordancia con lo expuesto en el numeral precedente, el hecho imputado y verificado (operar sin autorización de funcionamiento) sí se subsume en la conducta típica descrita en el sub numeral 1.2 del numeral 1 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 039-2017-OS/CD (incumplimiento de autorizaciones de funcionamiento).

En atención a las consideraciones expuestas, queda acreditado que la norma sancionadora aplicada en el presente procedimiento (Resolución N° 039-2017-OS/CD) cumple con las exigencias derivadas de los Principios de Legalidad y Tipicidad; y, además, el hecho imputado se subsume en el tipo infractor materia de sanción.

De igual modo, puesto que se encuentra debidamente acreditado que VOLCAN operó el Depósito de Relaves N° 6 por encima de la cota 4,032 m.s.n.m. sin contar con la autorización de funcionamiento de la DGM, la calificación de este hecho como incumplimiento de conformidad con el numeral 1.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 039-2017-OS/CD, que tipifica los



incumplimientos relacionados a las autorizaciones de funcionamiento como infracciones sancionables, se ha realizado en observancia del Principio de Razonabilidad, previsto en el numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444¹⁶.

Por lo tanto, no se verifican vicios que causen la nulidad de la resolución impugnada, de acuerdo a los numerales 1 y 2 del artículo 10° del T.U.O. la Ley N° 27444¹⁷, ni el archivo del procedimiento sancionador, por lo que corresponde desestimar el recurso de apelación interpuesto por VOLCAN en este extremo.

8. En relación a lo señalado en los literales g) y h) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde mencionar que el artículo 64° de la Ley N° 27444 establece lo siguiente:

"Artículo 64.- Conflicto con la función jurisdiccional

64.1 Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas.

64.2 Recibida la comunicación, y sólo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la autoridad competente para la resolución del procedimiento podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio. (...)" (Subrayado agregado)



Al respecto, esta norma regula el supuesto en el cual durante el trámite de un procedimiento administrativo se toma conocimiento de la existencia de una controversia judicial entre dos administrados sobre relaciones jurídicas de derecho privado (intereses particulares) que requiere ser resuelta previamente a la conclusión del procedimiento administrativo.

En atención a lo indicado, el proceso contencioso administrativo sobre la nulidad de la Resolución N° 736-2017-MEM/CM no tiene por finalidad resolver un conflicto entre particulares, sino realizar el control legal por parte del Poder Judicial de la actuación de la Administración (en este caso, el MINEM) en la emisión de dicha resolución, así como la efectiva tutela de los derechos de la administrada, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1° de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo¹⁸.

¹⁶ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (vigente a la fecha de emisión la resolución de sanción)
T.U.O. de la Ley N° 27444

"Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

(...)

1.4. Principio de Razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites a 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".

¹⁷ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (vigente a la fecha de emisión la resolución de sanción)

T.U.O. de la 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".

¹⁸ Ley N° 27584

Ley que regula el proceso contencioso administrativo

"Artículo 1.- Finalidad

La acción contencioso administrativa prevista en el artículo 148° de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados. {...)".



En este contexto, el proceso contencioso administrativo alegado por VOLCAN no se subsume en el supuesto previsto en el artículo 64° de la Ley N° 27444, por lo que no correspondería la inhibición de esta entidad en el presente procedimiento sancionador.

Finalmente, cabe precisar que a la fecha no existe decisión judicial que ordene a esta entidad la suspensión del procedimiento administrativo sancionador o dispusiera alguna medida cautelar, por lo que corresponde continuar con el trámite de este procedimiento y, en consecuencia, desestimar este extremo del recurso de apelación interpuesto por VOLCAN.

9. Respecto a lo indicado en el literal i) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que, efectivamente, la resolución impugnada recién será ejecutable al finalizar el procedimiento administrativo sancionador, con la notificación del presente acto administrativo, de conformidad con el numeral 256.2 del artículo 256° del T.U.O. de la Ley N° 27444¹⁹.
10. En relación a lo alegado en los literales j) y k) del numeral 2 de la presente resolución, se verifica que a la fecha la administrada no ha remitido alegatos adicionales a su recurso de apelación.

Asimismo, corresponde precisar que de acuerdo al artículo 33° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, el Agente Supervisado puede solicitar el uso de la palabra al órgano sancionador o al órgano revisor. La denegatoria a dicha solicitud debe encontrarse debidamente motivada a fin de no vulnerar el derecho al debido procedimiento.

Por su parte, el numeral 23.3 del artículo 23° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD, establece que corresponde a los Presidentes de las Salas del TASTEM disponer la realización de informes orales cuando lo consideren necesario para resolver el caso, o si algún vocal o el Secretario Técnico Adjunto se lo solicite, o a pedido de parte.

Al respecto, de la revisión de la documentación que obra en el expediente, se advierte que existen elementos suficientes para que esta Sala emita pronunciamiento sobre la materia que ha sido puesta a su conocimiento. Por tal motivo, el Presidente de esta Sala del TASTEM, con la conformidad de los demás Vocales que integran este Órgano Colegiado, considera que no es necesario acceder a la solicitud de informe oral formulada por la administrada.

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 de Gerencia de Supervisión Minera N° 3016-2018 de fecha 06 de diciembre de 2018; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** dicha resolución en todos sus extremos.

¹⁹ Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (vigente)

T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo 256. Resolución

(...)

256.2. 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".

RESOLUCIÓN N° 053-2019-OS/TASTEM-S2



Artículo 2°.- Declarar agotada la vía administrativa.

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


HÉCTOR ADRIÁN CHÁVARRY ROJAS
PRESIDENTE