

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 099-2019-OS/TASTEM-S2

Lima, 12 de marzo de 2019

VISTO:

El Expediente N° 201800053918 que contiene el recurso de apelación interpuesto por CONSORCIO DE INGENIEROS EJECUTORES MINEROS S.A., representada por el señor David Anthony Cuneo Alendez, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 78-2019 de fecha 10 de enero de 2019, a través de la cual se le sancionó con multa por incumplir la medida de seguridad dispuesta mediante el Acta del 12 de setiembre de 2016.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 78-2019, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a CONSORCIO DE INGENIEROS EJECUTORES MINEROS S.A., en adelante CIEMSA, con una multa de 206 (doscientos seis) UIT, por incumplir la medida de seguridad impuesta mediante el Acta del 12 de setiembre de 2016, conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Incumplir la Medida de Seguridad impuesta en el Acta del 12 de setiembre de 2016, al disponer relaves en el vaso del depósito de relaves Tacaza.	Rubro 9 de la Resolución N° 035-2014-OS/CD ¹	206 UIT
TOTAL		206 UIT²

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- Mediante Acta de Medida de Seguridad del 12 de setiembre de 2016 se dispuso: *"Paralizar el almacenamiento de relaves, agua y otros residuos (laboratorio) en el depósito de relaves Tacaza"*.
- Del 3 al 7 de agosto de 2017 se efectuó una supervisión a la unidad minera "Tacaza" de titularidad de CIEMSA, con la finalidad de verificar el cumplimiento de la medida de seguridad antes citada, verificándose que el titular minero incumplió la medida de seguridad, al disponer relaves en el vaso del depósito de relaves Tacaza.
- A través del Oficio N° 1334-2018 notificado a CIEMSA el 8 de mayo de 2018, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.

¹ Resolución N° 035-2014-OS/CD.
Anexo 1

Rubro 9. Incumplir medidas correctivas, de seguridad o mandatos de carácter particular u otras obligaciones dispuestas por OSINERGMIN.
Multa: Hasta 1,000 UIT.

² Para la determinación y graduación de la sanción se observaron los criterios específicos aprobados por Resolución de Gerencia General N° 194-2015-OS/GG publicada con fecha 26 de diciembre de 2015.

- 
- d) Por escritos presentados el 17 de mayo y 11 de junio de 2018, CIEMSA remitió sus descargos y señaló que las fotografías de la supervisión N° 35 y 36 no eran visibles, puesto que fueron notificadas en blanco y negro.
- e) Con Oficio N° 359-2018-OS-GSM, la GSM reenvió a CIEMSA copias de las fotografías N° 35 y 36 realizadas en la supervisión del 3 al 7 de agosto de 2017 y se le otorgó un plazo de cinco (5) días hábiles para que presente descargos adicionales.
- f) El día 6 de setiembre de 2018 mediante escrito de registro N° 201800053918, CIEMSA presentó descargos adicionales.
- g) Mediante el Oficio N° 545-2018-OS-GSM notificado el 6 de noviembre de 2018, se trasladó a CIEMSA el Informe Final de Instrucción N° 2332-2018.
- h) Con escrito presentado el 13 de noviembre de 2018, CIEMSA remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción citado.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

- 
2. Mediante escrito presentado el 6 de febrero de 2019, CIEMSA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 78-2019 de acuerdo a los siguientes fundamentos:

Respecto al incumplimiento y los medios probatorios que lo sustentan

- a) Reitera lo mencionado en sus descargos, en el sentido que la infracción imputada carece de todo sustento, toda vez que los medios probatorios señalados en el Informe de Instrucción Inicio de PAS N° 1276 de fecha 24 de abril de 2018 carecen de validez, por lo indicado a continuación:

- El Acta de Supervisión del 3 al 7 de agosto de 2017: la relavera Tacaza se encuentra paralizada en cumplimiento de la medida de seguridad establecida, lo que se prueba con las cotas señaladas en el "hecho verificado N° 1" del Acta, las cuales no acreditan que la relavera se encuentre en operación.

Así, respecto al "vaso de la relavera" con una cota de 4315.28 msnm, cuyo punto de medición fue la coordenada UTM WGA 84, 8271346 N y 315094 E, indica que del Acta de Medición de Campo de fecha 12 de setiembre de 2016, que es el sustento de la medida de seguridad, no se advierte la existencia de dicho punto de medición, con lo cual no se tendría la cota de referencia a fin de determinar la variación y por tanto la operación de la relavera.

Sin embargo, en diversos puntos del vaso del depósito se muestran mediciones por encima de la cota citada que demuestran que la relavera se encontraba paralizada, como son:

- Punto 315191.611 E y 8271420.510 N, la cota es 4315.87 msnm.
- Punto 315166.447 E y 8271427.646 N, la cota es 4315.946 msnm.
- Punto 315141.213 E y 8271435.232 N, la cota es 4315.651 msnm.



En relación a "los relaves depositados supuestamente de manera reciente", ubicados en la cota 4,314.61 msnm, cabe señalar que esta se encuentra por debajo de los puntos de medición mencionados en el párrafo precedente, lo cual demuestra que la relavera no estaba en operación.

En cuanto "al espejo de agua verificado" que se ubica en la zona sur oeste y cuya cota es de 4314.09 msnm, indica que tal medición y concepto no obra en el Acta de Medición de Campo de fecha 12 de setiembre de 2016 o cualquier otro documento emitido por OSINERGMIN como consecuencia de la supervisión regular del 2016 que dio como consecuencia la medida de seguridad. Asimismo, en el supuesto negado que existiera una variación a la cota 4313.73 msnm como afirman los supervisores, esta sería exclusivamente por el ingreso de agua, el cual no es exclusivo del relave sino también de las precipitaciones estacionales (lluvias). Por lo tanto, no se podría determinar que el aumento de la cota es por la actividad en la relavera.

- El Informe de Supervisión no tiene validez, puesto que lo verificado en la visita de supervisión no acredita el incumplimiento de la medida de seguridad.

Asimismo, si bien los equipos utilizados en la medición de fecha 7 de agosto de 2017, como el equipo "estación total marca TOPCON" y el "clinómetro marca Brunton", cuentan con los certificados de calibración N° 006-621/17 y 2017- 06302 de Laboratorio Cosola S.A.C. y Geotop S.A.C., respectivamente, los mismos no tienen valor oficial porque no se encuentran registrados en el Instituto Nacional de Calidad - INACAL.

Asimismo, en concordancia con la Ley N° 30224 y el Reglamento de Organización y Funciones del INACAL, las competencias técnicas de las empresas citadas no han sido reconocidas de acuerdo al Reglamento General de Acreditación y a la norma NTP-ISO/IEC 1705:2006, por lo que las mediciones realizadas carecen de certeza y, en consecuencia, las cotas indicadas en el Acta de Supervisión (hecho N° 1) no tienen sustento.

Por lo indicado, además el Acta de Medición de Campo del 07 de agosto de 2017 queda desvirtuado, ya que los resultados consignados no son certeros.

- Las fotografías N° 35 y 36 son insuficientes para acreditar la existencia de actividad en la relavera, ya que solo muestran una imagen en el tiempo y no acreditan la ejecución de una actividad, como es el caso del funcionamiento de la relavera, sumado a que no se evidencia fehacientemente que existe un vertimiento en el vaso de depósito de relaves Tacaza. En consecuencia, no se ha acreditado la existencia de funcionamiento en la relavera.
- Respecto al Plano Topográfico de Relaves y de Sección B-B' de agosto 2017, manifiesta que este solo muestra la ubicación de la relavera y las áreas indicadas, pero no el funcionamiento de la relavera.

Por lo expuesto, en el presente caso se han contravenido los Principios de Legalidad, de Debido Procedimiento (por indebida motivación) y Verdad Material, contenidos en la Ley



de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444; en consecuencia, debe declararse la nulidad de la resolución impugnada y el archivo de la infracción imputada.



Otros alegatos

- b) CIEMSA se reserva el derecho a ampliar los argumentos de su apelación. Asimismo, solicita el uso de la palabra en virtud a lo dispuesto en el artículo 33° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.
3. A través del Memorándum N° GSM-109-2019 recibido con fecha 26 de febrero de 2019, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto al incumplimiento y los medios probatorios que lo sustentan

4. En relación a lo indicado en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, el artículo 14° y el numeral 18.3 del artículo 18° del Reglamento aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD, en adelante RPAS, vigente al momento de iniciar el presente procedimiento, indica que los documentos recabados por Osinergmin durante la supervisión, como son el Acta y el Informe de Supervisión, constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos se presume cierta y que responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario³.



Sobre el particular, mediante el Acta del 12 de setiembre de 2016, que obra a fojas 48 y 49 del expediente, el personal responsable de la supervisión realizada a la Unidad Minera "Tacaza" dictó la medida de seguridad de paralización del almacenamiento de relaves en el depósito de relaves Tacaza, al haberse verificado la construcción del muro con relaves gruesos cicloneados fuera del cuerpo de la presa, sobre la playa de relaves, incumpliendo el diseño aprobado y originándose los peligros de asentamiento del muro, licuefacción, tubificación, desbordamiento de relaves y riesgo de colapso de la presa en caso de sismos, de conformidad con el artículo 39° Reglamento aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD, norma aplicable a la fecha de levantamiento del acta⁴.

Luego, del 3 al 7 de agosto de 2017, OSINERGMIN, en ejercicio de sus funciones, efectuó una visita a la Unidad Minera "Tacaza" de titularidad de la recurrente, conforme se aprecia en el Acta de Supervisión obrante a fojas 3 y 4 del expediente. De acuerdo a dicho documento, suscrito por los representantes de CIEMSA y OSINERGMIN, durante la supervisión se verificó lo siguiente:

N°	HECHOS VERIFICADOS
1	<i>Durante la supervisión se constató que en el depósito de relaves Tacaza, el titular de actividad minera ha venido depositando relaves en el vaso, sector este, cuyo punto de descarga fue verificado e identificado en la coordenada UTM WGS 84: 8 271 346 N y 315 094 E, con cota 4,315.28 msnm (...). Al respecto, cabe indicar que el sector este donde almacenaron los relaves observados tiene un área de 2,036 m² aproximadamente. Existen también relaves depositados recientemente, en un área de 3,034 m² aproximadamente, ubicados en el sector oeste, con cota promedio de 4,314.61 m.s.n.m.</i>

³ En similar sentido, el artículo 18° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD, vigente a la fecha de la supervisión, establecía que el contenido de las actas de supervisión y los informes técnicos se presumía cierto, salvo prueba en contrario.

⁴ Los numerales 39.1 y 39.2 del artículo 39° del Reglamento aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD, establecen que los órganos competentes de este Organismo podrán imponer medidas de seguridad en razón de la falta de seguridad pública constatada, al existir indicios de peligro inminente que pudieran afectar, entre otros la seguridad pública o la integridad de los bienes de la concesión, independientemente de la existencia o no de una infracción y de la producción de un daño.



OBSERVACIONES ADICIONALES
<i>Se deja video donde se aprecia descarga de relaves, en el sector este del depósito de relaves, (...)</i>
OBSERVACIONES ADICIONALES DEL TITULAR MINERO
<i>1. En relación al primer hecho constatado: Si bien es cierto los Supervisores han determinado un supuesto depósito en el vaso de la relavera paralizada a través de la Medida de Seguridad de fecha 12.09.2016, cabe señalar que ello no es así debido a que no existe algún "estudio técnico realizado por un especialista en depósitos de relaves" que certifique la afirmación de los Supervisores, en razón a que las mediciones señaladas que sustentan lo antes afirmado no es suficiente prueba técnica para ello. (sic)</i>

Al respecto, en el Acta citada se dejó constancia de que el titular minero ha estado depositando relaves en el vaso, información que se presume cierta y goza de veracidad, salvo prueba en contrario.

Aunado a ello, este hecho consta en las vistas fotográficas N° 35 y 36 y el video obrante en CD (fojas 70 y 105 del expediente), medios probatorios obtenidos en la supervisión, en los cuales se observan relaves frescos vertidos en el vaso del depósito de relaves Tacaza y la descarga de relaves a través de la tubería instalada para tal fin, lo cual acredita fehacientemente el incumplimiento a la medida de seguridad de paralización de las actividades de almacenamiento en el depósito.

En relación a lo expuesto, la administrada no ha presentado medio probatorio alguno que acredite que no estaba descargando relaves, y desvirtúe lo constatado in situ por los supervisores de OSINERGMIN.



Por otro lado, corresponde indicar que la referencia de la Supervisora al punto de descarga verificado e identificado en las coordenadas UTM WGS 84: 8 271 346 N y 315 094 E, con cota 4315.28 msnm, constituye información accesorio para identificar el lugar exacto al interior del depósito de relaves Tacaza donde se verificó la disposición indebida de relaves; siendo lo principal para el presente análisis acreditar la disposición de relaves en el citado depósito, hecho que efectivamente sí se constató en la supervisión, con independencia de la cota en la que se encontrara o la zona donde la administrada realizó la descarga.

Asimismo, corresponde señalar que el hecho que las cotas verificadas en setiembre de 2016 (momento de la imposición de la medida de seguridad) sean mayores a las encontradas en la supervisión realizada del 3 al 7 de agosto de 2017, conforme la administrada alega, no desvirtúa que en ésta última se constató in situ la descarga de relaves en el vaso del depósito de relaves Tacaza, lo cual es independiente de la cota en la que se encuentre.

En adición a ello, cabe indicar que el "Plano Topográfico de Presa de Relaves" elaborado por CIEMSA en agosto de 2017, obrante a fojas 47 del expediente, efectivamente describe dos (2) áreas del depósito de relaves de 3,034 y 2,036 m², las cuales se encuentran sombreadas; sin embargo, conforme se ha expuesto, la infracción se encuentra acreditada en virtud de la descarga verificada en la supervisión. Por lo tanto, la mención a dicho documento solo es una referencia a las áreas en las que se verificó la disposición de relaves (de 3,034 y 2,036 m²), conforme al Acta de Supervisión obrante a fojas 3 y 4 del expediente; áreas que justamente se encuentran identificadas en el Plano.

En tal sentido, la recurrente tenía la obligación de cumplir la medida de seguridad impuesta mediante el Acta de Medida de Seguridad de fecha 12 de setiembre de 2016, lo cual no ocurrió en el presente caso.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe mencionar que de acuerdo al artículo 24° de la Ley N° 30224 la acreditación ante INACAL es una calificación voluntaria a la cual las entidades públicas o privadas pueden acceder para contar con el reconocimiento del Estado, no estando obligadas a inscribirse⁵.



Sobre el particular, en el Acta de Medición de Campo del 7 de agosto de 2017, se incluye información sobre los equipos Estación Total y el clinómetro, así como los resultados de las mediciones en el depósito de relaves Tacaza; precisándose que los instrumentos se encuentran calibrados y controlados, encontrándose en perfecto estado de funcionamiento.

En esa línea, cabe precisar que en el Portal del INACAL⁶ se puede verificar que, a la fecha, no ha acreditado a algún laboratorio de calibración cuyo alcance incluya los equipos Estación Total y el clinómetro. En ese sentido, conforme a la normativa vigente no es exigible contar con acreditación del INACAL en el caso de las empresas que realizan la calibración de los citados equipos.

Por lo tanto, considerando que las mediciones efectuadas en la supervisión sí se realizaron con equipos debidamente calibrados conforme a los Certificados N° 006-621/17 y 2017-06302, vigentes a la fecha de la visita de supervisión, en cumplimiento de la legislación vigente, los resultados obtenidos se consideran válidos.



Por lo expuesto, el incumplimiento a la medida de seguridad impuesta con fecha 12 de setiembre de 2016 se encuentra debidamente acreditado, verificándose que la resolución impugnada fue debidamente motivada y ha sido emitida en cumplimiento de la normativa vigente. En consecuencia, no se configura vulneración alguna de los Principios de Legalidad, Verdad Material y de Debido Procedimiento, previstos en los numerales 1.1, 1.2 y 1.11 del T.U.O. de la Ley N° 27444⁷, correspondiendo desestimar este extremo del recurso de apelación.

Otros alegatos

5. Con relación al literal b) del numeral 2 de la presente resolución, de la revisión del expediente se advierte que no se han ampliado los argumentos de la apelación.

Asimismo, cabe señalar que conforme al artículo 33° del RPAS, 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

⁵ Ley N° 30224 – Ley que crea el Sistema Nacional para la Calidad del Instituto Nacional de la Calidad
"Artículo 24.- Naturaleza

La acreditación es una calificación voluntaria a la cual las entidades privadas o públicas pueden acceder para contar con el reconocimiento del Estado de su competencia técnica en la prestación de servicios de evaluación de la conformidad en un alcance determinado."

⁶ <https://www.inacal.gob.pe/metrologia/categoria/normasmetrologicas>

⁷ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

T.U.O. de la Ley N° 27444

"Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1.1. Principio de Legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, (...)"

1.2. Principio del Debido Procedimiento.-

Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; (...) a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten. (...).

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. (...)"

procedimiento⁸.

Por su parte, de conformidad con el numeral 23.3 del artículo 23° del nuevo Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD, corresponde al Presidente de la Sala 2 del TASTEM aprobar la realización de informes orales cuando resulte necesario para resolver el caso⁹.



Sobre el particular, cabe señalar que habiéndose revisado y analizado todos los actuados obrantes en el expediente, conforme se advierte de los considerandos expuestos precedentemente, esta instancia administrativa considera que ha contado con elementos de juicio suficientes para emitir su pronunciamiento sobre el presente caso, habiéndose señalado los motivos por los cuales se han desestimado los argumentos alegados por la recurrente.

En virtud de ello, el Presidente de esta Sala del TASTEM, con la conformidad de los demás Vocales que integran este Órgano Colegiado, considera que no corresponde acceder a la solicitud de informe oral formulada por la empresa impugnante.

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 presentado por CONSORCIO DE INGENIEROS EJECUTORES MINEROS S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 78-2019 de fecha 10 de enero de 2019 y; en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus extremos, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°. - Declarar agotada la vía administrativa.

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


HÉCTOR ADRIÁN CHÁVARRY ROJAS
PRESIDENTE

⁸ Resolución N° 040-2017-OS/CD

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

"Artículo 33.- Informe oral

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."

⁹ Resolución N° 044-2018-OS/CD

Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN

"Artículo 23.- Funciones de los Presidentes de las Salas de los Órganos Resolutivos

(...)

23.3. Disponer la realización de informes orales cuando lo considere necesario para resolver el caso, o si algún Vocal o el Secretario Técnico Adjunto se lo solicite o a pedido de parte. (...)"