

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN N° 162-2010-OS/CD

000286

Lima, 18 de junio de 2010

VISTO:

El Expediente N° 041-08-MA/E, que contiene el recurso de apelación del 04 de junio de 2009, interpuesto por VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A. (en adelante VOLCAN) representada por el señor Juan Begazo Vizcarra, contra la Resolución de Gerencia General N° 002624, del 08 de mayo de 2009; y, atendido el informe oral de la apelante de fecha 10 de junio de 2010.

CONSIDERANDO:

1. A través de la Resolución de Gerencia General N° 002624 del 08 de mayo de 2009, notificada el 14 de mayo de 2009, se sancionó a VOLCAN con una multa de doscientos (200) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) prevista en las Resoluciones de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD y de Gerencia General N° 893-2008-OS-GG, por incumplir con medida cautelar de paralización temporal dispuesta mediante la Resolución N° 005-2008-OS/GFM, respecto de las operaciones del depósito de relaves Andaychagua.
2. Con escrito N° 1184358 del 04 de junio de 2009, la administrada interpone recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 002624, para que la misma sea declarada nula, por los argumentos siguientes:
 - a) La Resolución de Gerencia General N° 893-2008-OS-GG que aprueba los "Criterios Específicos que se tomarán en cuenta para la aplicación de la escala de multas y sanciones por infracciones generales" es una norma inexistente y por lo tanto no se puede aplicar, ello debido a que no fue publicada en el Diario Oficial El Peruano careciendo del requisito de publicidad previsto en los artículos 51° y 109° de la Constitución Política del Perú y en el artículo 7° del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS.
 - b) El rubro 8 del Anexo 1 de la Tipificación de Infracciones Generales y Escalas de Multas y Sanciones aplicable a la Actividad Minera, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD, vulnera los principios de legalidad y razonabilidad previstos en los numerales 1) y 3) del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1029, en razón a que señala una multa de 1 hasta 1000 UIT, dejando excesivo margen de discrecionalidad a la administración para graduar la sanción, además de no considerar que las acciones de mantenimiento se efectuaron si ninguna intención de incumplir con la medida cautelar.
 - c) La paralización dispuesta por Resolución de Gerencia de Fiscalización N° 005-2008-OS/GFM del 31 de marzo de 2008, se cumplió tal como se demuestra con el



Reporte de Producción, documento que no ha sido debidamente valorado. Asimismo, "el funcionamiento" del depósito de relaves durante el día 04 de abril de 2008 tuvo como finalidad realizar trabajos de mantenimiento y limpieza de las celdas de flotación y las líneas de tubería por donde discurre el relave, que garanticen su normal funcionamiento para cuando reinicie sus operaciones y así evitar riesgos innecesarios para las personas.

3. En el informe oral efectuado por la recurrente, ésta reitera su solicitud para que la Resolución de Gerencia General N° 002624 se declare nula, principalmente por lo expuesto en los siguientes argumentos de su apelación:

- Respecto del argumento a) adicionalmente sostiene que se le aplicó la sanción de 200 UIT en base a la Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD, que fija la cuantía de las multas para el caso del incumplimiento de medidas cautelar, estableciendo un rango de 01 a 1000 UIT para el caso de desacato de medida cautelar; y, a la Resolución de Gerencia General OSINERGMIN N° 893-2008-OS-GG que señala los criterios para la aplicación de las multas (cuando se incumple por primera vez será de 200 UIT), no siendo coherente la aplicación de ambas normas, más aún porque si bien esta última Resolución fue emitida el 01 de abril de 2008 y los hechos materia de sanción se suscitaron el 04 de abril de 2008, no fue publicada en el Diario Oficial El Peruano ni en portal de OSINERGMIN, no siendo vinculante.

La recurrente también afirma que si bien la Administración puede adoptar el criterio que considera pertinente para la aplicación de sus multas, tal criterio no es arbitrario ni omnímodo, debe responder a los principios de la Ley N° 27444, que establece parámetros para la actuación de la administración pública, como el principio de razonabilidad, de aplicación obligatoria.

- Respecto del argumento c), señala que cumplieron con la medida cautelar de paralización, conforme se sustentó oportunamente, incluso adjuntaron un reporte de la producción que verifica "cero de producción", sin embargo la resolución sancionatoria no se pronunció sobre dicha prueba. Es más, el día 04 de abril de 2008, las máquinas estaban funcionando porque se estaba efectuando un proceso de limpieza, más no de producción.

Asimismo, la administrada precisa que solicitaron la nulidad de la medida cautelar el 08 de abril de 2008 y que la autoridad nunca se pronunció sobre el fondo de dicha solicitud, pues sólo resolvió declarar carente de objeto emitir opinión al respecto al haber sido levantada la medida, afectando así su derecho al debido procedimiento.

Respecto a la medida cautelar, la administrada afirma que ésta no tiene sustento legal pues se dictó porque estaba operando sin autorización y no para evitar un daño irreparable al ambiente, tal como lo dispone el artículo 94° del Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo 054-2001-PCM. Es más no había una conducta de VOLCAN que hiciera predecir ese daño.



000287

- Además de los argumentos de la apelación, en el informe oral la administrada señala que en su escrito de descargo solicitaron la nulidad del Informe N° 009-ES-2008-ACOMISA emitido por la empresa supervisora ACOMISA, la misma que tampoco fue resuelta por OSINERGMIN, sancionándosele sin previo pronunciamiento al respecto. En ese sentido, considera imprescindible que se valore los argumentos de su nulidad, pues dicho informe contiene vicios en el procedimiento de Supervisión, que contravienen el Reglamento General de OSINERGMIN y que están sustentados en el escrito referido.
4. Respecto al **argumento a)**, en el que se sostiene que la Resolución de Gerencia General N° 893-2008-OS-GG que fundamenta la sanción impuesta, es una norma inexistente por no haber sido publicada en el Diario Oficial El Peruano, queda desvirtuado por los fundamentos que se explican a continuación.

Conforme a lo dispuesto en el inciso c) del artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332, modificada por la Ley N° 27631, la función normativa de los Organismos Reguladores *"comprende la facultad exclusiva de dictar, entre otros, en el ámbito y en materia de su respectiva competencia, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, normas 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"*.

Asimismo, el artículo 22° del Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, señala que *"la función normativa de carácter general es ejercida de manera exclusiva por el Consejo Directivo, a través de Resoluciones"*.

En tanto el artículo 1° de la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, Ley N° 27699, establece que el Consejo Directivo *"se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas así como a graduar las sanciones (...)".* Lo que concuerda con el artículo 13° de la Ley N° 28964 que precisa que *"para fines de la supervisión y fiscalización de la actividad minera, el Consejo Directivo de OSINERGMIN está facultado para tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, así como para aprobar la escala de multas y sanciones"*

De las normas expuestas, queda claro que el Consejo Directivo del OSINERGMIN tiene competencia para que a través de sus Resoluciones, se apruebe la tipificación de los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas así como para graduar las sanciones, por lo que mediante Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 07 de marzo de 2008, se aprobó la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN aplicable para la supervisión y fiscalización de la actividad minera.

Es el caso que debido a la aplicación de la Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD por parte de la autoridad supervisora, se hizo necesario homogenizar su actuación estableciendo criterios internos para la aplicación de las sanciones de



multas, emitiendo para tal efecto la Resolución de Gerencia General N° 893-2008-OS-GG, dispositivo interno que al no encontrarse previsto en ninguno de los supuestos del artículo 2° de la Ley que establece la publicación de diversos dispositivos legales en el Portal del Estado Peruano y en portales institucionales, Ley N° 29091¹, no necesitó ni requiere de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Siendo que la Resolución de Gerencia General N° 893-2008-OS-GG es una norma de carácter interno, está exonerada de la publicación que sostiene la administrada como requisito para su validez, pues el literal f) del numeral 3.2 del artículo 3° del Reglamento de la Ley N° 29091, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2008-PCM, señala expresamente que en la obligación de publicación no están comprendidos las directivas referidas a procedimientos internos de la Entidad.

De otro lado, atendiendo a los argumentos adicionales del informe oral, cabe advertir que la Gerencia General emitió la Resolución de Gerencia General N° 893-2008-OS-GG con la finalidad de contar con criterios internos y homogenizar los pronunciamientos respecto a la cuantificación de la cuantía de las multas entre 01 y 1000 UIT, brindando así a los administrados determinada certeza sobre la aplicación e interpretación de los dispositivos, conforme lo establece el literal 1.15 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, por lo tanto no es contraria a la Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD, que establece la tipificación de infracciones y escalas de multas y sanciones aplicable a la actividad minera.

Ahora bien, tales criterios no son fundamentales para la resolución de los casos, pues ante su inexistencia, la autoridad debe cumplir con su obligación de emitir pronunciamiento evaluando en forma razonable y conjunta los hechos materia de cuestionamiento e imponiendo las sanciones (entre ellas las multas) que considere pertinente en virtud a tales hechos corroborados y los principios del procedimiento sancionador.

¹ Ley que modifica el párrafo 38.3 del Artículo 38 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y establece la publicación de diversos dispositivos legales en el Portal del Estado Peruano y en portales institucionales, Ley N° 29091:

Artículo 2.- Publicación de documentos legales en el Portal del Estado Peruano y Portales Institucionales

Las entidades públicas, a las que se refiere el artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, con excepción de las referidas en el numeral 8), y las empresas privadas con participación del Estado **están obligadas a publicar en el Portal del Estado Peruano y en sus Portales Institucionales, los siguientes documentos:**

1. Reglamento de Organización y Funciones - ROF.
2. Cuadro para Asignación de Personal - CAP.
3. Reglamentos técnicos.
4. Lineamientos.
5. Directivas.
6. Otros que la Presidencia del Consejo de Ministros disponga mediante decreto supremo.

(...)

000288

5. En cuanto al **argumento b)** que sostiene la falta de legalidad y razonabilidad del rubro 8 del Anexo 1 de la Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD, cabe advertir que dicho dispositivo legal fue emitido con arreglo al marco normativo explicado en el punto anterior, la misma que establece expresamente que por el incumplimiento de medidas cautelares se sancionará con una multa de hasta 1000 UIT, por lo tanto, no se ha trasgredido el principio de legalidad.

Igualmente, la Resolución impugnada guarda razonabilidad entre el hecho que constituye infracción y la sanción impuesta por ello, toda vez que la autoridad siguió los criterios dispuestos en el punto 3) del artículo 230° de la Ley N° 27444, además de los previstos en la Resolución de Gerencia General N° 893-2008-OS-GG, que es referente para las decisiones adoptadas en cuanto a este tipo de infracciones.

6. Con relación al **argumento c)**, se advierte que es un hecho corroborado y no cuestionado por la administrada, que el día 04 de abril de 2008 estuvo en funcionamiento el depósito de relaves Andaychagua, y si bien tal hecho pudo tener una finalidad contraria a su propia operación (lo que no ha sido probado por la administrada, más aún si la supuesta limpieza se quería realizar a sólo dos días de la paralización), se incumplió con la medida cautelar dispuesta en la Resolución de Gerencia de Fiscalización N° 005-2008-OS/GFM del 31 de marzo de 2008, corroborándose así la infracción imputada.

Asimismo, los reportes de producción que la administrada ofrece para probar que cumplió con la medida cautelar, no desvirtúan la falta, toda vez que el funcionamiento del depósito si se dio, siendo irrelevante si hubo o no producción susceptible de declaración. Aún más dicha prueba fue valorada y desvirtuada en la resolución impugnada.

En cuanto a lo argumentado en el informe oral, respecto a que la medida cautelar estuvo indebidamente motivada, cabe precisar que:

- a) Mediante el recurso de apelación, la recurrente cuestiona los alcances de la Resolución de Gerencia General N° 002624, del 08 de mayo de 2009, por la que se le sancionó con 200 UIT de multa por incumplir la medida cautelar de paralización temporal de operaciones del depósito de relaves Andaychagua, dispuesta en primera instancia con Resolución de Gerencia de Fiscalización Minera N° 005-2008-OS/GFM.
- b) Por Resolución de Consejo Directivo N° 483-2008-OS/CD de fecha 26 de junio de 2008, notificada el 10 de julio de 2008, se declaró que carecía de objeto pronunciarse por el recurso de apelación presentado por VOLCAN COMPAÑIA MINERA S.A.A. contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Minera N° 005-2008-OS/GFM.

Por lo expuesto, considerando que de conformidad con el artículo 214° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, los recursos impugnativos se ejercitan una sola vez, al haberse declarado que carece de objeto pronunciarse por el recurso de apelación contra la medida cautelar, corresponde desestimar el



cuestionamiento a dicha medida formulado con ocasión del recurso de apelación, más aún si se tiene en cuenta que el recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 002624, formulado el 4 de junio de 2008, no cuestionó la legalidad de la medida cautelar impuesta mediante de Resolución de Gerencia de Fiscalización Minera N° 005-2008-OS/GFM.

7. Respecto a la solicitud de nulidad del Informe N° 009-ES-2008-ACOMISA, cabe advertir que de conformidad con el numeral 11.1 del artículo 11° de la Ley N° 27444, los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos. Es el caso que en la apelación materia de pronunciamiento no se deduce la mencionada nulidad. Es más, si bien en el "primer otrosi digo" del escrito de descargos del 03 de junio de 2008 (Registro N° 1016584, folios 122 a 127) se hace mención a dicha solicitud, la misma únicamente señala que el Informe N° 009-ES-2008-ACOMISA *"contraviene el Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN y demás normas"*, pero no sustenta técnica y legalmente tal cuestionamiento, por lo tanto, carece de objeto efectuar mayor análisis.

Por todo lo expuesto, se corrobora que la administrada incumplimiento con la medida cautelar dispuesta en la Resolución de Gerencia de Fiscalización N° 005-2008-OS/GFM del 31 de marzo de 2008, previsto como infracción en la Resolución del Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD y la Resolución de Gerencia General N° 893-2008-OS-GG, debiendo confirmarse la sanción impuesta en el artículo 1° de la Resolución de Gerencia General N° 002624.

 De conformidad con lo dispuesto en el literal b) del artículo 9° de la Ley de creación de OSINERGMIN, Ley N° 26734, los artículos 1°, 17° y 18° de la Ley que transfiere las competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERGMIN, Ley N° 28964, y, el literal l) del artículo 52° del Reglamento General de OSINERGMIN, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM.

 SE RESUELVE:

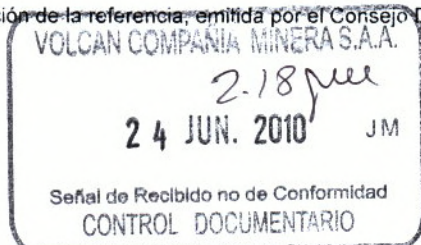
Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A., contra la Resolución de Gerencia General N° 002624 del 08 de mayo de 2009; por los fundamentos expuestos en la presente resolución; en consecuencia **CONFIRMAR** la misma en todos sus extremos.

Artículo 2°.- Declarar agotada la vía administrativa.


ALFREDO DAMMERT LIRA
Presidente del Consejo Directivo
OSINERGMIN

EXPEDIENTE N° : 041-08-MA/E
GERENCIA DE ORIGEN : Gerencia de Fiscalización Minera
MATERIA : Procedimiento Sancionador – Fiscalización Minera
APELANTE : VOLCAN COMPAÑIA MINERA S.A.A.
DIRECCIÓN : Av. Gregorio Escobedo N° 710, Of. 301, Res. San Felipe – JESUS MARIA
RESOLUCIÓN N° : 162-2010-OS/CD
FECHA DE APROBACIÓN: 18/06/2010
AGOTA LA VÍA ADMINISTRATIVA SI ☒ NO ☐

Cumplo con notificar la resolución de la referencia, emitida por el Consejo Directivo, para los fines que consideren pertinentes.



Arturo Renato Barraza Lescano
Secretario Técnico Adjunto
TASTEM

Persona que recibe:

Firma:

Nombres y Apellidos:

Destinatario



Parentesco:

Otros:

Documento de Identidad (L.E./D.N.I.):

Fecha de Recepción:

Hora:

Mensajero: