

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 508-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 18 de diciembre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201600129849 que contiene el recurso de apelación interpuesto por MINERA LAS BAMBAS S.A., representada por el señor Gonzalo García Muñoz Najar, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1975-2017 de fecha 13 de noviembre de 2017, mediante la cual se le sancionó con multa por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 1975-2017, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a MINERA LAS BAMBAS S.A., en adelante LAS BAMBAS, con una multa de 359.60 (trescientos cincuenta y nueve con sesenta centésimas) UIT por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM, en adelante RSSO, conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Infracción al artículo 335° del RSSO¹ Por no garantizar la estabilidad física del depósito de desmonte "Ferrobamba", al haberse detectado grietas longitudinales en la zona de descarga de desmonte (Huancarane N° 1) con riesgo de deslizamiento.	Numeral 11.4 del Rubro B ²	359.60 UIT
TOTAL		359.60 UIT³

¹ RSSO

Artículo 335.- Los residuos generados y/o producidos en la unidad minera como ganga, desmonte, relaves, aguas ácidas, escorias, entre otros serán, según el caso, almacenados, encapsulados o dispuestos en lugares diseñados para tal efecto hasta su disposición final, asegurando la estabilidad física y química de dichos lugares, a fin de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores.

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

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

Rubro B. Incumplimiento de normas técnicas de seguridad minera

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

11.4 Disposición de desechos y Manejo de Residuos

Base legal: Arts. 334°, 335° y 336° del RSSO.

Sanción: Hasta 10,000 UIT

³ Cabe precisar que para la determinación y graduación de las sanciones se consideraron los criterios, metodología y la probabilidad de detección que fueron aprobados por las Resoluciones de Gerencia General N° 035 y 256-2013, publicadas en el Diario Oficial El Peruano con fecha 03 de febrero de 2011 y 23 de noviembre de 2013, respectivamente.

Como antecedentes relevantes, cabe señalar los siguientes:

- 
- 
- a) Del 4 al 7 de julio de 2016, se llevó a cabo una visita de supervisión a la unidad minera "Ferrobamba" de titularidad de LAS BAMBAS⁴, a cargo de supervisores designados por OSINERGMIN.
 - b) Mediante Oficio N° 178-2017, notificado con fecha 16 de febrero de 2017, obrante a fojas 240 del expediente, se comunicó a LAS BAMBAS el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, debidamente sustentado en el Informe de Inicio de PAS N° 19-2017, otorgándole el plazo de siete (7) hábiles a fin que presente los descargos que correspondan.
 - c) Por escrito de registro N° 201600129849 de fecha 7 de marzo de 2017, LAS BAMBAS presentó sus descargos al procedimiento administrativo sancionador y solicitó el uso de la palabra.
 - d) A través de los Oficios N° 573-2017-OS-GSM y 574-2017-OS-GSM, notificados a LAS BAMBAS el 27 de setiembre de 2017, se remitió el Informe Final de Instrucción N° 1211-2017 y se citó para audiencia de informe oral, respectivamente.
 - e) Con escritos presentados el 4 y 12 de octubre de 2017, registrados por OSINERGMIN en el Expediente N° 201600129849, LAS BAMBAS remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción.
 - f) El 5 de octubre de 2017 se llevó a cabo el informe oral con la presencia de los representantes de LAS BAMBAS.
2. Mediante escrito de registro N° 201600129849, de fecha 5 de diciembre de 2017, LAS BAMBAS interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1975-2017, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto al incumplimiento al artículo 335º del RSSO

- a) LAS BAMBAS manifiesta su conformidad con lo indicado en el Informe Final de Instrucción respecto a la existencia de agrietamientos en la cresta del banco con posibilidad de deslizamiento de talud, toda vez que una grieta no evidencia disminución permanente del factor de seguridad (en adelante, FS), sino instantánea. El agrietamiento es una condición que requiere un análisis especializado, por tal motivo el Geotecnista cerró el subcomponente con la debida antelación (antes de la supervisión); sin embargo, la GSM no tomó en cuenta que los FS se encontraban y se encuentran actualmente por encima de los valores mínimos asumidos, hecho que fue confirmado por los supervisores y consta en su Informe (Cuadro N° 5-15 "Resumen de factores de seguridad - Depósito de desmonte Ferrobamba").

Asimismo, indica que existe doctrina que establece que el FS engloba la imprecisión tanto en las acciones como en las resistencias, los modelos de cálculo y la incertidumbre del error

⁴ La unidad minera "Ferrobamba" se encuentra ubicado en el distrito de Challhuahuacho, provincia de Cotabambas y departamento de Apurímac.

humano⁵; es decir, el FS es una relación entre fuerzas actuantes y fuerzas resistentes. La fuerza desestabilizadora más importante será el peso de la masa deslizante a la cual se le suman otras fuerzas, como las sobrecargas de estructuras o el empuje del agua en las grietas. La principal fuerza estabilizadora será la resistencia de corte del terreno en la superficie de deslizamiento.

Refiere que existen varias normas nacionales e internacionales ampliamente aceptadas en Perú en las que se regula el coeficiente de seguridad a emplear. La elección de dicho coeficiente debe realizarse considerando la temporalidad de la obra (provisional o definitiva) y la situación de cálculo (estática o sísmica)⁶.

Señala que para otro sector de la doctrina⁷ el FS es igual para todos los puntos a lo largo de la superficie de falla; por lo tanto, este valor representa un promedio del valor total en toda dicha superficie. Precisa que el término superficie de falla se utiliza para hacer referencia a una superficie en la cual podría ocurrir el deslizamiento o rotura del talud; sin embargo, ese deslizamiento no ocurre a lo largo de la superficie si es que el talud está bien diseñado, como el escaso del talud 1 del botadero Ferrobamba.

Por otra parte, menciona que “una definición del FS contra la falla de un talud”⁸ es la del valor resultante de dividir la resistencia al corte disponible del suelo a lo largo de una superficie crítica de deslizamiento con la resistencia al corte requerido para mantener el equilibrio.

Agrega que, es común en la práctica de la construcción de botaderos tener un FS cercano a 1, dependiendo de la temporalidad⁹, toda vez que para una condición permanente o final de botaderos, se tiene en cuenta un FS igual a 1.3. El valor mínimo del FS aceptable en una ladera depende de varias circunstancias asociadas al tipo de talud. En consecuencia, si aguas abajo o al pie del talud en cuestión no se tienen actividades con personas o infraestructura en “riesgo”, éste es nulo; y si el peligro es el deslizamiento, en el presente caso éste no ha ocurrido a más de un año después, por lo que las grietas no ameritarían la imputación de infracción alguna, siendo además que éstas no evidencian inestabilidad del sub componente, pues para ello existe el FS¹⁰.

De otro lado, LA BAMBAS señala que la GSM no evaluó de forma correcta los argumentos técnicos que presentó en relación a la definición de estabilidad física citada en el Informe Final de Instrucción N° 1211-2017 del 25 de setiembre de 2017¹¹, por lo que reitera los puntos siguientes a fin de que sean considerados en el presente caso.

⁵ La recurrente cita lo siguiente: “Estabilidad de Taludes; Conceptos Básicos, Parámetros de Diseño y Métodos de Cálculo - Ricardo Valiente Sanz, Salvador Sobrecases Martí y Aníbal Díaz Orrego”.

⁶ Adjunta tabla con la recopilación de los factores según diferentes normativas (foja 731 del Expediente).

⁷ La recurrente cita lo siguiente: “Cálculo del Factor de Seguridad de un Talud - Jaime Suarez Díaz”.

⁸ La recurrente cita lo siguiente: “Geotecnia para el Trópico Andino - Carlos Enrique Escobar Potes”.

⁹ LAS BAMBAS indica como temporalidad la información derivada de los análisis realizados por la empresa consultora Anddes Asociados S.A.C. (en adelante, ANDDES) en el año 2017.

¹⁰ FS>1, según el estudio de ANDDES (2017).

¹¹ Decreto Supremo N° 033-2005-EM - Reglamento para el cierre de minas
Artículo 7.- Definiciones

Para los efectos del presente Reglamento se adoptan las definiciones contenidas en el artículo 2 del Título Preliminar del Reglamento para la Protección Ambiental en las Actividades Minero Metalúrgicas, aprobado por Decreto Supremo N° 016-93-EM y sus respectivas modificatorias, siempre que no se opongan a lo dispuesto en el presente artículo:
(...)

RESOLUCIÓN N° 508-2018-OS/TASTEM-S2

En Geotecnia “comportamiento estable” implica mantener el FS en un rango mayor a 1, siendo importante precisar que el área de acceso del botadero Ferrobamba (Huancarane N° 1) mantuvo dicho FS al momento de la adopción de la medida de seguridad, la supervisión y hasta la fecha de presentación del recurso de apelación, de conformidad con el estudio de ANDDES¹². Sin embargo, estos argumentos técnicos no han sido refutados por la GSM.

Los supervisores no verificaron los instrumentos de LAS BAMBAS¹³ ni utilizaron herramientas de medición propias para determinar que el talud estaba en velocidad de colapso y constituía un potencial peligro en caso sea operado nuevamente. Al respecto, los datos registrados por LAS BAMBAS revelan velocidades milimétricas y en la actualidad sub-milimétricas que no representan peligro alguno dado que estos valores son insignificantes, tomando en cuenta la escala de construcción del botadero, por lo que se concluye que nunca existió peligro.

Respecto al concepto de “desplazamiento”, en el ámbito de la Geotecnia éste implica un rango de tolerancia máximo de 2mm/h. En el presente caso, el área de acceso al botadero Ferrobamba (Huancarane N° 1) se mantiene dentro de dicho rango, conforme a los monitoreos efectuados del 8 al 12 de marzo y del 20 de abril al 1 de junio de 2017, cuyos resultados obran de fojas 625 al 630 del expediente.

La definición legal de estabilidad física citada en el Informe Final de Instrucción N° 1211-2017 hace referencia a una condición que tiene como finalidad evitar el riesgo de accidentes o contingencias. Al respecto, las definiciones del RSSO¹⁴ distinguen entre peligro y riesgo, donde este último se encuentra en un estadio posterior a la identificación del peligro. En el caso concreto su representada actuó alertada por la posibilidad de peligro, evitando la materialización del riesgo de deslizamiento.

El deslizamiento técnicamente representa un desplazamiento mayor a 2mm/h, lo cual no se ha dado en el presente caso, toda vez que en campo se constató que los desplazamientos no han llegado a la velocidad de colapso y son estables hasta la actualidad, por lo que el potencial de peligro nunca existió.

Lo anterior se condice con el Acta de Supervisión del 13 y 14 de octubre de 2017, donde se concluyó que las actividades siguen paralizadas y que la zona no ha colapsado. La prolongada paralización de actividades del componente puede resultar más bien peligrosa, toda vez que se debe continuar con la construcción una vez el material segregue y se densifique, lo que es

7.8. Estabilidad física: Comportamiento estable en el corto, mediano y largo plazo de los componentes o residuos mineros frente a factores exógenos y endógenos, que evita el desplazamiento de materiales, con el propósito de no generar riesgos de accidentes o contingencias para el ambiente y para la integridad física de personas y poblaciones y de las actividades que éstas desarrollan.

¹² El FS en el estudio de ANDDES es de 1.1, lo cual es aceptable bajo condiciones constructivas, toda vez que para condiciones permanentes el FS es de 1.3.

¹³ LAS BAMBAS adjunta la figura denominada “Vista actual del talud acceso 1 y monitoreo de estabilidad física (al 04-Oct-2017), cuya nota al pie indica que “el riesgo geotécnico” fue controlado antes (16-06-16) de la supervisión del OSINERGMIN (04-07-16). Más de un año después se evidencia que la deformación ha alcanzado valores muy bajos y no existe deslizamientos inminentes ni potencial de estos, es decir el peligro de deslizamiento nunca existió bajo esta configuración”.

¹⁴ RSSO

Artículo 7.- Las siguientes definiciones se aplican al presente reglamento:

(...)

Peligro

Todo aquello que tiene potencial de causar daño a las personas, equipos, procesos y ambiente.

(...)

Riesgo

Es la combinación de probabilidad y severidad reflejados en la posibilidad de que un peligro cause pérdida o daño a las personas, a los equipos, a los procesos y/o al ambiente de trabajo.

acorde con las recomendaciones que los supervisores dejaron en la supervisión de octubre de 2017.



Adicionalmente, reitera que la GSM no ha demostrado con las mediciones respectivas la reducción del FS a niveles tales que permitan concluir irrefutablemente la existencia de inestabilidad del componente.

Finalmente, indica que para la División de Supervisión de Gran Minería la estabilidad física implica una situación de seguridad estructural que se logra a través de la adopción de medidas destinadas a mejorar la resistencia de dicha infraestructura, así como la reducción de las fuerzas susceptibles de desestabilizarla. Al respecto, han quedado acreditadas las medidas que su representada efectuó para cumplir dicho fin, por lo cual la GSM no puede imponerle una sanción, puesto que ha actuado en cumplimiento del deber legal de velar por la seguridad de su personal.

- b) LAS BAMBAS señala que hasta la fecha, considerando la época de lluvias, la zona paralizada no ha sufrido lo que en términos geotécnicos se denomina deslizamiento por pérdida súbita o brusca de resistencia; es decir, no ha existido peligro alguno, pues el sub componente mantuvo siempre, incluso al momento de la supervisión, un FS mayor a 1, lo que es mundialmente considerado aceptable para etapas temporales en la práctica de la ingeniería geotécnica minera¹⁵.



Manifiesta que, a la luz de las mediciones efectuadas, en su afán de evitar cualquier posibilidad de riesgo o peligro, adoptó la medida de suspensión de actividades del sub componente depósito de desmonte, *ex ante* y no *ex post*, dado que, de acuerdo a las mediciones instrumentales efectuadas, el FS nunca estuvo a niveles considerados inestables, siendo que ni los supervisores, ni OSINERGMIN han demostrado objetivamente lo contrario. Adicionalmente, refiere que construyó bermas de seguridad para evitar el acceso y operación del componente, lo cual fue corroborado por los supervisores, no habiéndose generado desplome ni deslizamiento alguno.

Sobre el particular, indica que la GSM sostiene que la empresa ha dispuesto (mas no ejecutado) la suspensión de actividades del depósito y que ello constituye una acción *ex post* que denota que no se tomaron medidas de prevención para mantener estable el componente, siendo acciones *ex ante*, por ejemplo, el cumplimiento integral del diseño considerado en la "Ingeniería de Detalle Botadero Ferrobamba", el cual consideraba, entre otros aspectos, la construcción de un contrafuerte al pie del depósito con el objetivo de "estabilizar y facilitar el proceso constructivo", componente que no estaba construido al momento de la supervisión.

En relación con lo expuesto, manifiesta su total disconformidad y rechazo, toda vez que no es cierto que no hubiese ejecutado la suspensión de actividades, la cual incluso actualmente se mantiene. Además, la GSM se equivoca al indicar que la suspensión de actividades es una acción *ex post*, puesto que este tipo de acciones son aquellas que son efectuadas después de un hecho y en este caso el hecho es garantizar la seguridad de los trabajadores evitando el deslizamiento del componente, el cual hasta la fecha no ha ocurrido debido a que la empresa ha cumplido fielmente su deber legal.

¹⁵ Ref A: Hawley, M. & Cunning, J. (2017), Guidelines for Mine Waste Dump and Stockpile Design. CRC Press Taylor & Francis Group, Baikema Book, Vancouver, Cañada, 622 pages. Y Ref B: Fourie, A (2008), Rock Dumps. ACG Australian Centre for Geomechanics, Perth, Australia, 289 pages.



De igual forma, sobre el ejemplo de acción *ex ante* que la GSM menciona, la administrada indica que el estudio "Ingeniería de Detalle Botadero Ferrobamba" propone una medida de seguridad, lo cual no implica que dicha propuesta se deba a un potencial peligro para los trabajadores. Sin perjuicio que las acciones de su representada fueron *ex ante*, las conclusiones a las que llega el referido estudio son simplemente recomendaciones y sugerencias que se podían tomar en cuenta o en su caso realizar acciones similares que contribuyan al mismo fin, siendo esto último lo que LAS BAMBAS ha venido realizando.

En consecuencia, la GSM no puede considerar aquella recomendación como si fuera la única posibilidad que existiera, más aún si LAS BAMBAS ha mantenido y asegurado la estabilidad física de la zona paralizada, como puede verse de las notas técnicas que obran en el expediente y del Acta de Supervisión del 13 y 14 de octubre de 2017.

- c) LAS BAMBAS señala que la resolución de sanción no ha precisado aquellos aspectos que sustentan su pronunciamiento respecto a que existió riesgo, a pesar que contradice las mediciones técnicas realizadas por su representada con sofisticada instrumentalización que evidencian la existencia y mantenimiento de un FS en el depósito de desmonte Ferrobamba. En ese sentido, en el desarrollo y resolución del presente procedimiento administrativo sancionador se ha incumplido el Lineamiento XI del TASTEM¹⁶, toda vez que no se ha detallado y/o ejecutado lo siguiente:

- La realización de mediciones que contradigan los resultados geotécnicos demostrados por LAS BAMBAS.
- Lugar donde se realizó la medición.
- Fecha y hora del muestreo.
- Identificación del instrumento de medición utilizado y su estado de operación, así como la presentación del Certificado de Calibración correspondiente.
- Técnica o método que incluya una breve descripción de la medición realizada.
- Resultado obtenido.



Sobre la vulneración al Principio de Tipicidad

- d) La administrada señala que OSINERGMIN pretende imputarle una infracción al artículo 335° del RSSO supuestamente "por no garantizar la estabilidad física del depósito de desmonte Ferrobamba, al haberse detectado grietas longitudinales en la zona de descarga de desmonte (Huancarane N° 1) con riesgo de deslizamiento", la cual se encuentra tipificada y resulta sancionable conforme al numeral 11.4 del Rubro B del Cuadro de Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD (en adelante, Cuadro de Infracciones). Sin embargo, dicha norma no menciona como conducta

¹⁶ LAS BAMBAS cita el Lineamiento XI, aprobado por Resolución de Sala Plena del Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería N° 001-2016-OS-STOR-TASTEM, publicada el 5 de noviembre de 2016, relativo a la "suficiencia probatoria en las infracciones relativas a magnitudes físicas", el cual señala:

"El TASTEM declarará la nulidad por contravención al Principio del Debido Procedimiento por falta de motivación adecuada de una resolución de sanción, cuando la infracción por incumplimiento de magnitudes medibles establecidas legalmente, no tenga como sustento un Acta de Supervisión en la que se consignen los medios probatorios de los que se verifique el lugar donde se realizó la medición, la fecha y hora del muestreo, la identificación del Instrumento de medición utilizado, su estado de operación, la técnica de medición empleada en función a la magnitud física a verificar y el resultado obtenido".

Asimismo, cita el fundamento 9 la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0091-2005-PA/TC, que señala:

"(...) el derecho a la motivación de las resoluciones administrativas es de especial relevancia. Consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de todo administrado a que las sentencias estén motivadas, es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican. La motivación de la actuación administrativa, es decir, la fundamentación con los razonamientos en que se apoya, es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos, imponiéndose las mismas razones para exigirla tanto respecto de actos emanados de una potestad reglada como discrecional. (...)".

sancionable el hecho de no garantizar la estabilidad física del depósito de desmonte Ferrobamba y mucho menos este depósito califica como un almacén, taller de mantenimiento, o un depósito de concentrados y refinados.

En tal sentido, no se cumple con el Principio de Tipicidad¹⁷, toda vez que el Cuadro de Tipificación no contempla de manera explícita como conducta infractora el aseguramiento de la estabilidad física y química de dichos lugares, por lo que solicita que se revoque lo resuelto por la GSM y se proceda al archivamiento del procedimiento administrativo sancionador.

Sobre la vulneración al Principio de Presunción de Licitud

- e) LAS BAMBAS indica que se le sanciona por un supuesto "(...) riesgo de deslizamiento" que hasta la fecha no se ha producido y además no ha sido probado por OSINERGMIN mediante elementos técnicos como los presentados por su representada. Las referencias realizadas por OSINERGMIN no constituyen medios probatorios y contravienen el Principio de Verdad Material, en este caso, de verdad técnica.

En ese sentido, al no existir certeza del incumplimiento, de acuerdo al Principio de Presunción de Licitud¹⁸, debe revocarse lo resuelto por la GSM y archivar el presente procedimiento administrativo sancionador.

Respecto a la eximente de responsabilidad

- f) LAS BAMBAS indica que diligentemente paralizó las actividades de la zona como medida preventiva, con el afán de garantizar la seguridad de los trabajadores y/o colaboradores, de acuerdo a la finalidad del artículo 355° del RSSO, supuestamente infringido, garantizando a la fecha la estabilidad del componente, sin que se haya producido deslizamiento alguno.

¹⁷ 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.

Asimismo, la recurrente cita a Morón Urbina, Juan Carlos, en Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, conforme a lo siguiente: "En ese sentido, la norma legal debe describir específica y taxativamente todos los elementos de la conducta sancionable, reduciendo la vaguedad del enunciado sancionable de modo que tanto el administrado como la Administración prevean con suficiente grado de certeza lo que constituye el ilícito sancionable." (Subrayado es de la recurrente)

¹⁸ 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:

(...)

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

Respecto a la presunción de inocencia, LAS BAMBAS cita a Morón Urbina, Juan Carlos, en Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, conforme a lo siguiente: "La presunción solo cederá si la entidad puede acopiar evidencia suficiente sobre los hechos y su autoría, tener seguridad que se han producido todos los elementos integrantes del tipo previsto, y un razonamiento lógico suficiente que articule todos estos elementos formando convicción. Esto implica que el administrado tenga certeza de no ser sancionado sino en virtud de pruebas que generen convicción sobre la responsabilidad del administrado y siempre que hayan sido obtenidas legítimamente. Un administrado no puede ser sancionado sobre la base de una inferencia, una sospecha, por más razonable o lógica que pueda ser el planteamiento mental seguido por la autoridad".



En ese sentido, ha actuado en estricto cumplimiento de un deber legal, por lo que no cabe la imposición de sanción alguna, toda vez que su actuación califica como una eximente de responsabilidad, en aplicación del literal b) del inciso 1 del artículo 255° del T.U.O. de la Ley N° 27444¹⁹.

Respecto a la determinación de la sanción

- g) La administrada refiere que OSINERGMIN no ha indicado de forma clara por qué considera que las fuentes que sirven para sustentar los criterios de imposición de multa cumplen con el requisito de publicidad consagrado en la Constitución²⁰. Además, indica que consignar una pieza ilegible en el expediente (no difundida como estándar para casos similares) no implica en modo alguno que se haya cumplido con el Principio de Publicidad²¹.

Al respecto, se observa en la nota 23 de la Resolución de Gerencia de Fiscalización Minera N° 2150-2015 de 10 de setiembre de 2015 (Expediente N° 201300078893 referido al procedimiento administrativo sancionador iniciado a TyR Construcciones y Servicios S.A.C.) que lacónicamente se ha señalado que el Salary Pack es un producto que Price Waterhouse Coopers (PwC) proporciona a la Gerencia de Talento Humano de OSINERGMIN, el cual recoge los estudios de sueldos y salarios anuales de los principales sectores económicos, expresados en nuevos soles a febrero de 2015; es decir, es un documento de exclusivo conocimiento de dicha entidad.

Sobre el particular, manifiesta que son derechos de los administrados que las actuaciones de las entidades que les afecten sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible. En ese sentido, la indicación de que todas las fuentes utilizadas se encuentran en el dominio público contraviene el derecho de defensa dado que aquellas no constan en el expediente y deben ser ubicadas por el propio administrado, restándole tiempo a los plazos perentorios otorgados para su defensa. Los documentos que se agregan al expediente deben incluirse mediante mandato notificado al administrado.

De acuerdo al numeral 6.2 del artículo 6° del T.U.O. de la Ley N° 27444, la motivación del acto administrativo se sustenta en lo que obra en el expediente y en lo notificado al administrado. El hecho de obligar al interesado a realizar una indagación fuera de lo obrante en el expediente y lo debidamente transcrito y notificado no es garantía de publicidad ni debida motivación.

¹⁹ T.U.O. de la Ley N° 27444

Artículo 255.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

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

(...)

b) Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa.

(...)

²⁰ Constitución Política del Perú

Artículo 51.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

²¹ Respecto al Principio de Publicidad, LAS BAMBAS cita los fundamentos 17 y 18 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 01514-2010-PA/TC, que señalan: "...En ese sentido este Tribunal considera que la infracción o inobservancia del principio de publicidad de la norma que se ha constatado en el procedimiento disciplinario de autos ha ocasionado una afectación del derecho al debido proceso del recurrente. En efecto, el derecho al debido proceso garantiza, entre otros aspectos, que el procedimiento se lleve a cabo con la estricta observancia de los principios constitucionales que constituyen la base y límite de la potestad disciplinaria, tales como el principio de publicidad de las normas. Estos principios garantizan presupuestos materiales que todo procedimiento debe satisfacer plenamente, a efecto de ser reputado como justo y, en tal sentido, como constitucional. Por ello, un procedimiento en el que se haya infringido alguno de estos principios implica una lesión del derecho al debido proceso. (...) La publicación de una norma constituye condición sine qua non de su propia vigencia, de modo que la sanción en base a una norma no publicada equivale a una sanción sustentada en una norma no vigente, esto es, en base a una norma que no existe en el ordenamiento Jurídico".



Sobre lo indicado, alega que las piezas consignadas por OSINERGMIN en el Expediente a fojas 530, 530 vuelta y 531 son ilegibles, y de lo poco que se puede leer se observa, por ejemplo, que el presupuesto se refiere al recrecimiento de un depósito de relaves N° 2 y 3 de la concesión de beneficio "Cosinsa" y a un Pad recargable de la concesión de beneficio "Minaspampa", sin que se notifique las condiciones de dicho depósito de relaves ni se justifique por qué se considera aplicable y adecuado al caso concreto y finalmente sin haber remitido los antecedentes, dimensiones y condiciones tanto del suelo como del relave que es un material totalmente distinto al desmonte materia del presente procedimiento administrativo sancionador.

Adicionalmente, refiere que la búsqueda de la información pública sobre "Concentradora Cosinsa" no incluye ningún presupuesto, sino la Resolución Directoral N° 0052-69-EM/DGM y el Informe N° 444-99-EM-DGM/DPDM; más aún, la búsqueda en la página web del MINEM sobre la concesión Minaspampa no arroja resultados.

Asimismo, la Resolución N° 053-2016-OS/TASTEM-S2, citada en la resolución materia de impugnación y cuya copia no ha sido notificada con dicho acto administrativo, no se encuentra disponible en la página web de OSINERGMIN, lo que la obliga a efectuar una gestión adicional: obtenerla acudiendo a las oficinas de esta entidad.



Lo expuesto en los párrafos precedentes se sustenta en el numeral 25.2 del artículo 25° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN²², aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD.

Ahora bien, la observancia del Principio de Predictibilidad²³ en la actuación administrativa involucra que las autoridades entreguen información de cada procedimiento que reúna tres cualidades: información cierta, información completa e información confiable, con el objetivo claro de generar en los administrados la expectativa razonablemente fundada sobre cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho y no haya incertidumbre sobre la manera en que será tramitada y resuelta la situación sometida a la decisión gubernativa.

En el presente caso, resulta evidente la falta de certeza de LAS BAMBAS sobre la utilización de las fuentes al caso concreto y si las mismas serán aplicadas en un caso semejante, por lo que OSINERGMIN ha vulnerado el Principio de Predictibilidad, toda vez que en su calidad de

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

Artículo 25.- Graduación de multas

(...)

25.2 Con fines de predictibilidad, el órgano sancionador aprueba Lineamientos para la aplicación de los mencionados criterios de graduación de sanciones. El órgano revisor puede apartarse de dichos Lineamientos con el debido sustento y, de considerarlo, aprobar Precedentes de Observancia Obligatoria. En ambos casos, dichos órganos deberán requerir previamente un informe a la Gerencia de Políticas y Análisis Económico y a la Gerencia de Asesoría Jurídica. Los Lineamientos y Precedentes se publican en el diario oficial El Peruano.

²³ T.U.O. de la Ley N° 27444

Título Preliminar

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima.- La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.

administrada no tiene certeza de cómo validar la propuesta y los criterios de gradualidad de la sanción utilizados.



Además, la identificación de fuentes, así como los criterios de utilización y justificación de su aplicación deben encontrarse disponibles al momento del inicio del procedimiento administrativo sancionador para el administrado, de conformidad con el inciso 3) del artículo 252° del T.U.O. de la Ley N° 27444 que exige que se notifique a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, entre otros.

En ese sentido, solicita que el TASTEM, sin perjuicio de reconocer que LAS BAMBAS no ha incurrido en infracción alguna, desestime la aplicación de las fuentes utilizadas y cuestionadas en el cálculo de multa, revocando lo resuelto por la GSM en ese extremo.

Otros argumentos adicionales

h) LAS BAMBAS refiere que en virtud de lo establecido en el artículo 170° del T.U.O. de la Ley N° 27444, se reserva el derecho de ampliar los argumentos expuestos en su recurso de apelación. Asimismo, al amparo del artículo 33° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, solicita el uso de la palabra.

3. A través del Memorandum N° GSM-484-2017, recibido el 12 de diciembre de 2017, la GSM remitió a la Sala 2 del TASTEM el expediente materia de análisis.



ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre el incumplimiento al artículo 335° del RSSO y el Principio de Presunción de Licitud

4. En cuanto a los argumentos contenidos en los literales a), b), c) y e) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde señalar que el artículo 335° del RSSO establece que “los residuos generados y/o producidos en la unidad minera como ganga, desmonte, relaves, aguas ácidas, escorias, entre otros serán, según el caso, almacenados, encapsulados o dispuestos en lugares diseñados para tal efecto hasta su disposición final, asegurando la estabilidad física y química de dichos lugares, a fin de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores”.

En el presente caso, en la visita de supervisión realizada del 04 al 07 de julio de 2016 a la Unidad Minera “Ferrobamba”, se verificó que LAS BAMBAS no garantizaba la estabilidad física del depósito de desmonte “Ferrobamba”, al haberse detectado grietas longitudinales en la zona de descarga de desmonte (Huancarane N° 1) con riesgo de deslizamiento, hecho que consta en el ítem N° 2 del Acta de Supervisión del 07 de julio de 2016 obrante a foja 3 del Expediente, suscrita por los supervisores de OSINERGMIN y los representantes de la administrada, así como en los registros fotográficos N° 12 y 13 (donde se observan las grietas) y el Informe Geotécnico “Ingeniería de Detalle Botadero Ferrobamba” de diciembre de 2015 emitido por la empresa Anddes, obrantes a fojas 12, 13 y del 524 al 528 del Expediente.

Adicionalmente, cabe indicar que en la Sección “Observaciones adicionales” de dicha Acta (foja 4 del Expediente) LAS BAMBAS indicó lo siguiente: “*se ha paralizado el sub componente denominado Huancarane N° 1 el 17 de junio de 2016, conforme al artículo 26° inciso s del Decreto Supremo N° 055-2010-EM, por considerar un riesgo a la seguridad del referido sub componente. Se adjunta el reporte diario de geotecnia como evidencia al sistema de control*”.

El inciso s) del artículo 26° del RSSO establece que es obligación del titular minero “suspender las operaciones en las áreas que presenten riesgos a la seguridad e integridad de los trabajadores o que no cuenten con autorización de la autoridad competente”.

De lo indicado, se concluye que la propia administrada reconoció en la supervisión la existencia de un riesgo a la seguridad en el depósito de desmonte Ferrobamba zona Huancarane N° 1. Sin embargo, es preciso señalar que si bien en el reporte diario de campo se menciona que el acceso a la zona Huancarane N° 1 está cerrado, los supervisores de OSINERGMIN in situ verificaron que dicho acceso estaba parcialmente cerrado, observándose huellas frescas de actividad operacional y acumulación de material, conforme consta en el registro fotográfico N° 17 (foja 14) y el numeral 5.1.3 del Informe de Supervisión (foja 208).

En ese sentido, se evidencia que las operaciones en la zona no estaban paralizadas como la administrada alega, siendo que en la supervisión esta entidad dispuso la medida de seguridad de paralización de la zona de apilamiento Huancarane N° 1, por lo que si actualmente dicha área se encuentra paralizada no es por la acción voluntaria de la administrada, sino por la medida dispuesta por OSINERGMIN.

Ahora bien, de la revisión del Análisis de Estabilidad contenido en el Informe Geotécnico “Ingeniería de Detalle Botadero Ferrobamba” de diciembre de 2015, se observa que el factor de seguridad estático presenta un valor superior a 1.5 (factor de seguridad mínimo requerido para análisis estático a largo plazo) considerando el diseño de un contrafuerte al pie del depósito de desmonte, a fin de estabilizar y facilitar su proceso constructivo. En ese sentido, los resultados de estabilidad del depósito fueron obtenidos contemplando la existencia de un contrafuerte, componente que finalmente no fue instalado en el Depósito, conforme se constató en la visita de supervisión del 04 al 07 de julio de 2016.

De otro lado, de conformidad con el artículo 7° del RSSO, “Peligro” es “todo aquello que tiene potencial de causar daño a las personas, equipo, procesos y ambiente” y riesgo “es la combinación de probabilidad y severidad reflejados en la posibilidad de que un peligro cause pérdida o daño a las personas, a los equipos, a los procesos y/o al ambiente de trabajo”.

Al respecto, técnicamente las grietas longitudinales se producen como resultado de la tensión en el suelo superficial que excede la resistencia de tracción del suelo; siendo importante señalar que la sola observación de dichas grietas en la visita de supervisión no ha determinado que se concluya que hay un riesgo de deslizamiento en el depósito.

Así, conforme consta en el Acta de Supervisión, frente a la observación realizada por OSINERGMIN sobre la existencia de grietas en el depósito de desmonte Ferrobamba zona Huancarane N° 1 con peligro de deslizamiento del talud, LAS BAMBAS manifestó claramente que había paralizado el componente por considerar un riesgo a la seguridad del mismo; es decir, la propia administrada ante los hechos constatados refiere que sí había detectado la existencia de un riesgo. Aunado a ello, en el Informe Geotécnico de Anddes de diciembre de 2015 (7 meses antes de la supervisión) se concluyó que a largo plazo el depósito permanecería estable con la construcción de un contrafuerte al pie del depósito de desmonte. Sin embargo, a la fecha de supervisión, se constató que la sección Huancarane N° 1 había alcanzado el nivel de almacenamiento de 4,166.86 msnm; es decir, muy cerca al nivel máximo de almacenamiento autorizado por la DGM (4270 msnm) para el depósito, pero aún no se había instalado el referido contrafuerte o, en su caso, realizado alguna otra acción para estabilizar el componente.



Las grietas longitudinales en el depósito de desmonte zona Huancarane N° 1 que se encontraba casi a su nivel máximo de almacenamiento califican como un peligro cuyo riesgo es el deslizamiento en virtud a que justamente en la supervisión se constató que dicho peligro no estaba controlado, al no haberse instalado el contrafuerte que tenía por objetivo que el componente fuera estable, ni tampoco fue realizada otra acción para garantizar la estabilidad del componente, en su caso. Asimismo, el hecho que materialmente no ha ocurrido el deslizamiento, como la administrada afirma, no implica que el riesgo no exista, ya que lo único que no ha acaecido es el evento, permaneciendo el riesgo.

Adicionalmente, cabe mencionar que LAS BAMBAS no ha presentado medio probatorio alguno que acredite que el depósito de desmonte Ferrobamba zona Huancarane N° 1 era estable físicamente. Al respecto, el Informe Geotécnico de Anddes de 2015 contiene resultados de estabilidad considerando el contrafuerte (inexistente en el depósito); por lo tanto, dichos resultados no revelan las reales condiciones del componente al momento de la supervisión.

Asimismo, cabe mencionar que las Notas Técnicas obrantes en el expediente correspondientes a los años 2016 y 2017, remitidos por la administrada durante el trámite del procedimiento administrativo sancionador, no constituyen documentos que acrediten fehacientemente que el depósito de desmonte Ferrobamba sea físicamente estable, siendo más bien que indican que el FS debe alcanzar al menos el valor de 1.3, así como detallan las labores que la administrada realizará para estabilizar el componente.



En adición a ello, en el Informe Final Ingeniería de Detalle Talud Ferrobamba 1 de marzo de 2017, elaborado por Anddes, presentado por la administrada en su escrito de descargos del 07 de marzo de 2017, se concluyó que “los resultados del análisis para la condición actual presentan un FS de 1,05, el que indica que el talud presenta un potencial peligro de deslizamiento con un factor de seguridad ligeramente mayor a 1,0, por lo tanto, se recomienda no descargar desmonte en el talud y no realizar trabajos en la parte baja de la quebrada Huancarane. Para volver a descargar desmonte en Ferrobamba 1 se requiere que el talud presente por lo menos un factor de seguridad de 1,30”. (sic) Por lo tanto, estos resultados tampoco acreditan que el componente sea físicamente estable, siendo además que el Informe es de fecha posterior a la supervisión, por lo que no desvirtúa el incumplimiento constatado en dicho momento.

A mayor abundamiento, en el Informe de Anddes de 2017 se indicó que “los criterios para definir los factores de seguridad fueron desarrollados por US Army Corps of Engineer, y fueron propuestos para presas de agua, excavaciones y taludes naturales donde las propiedades del suelo han sido completamente estudiadas. Los criterios definidos representan la práctica convencional para determinar los factores de seguridad que garantizan la estabilidad de un talud, los mínimos factores de seguridad recomendados para taludes temporales es 1,3 y para taludes a largo plazo 1,5”.

Al respecto, en la práctica internacional se recomienda la utilización de los factores de seguridad mínimos de 1,3 para el análisis de estabilidad a corto plazo y de 1.5 para el análisis a largo plazo, lo cual ha sido aplicado por Anddes tanto en el Informe del año 2017 como en el del año 2015, ambos elaborados para LAS BAMBAS.

Ahora bien, en el supuesto indicado por la administrada sobre que el factor mínimo de seguridad aceptable a corto plazo es 1, es importante precisar que no ha presentado análisis de estabilidad alguno que evalúe el depósito de desmonte Ferrobamba zona Huancarane N° 1, tomando dicho valor como factor mínimo aceptable en Geotecnia (según afirma), y se obtenga como resultado

que el componente es físicamente estable, siendo que el resultado de 1.05 del Informe de Anddes de 2017 se obtuvo de un estudio que consideró el factor de seguridad de 1.3 y no el de 1.



Adicionalmente, en relación a lo alegado por LAS BAMBAS respecto a que técnicamente un deslizamiento implica un desplazamiento mayor a 2mm/h y que el depósito se ha mantenido dentro de dicho rango, cabe mencionar que los medios probatorios presentados corresponden a marzo y abril de 2017; es decir, comprenden a mediciones realizadas con posterioridad a la visita de supervisión (julio de 2016) y que no muestran la velocidad de desplazamiento que existió en dicho momento, por lo que no podrían desvirtuar el incumplimiento verificado en la fiscalización.

Por otro lado, cabe mencionar que el Lineamiento aprobado por el TASTEM en la Resolución de Sala Plena N° 001-2016-OS-STOR-TASTEM, publicada el 05 de noviembre de 2016, se relaciona a la suficiencia probatoria en las infracciones relativas a magnitudes físicas, lo cual no se aplica al presente caso, toda vez que no se ha imputado a LAS BAMBAS el incumplimiento de una obligación referida a cumplir con un determinado parámetro de medición, respecto del cual claramente se requiere la realización de una medición por parte de la Supervisión a fin de acreditar la infracción, sino más bien se ha imputado el hecho de que la administrada no ha asegurado la estabilidad física del depósito de desmonte Ferrobamba zona Huancarane, conforme exige el artículo 335° del RSSO, deber cuyo cumplimiento no está sujeto a parámetro de medición alguno.



De lo indicado, de conformidad con el Principio de Verdad Material, regulado en el numeral 1.11 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, modificado por Decreto Legislativo N° 1272, “en el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones”.

Asimismo, de conformidad con el Principio de Presunción de Licitud, previsto en el numeral 9 del artículo 230° de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, “las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario”.

En el presente caso, de conformidad con lo expuesto en el presente numeral, se ha acreditado que LAS BAMBAS incumplió la obligación establecida en el artículo 335° del RSSO, al no haber garantizado la estabilidad física del depósito de desmonte Ferrobamba zona Huancarane N° 1; por lo tanto, la resolución de sanción fue emitida de conformidad con los Principios de Verdad Material y de Presunción de Licitud.

En igual sentido, en concordancia con el Principio de Debido Procedimiento, regulado en el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la citada ley²⁴, se ha verificado que la resolución impugnada ha sido debidamente motivada, conforme se constata en su numeral 4.2, que detalla los fundamentos que determinaron la determinación de responsabilidad de LAS BAMBAS y se

²⁴ Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272

Título Preliminar

“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

(...)”

1.2. Principio del Debido Procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo”.

evaluaron los descargos presentados, de conformidad con la normativa vigente.

Por lo tanto, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación interpuesto por LAS BAMBAS.

Sobre la supuesta vulneración al Principio de Tipicidad

5. Respecto a lo indicado en el literal d) del numeral 2 de la presente resolución corresponde señalar que, de acuerdo al Principio de Tipicidad, previsto en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, 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 vía reglamentaria²⁵.

En el presente caso se imputó a LAS BAMBAS por la infracción tipificada en el numeral 11.4 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD, tal como se advierte en el Oficio N° 178-2017, notificado con fecha 16 de febrero de 2017, mediante el cual se le comunicó el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, obrante a fojas 240 del Expediente.

Al respecto, se constata que el hecho verificado durante la supervisión e imputado en el presente procedimiento sí se subsume en la conducta típica descrita en el numeral 11.4 del Rubro B del Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional aprobado por la Resolución N° 286-2010-OS/CD, conforme a lo siguiente:

HECHO	TIPIFICACIÓN
Por no garantizar la estabilidad física del depósito de desmonte Ferrobamba, al haberse detectado grietas longitudinales en la zona de descarga de desmonte (Huancarane N° 1) con riesgo de deslizamiento.	Rubro B: Incumplimiento de Normas Técnicas de Seguridad Minera 11. Incumplimiento de normas de almacenes, talleres de mantenimiento, depósitos de concentrados y refinados. 11.4. Disposición de desechos y manejo de residuos Base legal: artículo 335° del RSSO Sanción: hasta 10,000 UIT

Del cuadro anterior, se observa que la obligación cuya inobservancia se ha imputado a LAS BAMBAS se encuentra prevista en el artículo 335° del RSSO, que constituye una norma referida al almacenamiento para la disposición de residuos como los desmontes en lugares respecto de los

²⁵ Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272

"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.- 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 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."



cuales el titular minero debe asegurar su estabilidad física y química. En ese sentido, califica como una norma vinculada al almacenamiento para la disposición de desechos y manejo de residuos cuyo incumplimiento se encuentra previsto como infracción sancionable en el Cuadro de Tipificación citado.

Por lo indicado, el hecho imputado referido a que LAS BAMBAS no aseguró la estabilidad física del depósito de desmonte Ferrobamba zona Huancarane sí se subsume en el supuesto de hecho establecido como infracción sancionable en el mencionado numeral 11.4 (incumplimientos a las normas sobre almacenamiento para disposición de desechos y manejo de residuos), siendo además que el artículo 335° del RSSO cuyo incumplimiento se le ha imputado constituye la base legal de dicho numeral.

Por lo tanto, en el presente caso se ha dado cumplimiento al Principio de Tipicidad, regulado en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, correspondiendo desestimar este extremo del recurso de apelación interpuesto por LAS BAMBAS.

Respecto a la aplicación de la eximente de responsabilidad

6. En relación a lo indicado en el literal f) del numeral 2 de la presente resolución, cabe mencionar que de acuerdo al inciso b) del numeral 1 del artículo 255° del TUO de la Ley N° 27444, obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho defensa constituye una condición eximente de responsabilidad²⁶.



En el presente caso, LAS BAMBAS refiere que paralizó diligentemente las actividades del componente; sin embargo, conforme se ha expuesto, en la supervisión se constató que las operaciones del depósito de desmonte Ferrobamba zona Huancarane N° 1 no estaban paralizadas. Asimismo, en la supervisión se dispuso como medida de seguridad la paralización de la zona de apilamiento de Huancarane N° 1; por lo tanto, la paralización de actividades realizada por LAS BAMBAS fue efectuada como consecuencia de la medida dispuesta por OSINERGMIN.

Sin perjuicio de ello, corresponde precisar que la condición eximente alegada por la administrada se refiere al supuesto en el cual un administrado incurre en una infracción sancionable por obrar en cumplimiento de un deber legal, lo cual no ha ocurrido en el presente caso, toda vez que no se constata obligación alguna cumplida por la administrada que hubiese originado que no asegure la estabilidad física del depósito de desmonte Ferrobamba.

Sobre el particular, la alegada paralización de actividades del depósito de desmonte para garantizar la seguridad de los trabajadores no califica como un deber legal de LAS BAMBAS que haya ocasionado que no cumpla con garantizar la estabilidad física del componente, puesto que dicha medida de paralización fue dispuesta por OSINERGMIN en la visita de supervisión, momento en el que ya se había suscitado el incumplimiento.

En ese sentido, no se configura la condición eximente de responsabilidad establecida en el inciso b) del numeral 1 del artículo 255° del TUO de la Ley N° 27444, por lo que corresponde desestimar

²⁶ T.U.O de la Ley N° 27444

"Artículo 255.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

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

(...)

b) Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa".



este extremo del recurso de apelación.

Respecto a la determinación de la sanción

7. Sobre lo alegado en el literal g) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que de acuerdo al Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima, previsto en el numeral 1.15 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, “la autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener”.

En el presente caso, la multa impuesta por la infracción al artículo 335º del RSSO ha sido determinada de conformidad con los criterios establecidos en la Resolución de Gerencia General N° 035, siendo importante precisar que con la publicación de esta norma reglamentaria el 03 de febrero de 2011 se dio a conocer a los administrados los criterios a utilizarse para determinar las multas por las infracciones tipificadas en la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD, así como la metodología del cálculo de multa.



La Resolución de Gerencia General N° 035 establece que el beneficio ilegalmente obtenido está constituido por los costos evitados y/o el beneficio ilícito obtenido. Los costos evitados se relacionan con la postergación u omisión de las inversiones destinadas a garantizar las condiciones de seguridad o salud ocupacional y el beneficio ilícito es la utilidad generada como consecuencia del incumplimiento.

Ahora bien, cabe señalar que los costos evitados o postergados para cumplir con la normativa vigente están constituidos por costos de especialistas, costos de materiales, entre otros, los cuales varían de acuerdo al caso concreto en atención a la infracción en la que se ha incurrido y las acciones específicas que correspondían realizar para dar cumplimiento a la normativa vigente. Por tales razones, no es factible determinar y establecer a priori los costos que conforman el beneficio ilegalmente obtenido para todos los casos.

Asimismo, la autoridad administrativa tiene un margen de discrecionalidad para poder realizar la determinación de las multas por los incumplimientos verificados, considerando que los criterios regulados en la Resolución de Gerencia General N° 035 guardan estricta observancia con los fundamentos del Principio de Razonabilidad regulado en el numeral 3 del artículo 230º de la Ley N° 27444 y modificatorias.

Por otro lado, el artículo 51º de la Constitución establece que la publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado, lo cual se ha dado cumplimiento al publicarse la Resolución de Gerencia General N° 035 (metodología de cálculo aplicada en la resolución de sanción), siendo que las fuentes utilizadas para determinar los costos en el presente caso no se encuentran contenidas en normas que requieran su publicación para su entrada en vigencia.

Ahora bien, de la revisión de la resolución de sanción se verifica que se ha detallado claramente las fuentes utilizadas para la determinación del costo evitado. Así, en el Cuadro N° 1: Cálculo de beneficio por costo evitado se indica como fuentes: la Revista Costos Ed. 2013, Exp. 201100040685, Compañía Minera Minaspampa (Pad Recargable Minaspampa Etapa I, modo consulta P000000715), PROVIAS, Salary Pack (Price Waterhouse Coppers) y el Banco Central de Reserva del Perú.



Además se indicó en la nota 12 de la resolución impugnada que el costo evitado está constituido en este caso por los costos de materiales, mano de obra y especialistas a julio de 2016 que incluyen la remoción de desmonte de la corona de la plataforma de descarga Huancarane N° 1 del botadero Ferrobamba, considerando lo indicado en la Nota Técnica del 16 de noviembre de 2016 (fojas 427, 434 y 438 del Expediente), presentada por la administrada, así como la participación del Especialista encargado de ello: Ingeniero Geotecnista.

De acuerdo a la resolución impugnada, de la revista Costos edición de octubre de 2013 se ha considerado los costos de equipos (cargador frontal de 3yd³ y camiones volquete de 15m³), información que obra a fojas 530 del expediente sancionador.

Asimismo, la resolución de sanción señala que los datos correspondientes al Expediente N° 201100040685 de Compañía Minera San Nicolás S.A. y la consulta al intranet del MINEM respecto a la Concesión de Beneficio Minasampa (código P000000715) sobre costos de movilización de equipos, trazo y replanteo por m² y remoción de materiales (presupuestos vinculados al diseño de Recrecimiento del Depósito de Relaves N° 2 y 3 de la Concesión de Beneficio Cosinsa y el Pad Recargable Minasampa) fueron utilizados en el cálculo de multa en el presente caso, conforme consta a fojas 530 del Expediente.

Al respecto, cabe indicar que dichos costos constituyen información objetiva de mercado necesaria para determinar la inversión que correspondería realizar para remover material, con independencia de si se trata de un depósito de relaves, un pad o un depósito de desmonte, ya que los costos de las labores a realizar (trazo, replanteo, remoción, etc.) son únicos en el sector. La diferencia entre los casos concretos radicaría en los días de labor, metros a remover, etc., información que en el presente caso consta en la nota 12 de la resolución de sanción.

Aunado a ello, la administrada no ha presentado medio probatorio alguno relacionado a los costos de las labores mencionadas que pudiera ser utilizado como fuente objetiva para la determinación del costo evitado, por lo que se considera que la primera instancia ha actuado correctamente al utilizar la información de mercado existente.

Asimismo, a fojas 530 del Expediente sancionador se encuentran los datos correspondientes al Expediente N° 201100040685 de Compañía Minera San Nicolás S.A. y la consulta al intranet del MINEM respecto a la Concesión de Beneficio Minasampa, al cual podía acceder la administrada en cualquier momento, de acuerdo a la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Sin perjuicio de ello, cabe mencionar que, en el marco de una solicitud de acceso a la información, LAS BAMBAS se encuentra facultada a realizar las acciones correspondientes de considerar que la información del Expediente es ilegible.

De otro lado, en relación al Salary Pack, cabe precisar que es un documento de público conocimiento elaborado por Price Waterhouse Coppers que recoge los estudios de sueldos y salarios anuales de los principales sectores y ha sido utilizado en el presente caso para determinar el sueldo del Ingeniero Geotecnista encargado de la labor de remoción de desmonte, conforme consta a fojas 532 del Expediente, al cual podía acceder la administrada cuando lo estimara conveniente de acuerdo a la normativa vigente.

Respecto a la Resolución N° 053-2016-OS/TASTEM-S2, cabe indicar que sí se encuentra disponible en la página web de OSINERGMIN (https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/mineria/Apelacionesdesanciones/2016/053-2016-OS-TASTEM-S2.PDF); por lo tanto, es de conocimiento público para cualquier administrado.





De lo expuesto, esta Sala considera que sí se ha dado cumplimiento al Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima, toda vez que desde la publicación de la Resolución de Gerencia General N° 035 los administrados tienen certeza sobre los factores y la metodología de cálculo de multa que la Administración utilizará cuando incurran en incumplimientos que califiquen como infracciones de acuerdo al Cuadro de Tipificación aprobado en la Resolución de Gerencia General N° 286-2010-OS/CD, siendo que los costos específicos de cada caso concreto se determinará en cada procedimiento administrativo sancionador tramitado en atención al incumplimiento incurrido.

Ahora bien, de conformidad con el Principio de Debido Procedimiento, regulado en el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo, entre los cuales se encuentran los derechos a ser notificados a acceder al Expediente, a refutar los cargos imputados a exponer argumentos y obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

Asimismo, de acuerdo al numeral 6.2 del artículo 6° de la Ley N° 27444, “puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el Expediente, a condición de que se les identifique de modo certero y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Los informes dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrados conjuntamente con el acto administrativo”.



Sobre el particular en el presente caso se cumplió con notificar a LAS BAMBAS los informes emitidos en el trámite del procedimiento administrativo sancionador (Informe de Instrucción, el Informe Final de Instrucción y la Resolución de sanción). Asimismo, la resolución impugnada se encuentra debidamente motivada respecto al cálculo de multa toda vez que detalla las fuentes utilizadas para determinar los costos evitados en el presente caso, las cuales constituyen información de público conocimiento y/u obran en el Expediente sancionador (fojas 530, 531 y 532) al cual podía acceder la administrada cuando lo estimara conveniente.

Por lo tanto, esta Sala considera que no se ha vulnerado el derecho de defensa de la administrada, ya que el deber de motivación de la Administración consiste en fundamentar las razones que determinan la toma de sus decisiones, lo que incluye indicar las fuentes utilizadas, conforme se ha realizado en el caso concreto, a fin de que pueda contradecirlas de estimarlo conveniente, no incluyendo esta obligación tener que notificar incluso las fuentes que son de público conocimiento para todos los administrados o que constan en el Expediente.

Finalmente, de acuerdo al inciso 3) del numeral 252.1 del artículo 252° del T.U.O. de la Ley N° 27444, para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia²⁷.

Al respecto, mediante Oficio N° 178-2017, se comunicó a LAS BAMBAS el hecho materia de

²⁷ T.U.O. de la Ley N° 27444

“Artículo 252.- Caracteres del procedimiento sancionador

252.1. Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

(...)

3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.”



imputación (no asegurar estabilidad física del depósito), que el mismo constituía infracción sancionable de acuerdo al numeral 11.4 del Cuadro de Tipificación aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD, que establece que la sanción a imponer podría ascender hasta 10,000 UIT. Por lo tanto, se ha dado cumplimiento al artículo 252° citado, toda vez que el mismo no exige que se tenga que notificar al inicio del procedimiento las fuentes a utilizarse en el cálculo de multa, sino las posibles sanciones a imponer (en este caso una multa de hasta 10,000 UIT), considerando además que la identificación de dichas fuentes se realiza al momento de la determinación de la sanción en cada caso concreto.

Por lo expuesto, corresponde desestimar el recurso de apelación interpuesto por LAS BAMBAS en este extremo.

Otros argumentos adicionales

7. Sobre lo citado en el literal h) del numeral 2 de la presente resolución, no consta en el expediente que LAS BAMBAS haya presentado argumentos adicionales a su recurso de apelación.

Asimismo, de acuerdo al artículo 33° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS, 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 procedimiento²⁸.



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 caso²⁹.

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 el 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 LAS BAMBAS.

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:

²⁸ Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD

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.

²⁹ 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. (...)



Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por MINERA LAS BAMBAS S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1975-2017 de fecha 13 de noviembre de 2017 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 Víctor Jesús Revilla Calvo.


HÉCTOR ADRIÁN CHÁVARRY ROJAS
PRESIDENTE