

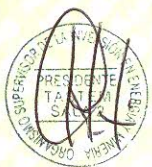
**TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES
EN TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA
OSINERGMIN**

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 075-2019-OS/TASTEM-S2

Lima, 19 de febrero de 2019

VISTO:



El Expediente N° 201800020986 que contiene el recurso de apelación interpuesto por NEXA RESOURCES PERÚ S.A.A., representada por el señor César Augusto Lara Burneo, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 3203-2018 de fecha 31 de diciembre de 2018, mediante la cual se la sancionó por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM y la Ley N° 28964.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 3203-2018, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a NEXA RESOURCES PERÚ S.A.A., en adelante NEXA PERÚ, con una multa de 36.07 (treinta y seis con siete centésimas) UIT por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM, en adelante RSSO, y la Ley N° 28964, conforme al siguiente detalle:

N°	INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Al numeral 4 del artículo 38° del RSSO¹ La supervisión no verificó el cumplimiento del Estándar "Diseño en Madera de Tapón" (Detalle 1) del Proyecto Diseño de Tapones para los tajeos por subniveles de la Mina Cerro Lindo – Perú, al haberse constatado que no se cumplió con realizar las patillas de 0.15 m en el tapón para relleno del Tajo 019, el cual colapsó, produciéndose el deslizamiento del relleno hacia el By Pass 745 del Nivel 1770 OB 5, intersección con el Crucero 018.	Numeral 6.1.2. del Rubro B ²	15.74 UIT
2	Al numeral 4 del artículo 38° del RSSO³ La supervisión no verificó el cumplimiento del Estándar "Diseño en Madera de Tapón" del Proyecto Diseño de Tapones para los tajeos por subniveles de la Mina Cerro Lindo – Perú, al haberse constatado en el tapón para relleno del tajo 004, la falta de las patillas de 0.15m y de la base de concreto ciclópeo; asimismo, se encontró un espacio entre los puntales mayor a 0.5 m.	Numeral 6.1.2. del Rubro B ⁴	5.33 UIT



¹ RSSO

"Artículo 38.- Es obligación del Supervisor (...)

4. Instruir y verificar que los trabajadores conozcan y cumplan los estándares y PETS y usen adecuadamente el EPP apropiado para cada tarea".

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

Anexo: Cuadro de Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera.

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

6. Incumplimiento de normas de supervisión e inspecciones

6.1. Supervisión

6.1.2. Obligaciones del Supervisor

Base Legal: Artículo 38° numeral 4 del RSSO.

Sanción: Hasta 250 UIT.

³ Ver numeral 1.

⁴ Ver numeral 2.

3	Al artículo 9° de la Ley N° 28964 y el inciso e) del artículo 26° del RSSO ⁵ No comunicar a OSINERGMIN dentro de las 24 horas el incidente peligroso/situación de emergencia minera ocurrida el 8 de noviembre de 2017 en el By Pass 745 del Nivel 1770 OB 5, intersección con el Crucero 018, zona hacia donde se desplazó el relleno del tajo 019 por el colapso del tapón instalado, causando afectación de equipos y lesiones al personal.	Numeral 1.2 del Rubro A ⁶	15 UIT
TOTAL			36.07 UIT ⁷

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- Con fecha 8 de noviembre de 2017, se produjo un incidente peligroso/situación de emergencia en el By Pass 745 del Nivel 1770 OB 5, intersección con el Crucero 018, lugar hacia donde se desplazó el relleno del tajo 019 por el colapso del tapón instalado, causando afectación de equipos y lesiones a los señores Richard Chombo Prado (operador de Mixcret) y Reven Cruz Bueno (operador de Alpha), quienes se encontraban realizando trabajos de sostenimiento con shotcrete en el Crucero 018 del Nivel 1770.
- Mediante escrito remitido el 14 de noviembre de 2017, el Sindicato Único de Trabajadores Mineros de la Compañía Minera Milpo S.A.A. (hoy NEXA PERÚ) denunció ante OSINERGMIN el incidente ocurrido en el BP 745 del Nivel 1770, OB 5 de la Unidad Minera Cerro Lindo.
- Con fechas 20 y 21 de noviembre de 2017 se efectuó una supervisión especial en geomecánica a la Unidad Minera Cerro Lindo.
- Con fecha 28 de diciembre de 2017, NEXA PERÚ presentó información relacionada con los hechos verificados en la supervisión.
- Mediante Oficio N° 1762-2018 notificado con fecha 20 de junio de 2018, obrante a fojas 49 y 50 del expediente, se comunicó a NEXA PERÚ el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, adjuntando el Informe de Instrucción Inicio de PAS N° 1778 del 14 de junio de 2018 y otorgándole el plazo de siete (7) días hábiles para la presentación de sus descargos.
- Con escrito de registro N° 2018-20986 presentado el 2 de julio del 2018, NEXA PERÚ remitió

⁵ Ley N° 28964

"Artículo 9.- Accidentes fatales y situaciones de emergencia

Los accidentes fatales, así como las situaciones de emergencia de seguridad e higiene minera y/o de naturaleza ambiental, deben ser comunicados por el titular minero al OSINERGMIN dentro de las veinticuatro (24) horas de ocurridos. En estos casos, el OSINERGMIN dispondrá la inspección sin perjuicio de las medidas inmediatas que deberá tomar el titular de la actividad minera".

RSSO

"Artículo 26.- Son obligaciones generales del titular de la actividad minera:

(...)

e) Informar a las autoridades competentes que correspondan, dentro de los plazos previstos, la ocurrencia de incidentes peligrosos o accidentes mortales, así como la muerte de trabajadores suscitada en centros asistenciales derivada de accidentes mortales. Asimismo, deberá presentar a las autoridades competentes que correspondan un informe detallado de la investigación en el plazo de diez (10) días calendario de ocurrido el suceso".

⁶ Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD

Anexo: Cuadro de Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera.

Rubro A: Incumplimiento de normas sobre avisos, informes, registros, autorizaciones y otros

1. Incumplimientos por no presentar avisos e informes sobre accidentes y emergencias

1.2. Aviso de incidente peligroso y/o situación de emergencia

Base legal: Artículo 9° de la Ley N° 28964, artículos 26° literal e) y 164° literal c) del RSSO, artículos 4° y 5° del Procedimiento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 013-2010-OS/CD.

Multa: 15 UIT

⁷ Cabe precisar que para la determinación y graduación de las sanciones se aplicaron los criterios aprobados por las Resoluciones de Gerencia General N° 035 y 256-2013 (Disposición Complementaria Única) publicadas en el Diario Oficial El Peruano con fecha 03 de febrero de 2011 y 23 de noviembre de 2013, respectivamente; así como la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD.

sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador y solicitó el uso de la palabra.



- g) Mediante Oficio N° 619-2018-OS-GSM, notificado el 27 de noviembre de 2018, se trasladó a NEXA PERÚ el Informe Final de Instrucción N° 2605-2018, otorgándole el plazo de cinco (5) días hábiles para la remisión de sus descargos.
- h) A través del Oficio N° 618-2018-OS-GSM, notificado el 27 de noviembre de 2018, se citó a NEXA PERÚ a la audiencia de informe oral a realizarse con fecha 05 de diciembre de 2018 a las 09:30 horas.
- i) Con escrito de registro N° 2018-20986 remitido el 4 de diciembre de 2018, NEXA PERÚ presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción indicado y solicitó el uso de la palabra.
- j) Con fecha 5 de diciembre de 2018, se realizó la audiencia de informe oral, contando con la presencia de los representantes de la GSM y NEXA PERÚ, conforme consta en el Acta de informe oral obrante a fojas 111 del expediente.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN



- 2. Mediante escrito de registro N° 2018-20986 remitido con fecha 23 de enero de 2019, NEXA PERÚ interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 3203-2018, solicitando su nulidad y el archivo del procedimiento administrativo sancionador, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

Sobre las infracciones N° 1 y 2

- a) La GSM no ha valorado que mediante escrito remitido el 28 de diciembre de 2017 presentó un informe que acreditaba la subsanación de los incumplimientos N° 1 y 2 antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador.

Al respecto, su representada demostró haber realizado una inversión de US\$ 1,929,142.00 (un millón novecientos veintinueve mil ciento cuarenta y dos dólares americanos) en el reemplazo del 100% de los tapones de madera mediante la construcción de un total de doscientos un (201) muros de concreto como tapones para tajos de relleno de pasta; evidenciándose la subsanación voluntaria de las infracciones vinculadas al estándar "Diseño en madera de tapón".

Sin embargo, la GSM indicó que de acuerdo al literal a) del numeral 15.3 del artículo 15° del Reglamento aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD no son pasibles de subsanación aquellos incumplimientos relacionados a la generación de accidentes o daños.

Sobre el particular, la administrada indica que mediante Decreto Legislativo N° 1272 se modificó la Ley N° 27444, estableciendo en literal f) del numeral 1 de su artículo 236-A que la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como infracción con anterioridad a la notificación de cargos constituye una condición eximente de responsabilidad, siendo que dicha norma con rango de ley no establece diferencia alguna entre los incumplimientos relacionados a la generación de accidentes o daños y aquellos que no, a efectos de determinar cuáles sí son subsanables, sino más bien se refiere a la totalidad de incumplimientos.

En adición a ello, indica que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala que

“subsanan” significa reparar o remediar un efecto, o resarcir un daño. En ese sentido, la subsanación no debe ser entendida únicamente como una adecuación de la conducta a lo establecido en la norma, sino como la corrección de los efectos derivados de la conducta infractora, así como de aquellos hechos que hayan podido generarlos.

En consecuencia, corresponde la aplicación de la eximente de responsabilidad establecida en el literal f) del numeral 1 del artículo 236-A de la Ley N° 27444 (artículo 255° del T.U.O. de la misma ley) y el archivo del procedimiento en este extremo, toda vez que la citada ley no ha establecido diferencias entre hechos subsanables y hechos no subsanables, ni condiciones para subsanar válidamente una infracción.

Ahora bien, el Principio de Legalidad, previsto en el numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, es uno de los principios superiores del ordenamiento jurídico que hacen posible la realización de un Estado Social y Democrático de Derecho; es decir, el respeto irrestricto al derecho y al cumplimiento de la ley⁸; constituyendo su vulneración una causal de nulidad del acto administrativo, de acuerdo al inciso 1 del artículo 10° del citado T.U.O.

Al respecto, el T.U.O. de la Ley N° 27444 dispone cuál es la aplicación de la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad y señala que las normas que creen y regulen procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en dicha norma. Asimismo, la no aplicación del Principio de Culpabilidad constituiría una vulneración al Principio de Legalidad, pues debió analizarse la responsabilidad administrativa de NEXA PERÚ en base a dicho principio.

De lo expuesto, el hecho que la GSM no aplique el eximente de responsabilidad, aduciendo que no son reversibles los efectos de la infracción imputada, vulnera el Principio de Legalidad, toda vez que esta exigencia no se encuentra expresamente prevista en una norma aplicable al presente caso.

- b) La GSM ha sostenido en la resolución de sanción que su representada no ha acreditado que: i) la construcción de los muros de concreto se realizó conforme al estándar “Diseño de tapón de muro de concreto” y ii) se haya concluido la construcción de dichas infraestructuras. En atención a ello, determinó que la construcción de los muros no califica como una eximente de responsabilidad.

Al respecto, de conformidad con el Principio de Presunción de Licitud, las premisas fundamentales sobre las que debe actuar la Administración son la presunción de inocencia y de licitud respecto de todos los actos de los administrados⁹, lo cual no ha ocurrido en el presente caso, toda vez que

⁸ La administrada cita a: Morón Urbina, Juan Carlos, en *Comentarios a la Nueva Ley de Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, 2001, p. 64, conforme a lo siguiente: “(...) debe reconocerse en verdad que la sujeción de la Administración es al derecho y no solo a una de sus fuentes como es la ley. (...) Por imperio de este principio se debe entender que las entidades están sujetas: ‘a todo el sistema normativo, desde los principios generales del derecho y la Constitución nacional, hasta los simples precedentes administrativos en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad (...)’.

Asimismo, cita a Maraví Sumar, Milagros, *Sobre la Ley de Procedimiento Administrativo General. Libro Homenaje a José Alberto Bustamante Belaúnde*, UPC, 2009, p.53, conforme a lo siguiente: “(...) las autoridades administrativas, al formular sus normas reglamentarias y al decidir sobre asuntos particulares, se sujeten a la Constitución y demás fuentes formales del derecho y que tal sujeción se exprese de conformidad con los fines que les fueron conferidos al definirse sus potestades administrativas”.

Finalmente, NEXA PERÚ refiere que el Principio de Legalidad está consagrado en el artículo 2° inciso 24 literal d) de la Constitución Política con el siguiente tenor: “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

⁹ NEXA PERÚ indica que Morón Urbina, Juan Carlos, en ob. cit., p. 719, ha indicado que la presunción de licitud “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 lesivo y un razonamiento lógico suficiente que articule todos los elementos formando convicción. (...) en materia sancionadora la carga de la prueba recae en la Administración, por lo que compete a las autoridades identificar, atraer al expediente y actuar la evidencia suficiente que sustente desestimar la presunción (...)”.

la GSM ha desestimado la configuración del eximente de responsabilidad en base a afirmaciones que no ha podido corroborar.



En consecuencia, si bien la GSM ha señalado que NEXA PERÚ no ha acreditado que la construcción de los tapones se efectuó de acuerdo al estándar “Diseño de tapón de muro de concreto”, lo cierto es que la implementación de los doscientos un (201) muros de concreto se realizó conforme a dicho estándar. Asimismo, mediante escrito remitido el 28 de diciembre de 2017 se indicó que el avance de las labores estaba a un 70%, culminándose antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador. Por lo tanto, corresponde la aplicación de la eximente de responsabilidad.

Sobre la infracción N° 3

- c) El artículo 9° de la Ley N° 29864 establece que “los accidentes fatales y situaciones de emergencia de seguridad e higiene minera deben ser comunicados por el titular minero a OSINERGMIN dentro de las veinticuatro (24) horas de ocurridos (...)”.

Asimismo, el literal e) del artículo 26° del RSSO establece que es una obligación del titular de la actividad minera “informar a las autoridades competentes que correspondan, dentro de los plazos previstos, la ocurrencia de incidentes peligrosos o accidentes mortales, así como la muerte de trabajadores suscitada en centros asistenciales derivada de accidentes mortales. (...)”.

Además, el artículo 164° del RSSO establece que “los incidentes peligrosos y/o situaciones de emergencia y accidentes mortales, deberán ser notificados por el titular de actividad minera dentro de las veinticuatro (24) horas de ocurridos, en el formato del Anexo N° 21 a las siguientes entidades: (...) c) al OSINERGMIN, según procedimiento de reporte de emergencias correspondientes. (...)”.



Ahora bien, a efectos de determinar cuándo es exigible esta obligación, corresponde determinar cuándo un suceso califica como uno de los eventos reportables a OSINERGMIN: i) incidente peligroso, ii) situación de emergencia o iii) accidente fatal, de conformidad con lo establecido en el RSSO, cuyo alcance es de aplicación a toda persona natural o jurídica, pública o privada, que realice actividades mineras y actividades conexas con personal propio o de terceros, las que están obligadas a dar cumplimiento a todas sus disposiciones.

De acuerdo a las definiciones contenidas en el artículo 7° del RSSO, un incidente peligroso es todo suceso potencialmente riesgoso que pudiera causar lesiones o enfermedades graves con invalidez total y permanente o muerte a las personas en su trabajo o a la población¹⁰.

Respecto a las situaciones de emergencia, el RSSO indica que son eventos no deseados que se presentan como consecuencia de un fenómeno natural o por el desarrollo de la propia actividad minera como: incendio, explosión por presencia de gases explosivos, inundación, deshielo, deslizamiento, golpe de agua u otro tipo de catástrofes¹¹.

En ese sentido, dicha definición precisa que para que un evento no deseado sea calificado como emergencia debe tener una intensidad de “catástrofe”, que, según el Diccionario de la Real

¹⁰ NEXA PERÚ cita la definición de “incidente peligroso y/o situación de emergencia”.

¹¹ NEXA PERÚ cita la definición de “Emergencia minera”.

Academia de la Lengua Española, es aquel suceso infausto que altera gravemente el orden regular de las cosas. Por lo tanto, una emergencia reportable a OSINERGMIN sería todo aquel suceso que altere gravemente el normal desarrollo de las operaciones mineras.

En relación al accidente mortal, el artículo 7° del RSSO establece que es todo suceso cuyas lesiones producen la muerte del trabajador¹².

De lo expuesto, resulta evidente que el evento ocurrido el 8 de noviembre de 2017 en la Unidad Minera Cerro Lindo, en el By Pass 745 del Nivel 1770 OB5, intersección con el Crucero 018, zona hacia donde se desplazó el relleno del tajo 019 por el colapso del tapón instalado, no constituye un incidente peligroso, una situación de emergencia, ni mucho menos un accidente fatal.

Por el contrario, dicho evento califica como un accidente incapacitante, el cual de acuerdo al RSSO es un “suceso cuya lesión, resultado de la evaluación y diagnóstico médico da lugar a descanso mayor a un día, ausencia justificada al trabajo y tratamiento. (...)”.

De las definiciones citadas, se concluye que la GSM ha señalado erróneamente que la comunicación de una situación de emergencia y/o incidente peligroso abarca a los eventos que generan lesiones.

En relación con ello, su representada ha cumplido oportunamente con presentar solo reportes estadísticos, en virtud de los artículos 171° y 172° del RSSO, y no otro reporte, ya que no se encuentra ante un incidente peligroso, ni una situación de emergencia o accidente fatal.

Sobre el particular, el Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444 constituye una de las manifestaciones o concreciones del Principio de Legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos que las prohibiciones que definen sanciones estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.

En ese sentido, en el marco de la potestad punitiva del Estado, la Administración no debe interpretar analógica o extensivamente el alcance de una obligación para aplicarlo a un supuesto de hecho no previsto, como ha efectuado la GSM en el presente caso, al pretender extender el supuesto de hecho establecido en el literal e) del artículo 26° del RSSO, concordado con la definición de “emergencia minera” contenida en la misma norma, a situaciones no contempladas; sustentándose en una norma de rango inferior.

Por lo tanto, atribuirle responsabilidad por la comisión de una infracción al literal e) del artículo 26° del RSSO vulneraría el Principio de Tipicidad, por cuanto la presunta conducta infractora no se subsume en el supuesto de hecho de la obligación normativa.

Sobre el cálculo de multa de los incumplimientos N° 1 y 2

- d) De acuerdo al numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444 y el numeral 3 del artículo 246° de la misma norma, las decisiones de la autoridad administrativa, cuando impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados deben mantener la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que debe tutelar, a fin de que

¹² NEXA PERÚ cita la definición de accidente mortal.

respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Asimismo, el numeral 10 del artículo 64° del T.U.O. de la Ley N° 27444 establece que todo administrado tiene el derecho a que las actuaciones de las entidades que les afecten sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible; con lo cual se pretende evitar cualquier exceso en la punición.

Por lo tanto, al momento de determinar la comisión de una infracción, la autoridad no tiene plena discrecionalidad para hacerlo, sino que debe evaluar la misma a la luz de criterios razonables y lógicos.

En el presente caso, para el cálculo de la multa, la GSM estimó que su representada habría evitado los costos de especialistas, no considerando que sí cuenta con dichos profesionales y que realizó las inversiones necesarias para subsanar de forma voluntaria el hecho infractor, por lo que no deberían ser considerados como parte del costo evitado.

En adición a ello, si bien los costos evitados deben incluir todos los costos asociados a los componentes necesarios para garantizar la observancia de las normas de seguridad, ello no exime a la Administración de motivar adecuadamente la fuente que sirve de base para la estimación de dicho factor¹³, lo cual no ha ocurrido en el presente caso, toda vez que la GSM no presentó documento alguno que sustente los costos, limitándose a indicar los montos y los profesionales que considera en un escenario de cumplimiento.

Sobre el particular, los artículos 3° y 6° del T.U.O. de la Ley N° 27444 establecen el deber de motivación de los actos administrativos como uno de los requisitos de su validez. Por lo tanto, toda resolución que no cumpla con los requisitos mínimos establecidos en la ley será una resolución arbitraria e inconstitucional¹⁴.

De lo expuesto, la multa impuesta en la resolución impugnada no se encuentra debidamente motivada, por lo que se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 10° del T.U.O. de la Ley N° 27444.

Sobre alegatos adicionales

- e) NEXA PERÚ solicita el uso de la palabra.
3. A través del Memorándum N° GSM-50-2019, recibido el 30 de enero de 2019, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre las infracciones N° 1 y 2

4. Respecto a lo indicado en los literales a) y b) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde señalar que en la visita de supervisión efectuada con fechas 20 y 21 de noviembre de 2017 en la Unidad Minera Cerro Lindo se constató que NEXA PERÚ había incumplido el numeral 4 del artículo

¹³ NEXA PERÚ manifiesta que la Constitución Política ha consagrado como principio fundamental que todos los ciudadanos tienen derecho a exigir a las autoridades judiciales y administrativas del Estado la debida motivación de sus decisiones, porque de otra manera se estará incurriendo en un acto de arbitrariedad.

¹⁴ La administrada cita la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1230-2002-HC/TC.



38° del RSSO, al haberse observado in situ que la supervisión no verificó el cumplimiento del Estándar "Diseño en madera de tapón" obrante a fojas 19 del expediente¹⁵, toda vez que: i) no se cumplió con realizar las patillas de 0.15 m en el tapón para relleno del Tajo 019, el cual colapsó, produciéndose el deslizamiento del relleno hacia el By Pass 745 del Nivel 1770 OB 5 intersección con el Crucero 018, y ii) en el tapón para relleno del Tajo 004 faltan las patillas de 0.15m y la base de concreto ciclópeo. Además, se encontró un espacio entre los puntales mayor a 0.5 m, conforme consta en el Acta de Cierre de Supervisión¹⁶, el Cuadro de Observaciones del Informe de Supervisión (ítem 1) y los registros fotográficos de la visita, obrantes a fojas 7 al 18 del expediente.

De lo señalado, los incumplimientos N° 1 y 2 (Tajos 019 y 004 respectivamente) se encuentran debidamente acreditados, por lo que la resolución impugnada fue emitida en observancia del Principio de Presunción de Licitud, previsto en el numeral 9 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444¹⁷, toda vez que existen medios probatorios suficientes que evidencian que NEXA PERÚ incumplió la obligación establecida en el numeral 4 del artículo 38° del RSSO, hecho que desvirtúa la presunción de que actuaba conforme a la normativa vigente.

Ahora bien, mediante Decreto Legislativo N° 1272, publicado con fecha 21 de diciembre de 2016, se modificó la Ley N° 27444, estableciendo en el literal f) del numeral 1 de su artículo 236-A que la subsanación voluntaria del incumplimiento con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos constituye una condición eximente de responsabilidad¹⁸.

Al respecto, en modo alguno esta norma establece que todos los incumplimientos sean subsanables, disponiendo más bien que para la configuración de la eximente de responsabilidad se requiere necesariamente la subsanación del hecho infractor antes del inicio del procedimiento, de lo cual se colige que en los supuestos que no hubiese subsanación no correspondería la aplicación de la eximente. (Subrayado agregado)



Sobre el particular, en el numeral 15.3 del artículo 15° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, publicado con fecha 18 de marzo de 2017, se establecen los incumplimientos que no son pasibles de subsanación en virtud a que por su propia naturaleza no es posible corregir el acto u omisión.

En relación al incumplimiento N° 1, cabe precisar que el hecho de no haber verificado el cumplimiento del Estándar "Diseño en madera de tapón" al no realizar las patillas de 0.15 m en el tapón para relleno del Tajo 019, el cual colapsó, produciéndose el deslizamiento del relleno hacia

¹⁵ De acuerdo al citado Estándar, la estructura del tapón debe contar con patillas de 0.15 m en la corona de la labor para los puntales verticales de 6" de diámetro, una base de concreto ciclópeo para la cimentación de los puntales sobre el desmonte de dimensiones de 0.6 m x 0.8 m x 0.5 m y un espaciamiento entre puntales verticales de 0.5 m.

¹⁶ Los representantes de la administrada suscribieron el Acta de Supervisión sin realizar observación alguna.

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

¹⁸ Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272

"Artículo 236-A.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

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

(...)

f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253".

el By Pass 745 del Nivel 1770 OB 5, intersección con el crucero 018, se encuentra relacionado con la generación de daños, puesto que el relleno alcanzó a dos (2) trabajadores: los señores Richard Chombo Prado y Reven Cruz, quienes resultaron con lesiones.

En consecuencia, este incumplimiento se subsume en el supuesto previsto en el literal a) del numeral 15.3 del artículo 15° del Reglamento aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD referido a “aquellos incumplimientos relacionados con la generación de accidentes o daños”, los cuales no son pasibles de subsanación¹⁹.

En efecto, no es posible subsanar el incumplimiento materia de análisis, toda vez que la no verificación del cumplimiento del Estándar respecto al tapón para el relleno del Tajo 019 originó daños a los trabajadores. En consecuencia, de conformidad con la definición del término “subsanan” establecida por la Real Academia Española (reparar o remediar un defecto)²⁰, el hecho infractor no podría subsanarse por los efectos negativos que ha generado: las lesiones a las personas.

Por lo tanto, de acuerdo a la disposición citada, el incumplimiento N° 1 califica como insubsanable, no configurándose la condición eximente de responsabilidad prevista en el literal f) del numeral 1 del artículo 255° del T.U.O. de la Ley N° 27444²¹.

De lo indicado, cabe precisar que la aplicación del numeral 15.3 del artículo 15° del Reglamento aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD en el presente caso no constituye una vulneración al Principio de Legalidad previsto en el numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444²², que exige que las autoridades actúen con sujeción a la ley y la Constitución, puesto que la disposición reglamentaria citada guarda concordancia con el literal f) del numeral 1 del artículo 255° del T.U.O. (artículo 236-A de la Ley), que prevé la configuración del eximente de responsabilidad cuando hay subsanación de la infracción antes del inicio del procedimiento, por lo que no se aplicaría cuando los incumplimientos son insubsanables.

De igual forma, la determinación de incumplimientos no pasibles de subsanación en el numeral 15.3 del artículo 15° del Reglamento aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 040-

¹⁹ Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD
Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN
“Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción
(...)
15.3 No son pasibles de subsanación
a) Aquellos incumplimientos relacionados con la generación de accidentes o daños
(...)”.

²⁰ Ver: <https://dle.rae.es/?id=YZ5DxiO>

²¹ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (vigente a la fecha de emisión de la resolución de sanción)
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:
(...)
f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253”.

²² Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (vigente a la fecha de emisión de la resolución de sanción)
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:
1.1 Principio de Legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.”



2017-OS/CD no constituye la imposición de una condición menos favorable para los administrados que la prevista en la ley, toda vez que conforme se ha expuesto en párrafos precedentes, el artículo 236-A de la Ley N° 27444 no dispone que todos los incumplimientos sean subsanables, sino que en los casos en los que haya subsanación voluntaria de la infracción antes de la imputación de cargos corresponde eximir de responsabilidad al infractor, lo cual lógicamente se suscitará cuando sea posible que el incumplimiento sea subsanado, lo cual no ocurre en los casos en que por la propia naturaleza del hecho éste no puede corregirse, como los incumplimientos que generan daños.

En adición a ello, cabe mencionar que la administrada no ha remitido medio probatorio alguno que acredite la realización de acciones correctivas del incumplimiento N° 1, toda vez que del escrito de fecha 28 de diciembre de 2017 y otros presentados durante el trámite del procedimiento, no se evidencia que efectivamente hubiese construido muros de concreto en reemplazo del tapón de madera, conforme manifiesta.

Respecto al incumplimiento N° 2, cabe indicar que de acuerdo al numeral 171.2 del artículo 171° del T.U.O. de la Ley N° 27444, "corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones".

De acuerdo a la norma citada y, considerando que de conformidad con el Principio de Presunción de Licitud este incumplimiento se encuentra debidamente acreditado por esta entidad, correspondía a NEXA PERÚ remitir los medios probatorios que sustenten sus alegatos referidos a que realizó la construcción de muros de concreto en reemplazo de las barreras de madera.



Sobre el particular, de la revisión del escrito remitido con fecha 28 de diciembre de 2017, obrante a fojas del 67 al 71 del expediente, se observa que la recurrente manifestó que se encontraba a un 70% de avance en la construcción del muro de concreto. Asimismo, en el Informe "Construcción de tapones para relleno de tajo con muros de concreto" (periodo enero a junio de 2018), obrante a foja 72 del expediente, presentado mediante escrito del 2 de julio de 2018, la administrada indicó que había realizado la construcción de doscientos un (201) muros de concreto como tapones para tajos de relleno en pasta valorizada en \$1,929142 (un millón novecientos veintinueve mil ciento cuarenta y dos dólares).

De lo expuesto, los documentos citados no acreditan que NEXA PERÚ efectivamente realizó la construcción de los muros de concreto, como afirma; hechos que debieron ser demostrados por la administrada en observancia de lo dispuesto en el numeral 171.2 del artículo 171° del T.U.O. de la Ley N° 27444.

Además, durante el trámite del presente procedimiento, la administrada no ha presentado medio probatorio alguno que acredite la realización de dichas acciones posteriores.

Sin perjuicio de ello, cabe precisar que de acuerdo al literal h) del numeral 15.3 del artículo 15° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, no son pasibles de subsanación los incumplimientos relacionados con procedimientos o estándares de trabajo calificados como de alto riesgo²³.

²³ Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD
Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN
"Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción
(...)"



Al respecto, según el artículo 129° del RSSO, “todo titular de actividad minera establecerá estándares, procedimientos y prácticas como mínimo para trabajos de alto riesgo tales como: 1) trabajos en espacios confinados. (...)”. Asimismo, el artículo 7° del RSSO dispone que el espacio confinado es “aquel lugar de área reducida o espacio con abertura limitada de entrada y salida constituido por maquinaria, tanque, tolvas o labores subterráneas; en el cual existe condiciones de alto riesgo, como falta de oxígeno, presencia de gases tóxicos u otros similares que requieran Permiso Escrito de Trabajo de Alto Riesgo (PETAR)”.

En el presente caso, de la revisión de los registros fotográficos obrantes a fojas 16 al 18 del expediente, se verifica que la construcción del tapón de madera para relleno del tajo 004 constituyó una labor subterránea realizada en un espacio confinado (área reducida), por lo que califica como un trabajo de alto riesgo.

En virtud a lo indicado, el incumplimiento N° 2 referido a que la supervisión no verificó el cumplimiento del Estándar “Diseño en madera de tapón” respecto al tapón de madera para relleno del tajo 004 se subsume en el supuesto previsto en el literal h) del numeral 15.3 del artículo 15° del Reglamento aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, toda vez que la infracción está vinculada a un estándar de trabajo de alto riesgo: la construcción del tapón de madera ejecutada en un espacio confinado. En consecuencia, el incumplimiento materia de análisis es insubsanable.

Por otro lado, de acuerdo al Principio de Culpabilidad, previsto en el numeral 10 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444²⁴, la responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva.

Al respecto, el artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, en concordancia con el numeral 23.1 del artículo 23° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD²⁵, establece que la responsabilidad administrativa por los incumplimientos a la normativa de competencia de OSINERGMIN es objetiva. En ese sentido, basta la verificación del incumplimiento para determinar la responsabilidad del sujeto infractor.



15.3 No son pasibles de subsanación

h) Incumplimientos relacionados con procedimientos o estándares de trabajo calificados como de alto riesgo, (...)”.

²⁴ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (vigente a la fecha de emisión de la resolución de sanción)
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:

(...)

10. Culpabilidad.- La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva”.

²⁵ Ley N° 27699

Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN

“Artículo 1.- Facultad de Tipificación

Toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia del OSINERG constituye infracción sancionable. Sin perjuicio de lo mencionado en el párrafo anterior, el Consejo Directivo del OSINERG se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, así como a graduar las sanciones, para lo cual tomará en cuenta los principios de la facultad sancionadora contenidos en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente, de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones del OSINERG, aprobada por el Consejo Directivo; la cual podrá contemplar, entre otras, penas pecuniarias, comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos, cierre de establecimientos y paralización de obras. (...)”.

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

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

“Artículo 23.- Determinación de responsabilidad

23.1. La responsabilidad administrativa por el incumplimiento de la normativa o de las disposiciones emitidas por OSINERGMIN es determinada de forma objetiva conforme a lo previsto en los artículos 1 y 13 de las Leyes N° 27699 y 28964, respectivamente”.

De acuerdo a lo manifestado, por ley se ha establecido el régimen de responsabilidad administrativa objetiva respecto a los incumplimientos a las normas de competencia de OSINERGMIN; por lo tanto, no corresponde la aplicación de la responsabilidad subjetiva.



Por lo antes expuesto, en el presente procedimiento administrativo sancionador, se ha determinado la responsabilidad administrativa de NEXA PERÚ al acreditarse que infringió la obligación establecida en el numeral 4 del artículo 38° del RSSO (incumplimientos N° 1 y 2), por lo que no se verifica vulneración alguna al Principio de Culpabilidad.

En consecuencia, contrariamente a lo indicado por NEXA PERÚ, la resolución de sanción no incurrió en causal de nulidad alguna de las previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 10° del T.U.O. de la Ley N° 27444²⁶, correspondiendo desestimar estos extremos del recurso de apelación interpuesto.

Sobre el incumplimiento N° 3

5. En relación a lo indicado en el literal c) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que de acuerdo al artículo 9° de la Ley N° 29864 “los accidentes fatales, así como las situaciones de emergencia de seguridad e higiene minera y/o de naturaleza ambiental, deben ser comunicados por el titular minero al OSINERGMIN dentro de las veinticuatro (24) horas de ocurridos”.

Asimismo, de conformidad con el literal e) del artículo 26° del RSSO, es obligación del titular de la actividad minera “informar a las autoridades competentes que correspondan, dentro de los plazos previstos, la ocurrencia de incidentes peligrosos o accidentes mortales, así como la muerte de trabajadores suscitada en centros asistenciales derivada de accidentes mortales”.



Al respecto, de conformidad con el artículo 7° del RSSO, el incidente peligroso y/o situación de emergencia minera es “todo suceso potencialmente riesgoso que pudiera causar lesiones o enfermedades graves con invalidez total y permanente o muerte a las personas en su trabajo o a la población. Se considera incidente peligroso a evento con pérdidas materiales, como es el caso de un derrumbe o colapso de labores subterráneas, derrumbe de bancos en tajos abiertos, atrapamiento de personas sin lesiones (dentro, fuera, entre, debajo), caída de jaula y skip en un sistema de izaje, colisión de vehículos, derrumbe de construcciones, desplome de estructuras, explosiones, incendios, derrame de materiales peligrosos, entre otros, en el que ningún trabajador ha sufrido lesiones”. (sic)

En adición a ello, el artículo 164° del RSSO establece que “los incidentes peligrosos y/o situaciones de emergencia y accidentes mortales deberán ser notificados por el titular de actividad minera, dentro de las veinticuatro (24) horas de ocurridos, en el formato del ANEXO N° 21, a las siguientes entidades: (...) c) al OSINERGMIN, según procedimiento de reporte de emergencias correspondiente”.

Sobre el particular, el artículo 3° “Definiciones” del Procedimiento para reporte de emergencias en las actividades mineras aprobado por Resolución de Consejo Directivo de OSINERGMIN N° 13-

²⁶ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (vigente a la fecha de emisión de la resolución impugnada)

T.U.O. de la Ley N° 27444

“Artículo 10.- Causales de nulidad

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

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

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

2010-OS/CD y modificatorias, define el término emergencia de la siguiente manera:

"Emergencia

Evento no deseado que se presenta como consecuencia de un fenómeno natural o en el desarrollo de la actividad minera que inciden en la actividad del agente supervisado y que genera o puede generar daño a la propiedad privada y/o bienes públicos, muerte o lesiones. Las situaciones de emergencia pueden comprender eventos calificados como emergencia minera o incidente peligroso y/o situación de emergencia". (Subrayado agregado)

Así también, de acuerdo al artículo 4° del Procedimiento citado, los agentes supervisados están obligados a reportar ante la GSM los accidentes mortales y las emergencias.

De lo expuesto, se concluye que de conformidad con el RSSO los titulares mineros deben comunicar a OSINERGMIN en el plazo de veinticuatro (24) horas los incidentes y/o situaciones peligrosas de acuerdo al procedimiento aprobado por esta entidad; siendo que éste último ha establecido que deben reportarse las emergencias, que son los eventos acontecidos por un fenómeno natural o en el desarrollo de la actividad minera que generan o pueden generar lesiones; y, que comprenden a las emergencias mineras y los incidentes peligrosos y/o situaciones de emergencias.

Por lo tanto, el evento ocurrido con fecha 8 de noviembre de 2017 en el BP 745 del Nivel 1770 OB 5 hacia donde se deslizó el relleno proveniente del Tajo 019 por el colapso del tapón en las instalaciones de la Unidad Minera Cerro Lindo, causando lesiones a dos (02) trabajadores, califica como un incidente peligroso y/o situación de emergencia que debió ser reportado a OSINERGMIN dentro de las veinticuatro (24) horas de acuerdo al Procedimiento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 013-2010-OS/CD, lo cual no ocurrió en el presente caso. En efecto, esta entidad tomó conocimiento del hecho a través de la denuncia presentada por el Sindicato Unitario de Trabajadores Mineros de la Compañía Minero Milpo Unidad Cerro Lindo mediante escrito del 14 de noviembre de 2017 (fojas 47 y 48 del expediente) y no se verifica comunicación alguna por parte del titular minero en el acervo documentario de esta entidad.

En consecuencia, se verifica que la resolución impugnada fue emitida en observancia del Principio de Tipicidad, previsto en el numeral 4 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444²⁷, toda vez que el hecho imputado referido a no haber comunicado a OSINERGMIN dentro de las (24) horas el incidente peligroso y/o situación de emergencia ocurrida el 8 de noviembre de 2017 se subsume en el supuesto de hecho del tipo infractor establecido en el numeral 1.2 del Rubro A del Cuadro de Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD: "1. Incumplimientos por no presentar avisos e informes sobre accidentes y emergencias (...) 1.2. Aviso de accidente peligroso y/o situación de emergencia".

Por lo expuesto, la resolución de sanción no incurrió en causal de nulidad alguna de las previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 10° del T.U.O. de la Ley N° 27444, correspondiendo desestimar

²⁷ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (vigente a la fecha de emisión de la resolución impugnada)

T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

(...)

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. (...)"

este extremo del recurso de apelación.

Sobre el cálculo de la multa de los incumplimientos N° 1 y 2

6. En relación a lo alegado en el literal d) del numeral 2 de la presente resolución, cabe mencionar que, de conformidad con el Principio de Razonabilidad, previsto en el numeral 1.4. del Artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, vigente a la fecha del cálculo de multa, las decisiones de la autoridad administrativa cuando impongan sanciones deben mantener la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos, a fin de responder a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido²⁸.

En concordancia con dicha disposición, el numeral 3 del artículo 246° del citado T.U.O.²⁹ establece que las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observarse los siguientes criterios: a) el beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción; b) la probabilidad de detección de la infracción; c) la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; d) el perjuicio económico causado; e) la reincidencia; f) las circunstancias de la comisión de la infracción y g) la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor³⁰.

De conformidad con el Principio de Razonabilidad, la Resolución de Gerencia General N° 035 aplicada en el presente caso establece la metodología para el cálculo de la multa por las infracciones previstas en el Cuadro de Tipificación aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD, hoy Resolución N° 039-2017-OS/CD que tipifica como infracción sancionable en su numeral 6.1.2. el incumplimiento al numeral 4 del artículo 38° del RSSO.

Ahora bien, en relación al beneficio ilegalmente obtenido, la Resolución de Gerencia General N° 035 establece que el incumplimiento de las disposiciones de seguridad representa para el infractor una ventaja económica que incluye los costos evitados y/o el beneficio ilícito obtenido. Al respecto, los costos evitados se relacionan con la postergación u omisión de las inversiones destinadas a garantizar las condiciones de seguridad, mientras que el beneficio ilícito obtenido es la utilidad generada como consecuencia del incumplimiento.

²⁸ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (vigente a la fecha de emisión de la resolución impugnada)

T.U.O. de la Ley N° 27444

"Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

(...)

1.4. Principio de Razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido".

²⁹ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (vigente a la fecha de emisión de la resolución impugnada)

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:

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;

b) La probabilidad de detección de la infracción;

c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;

d) El perjuicio económico causado;

e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.

f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y

g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor".

³⁰ En concordancia con el Principio de Culpabilidad, la intencionalidad es un factor a considerar en el cálculo de la multa, salvo que por ley se hay determinado la aplicación de la responsabilidad administrativa objetiva, como es el caso de la Ley N° 27699 respecto a los incumplimientos a normas de competencia de OSINERGMIN.



En el presente caso, para el cálculo del beneficio ilegalmente obtenido se aplicó el factor de los costos evitados, constituido por las inversiones no realizadas por NEXA PERÚ para cumplir con su obligación de verificar el cumplimiento del Estándar “Diseño en madera de tapón” en la construcción de los tapones para el relleno de los Tajos 019 y 004 (numeral 4 del artículo 38° del RSSO). Al respecto, se consideró para una situación de cumplimiento los sueldos de la mano de obra que ejecutaría específicamente la construcción de los tapones de madera de acuerdo al diseño y de los Especialistas encargados de asegurar el cumplimiento del Estándar.

En relación al alegato de la administrada referido a que sí contaba con dichos profesionales, corresponde indicar que los costos evitados comprenden los sueldos de la mano de obra y los especialistas encargados (Jefe de Guardia e Ingeniero de Seguridad) que efectivamente cumplan con la obligación normativa establecida en el numeral 4 del artículo 38° del RSSO.

Asimismo, respecto a que no se consideró en el cálculo de la multa las inversiones que realizó, cabe mencionar que NEXA PERÚ no acreditó que realizó la construcción de los muros de concreto en reemplazo de los tapones de madera, conforme manifiesta. En ese sentido, no se ha constatado la realización de acciones correctivas que deban tomarse en cuenta en el cálculo de la multa por los incumplimientos N° 1 y 2.

En adición a ello, de la revisión de la resolución impugnada, se verifica que en la sección “Determinación de la Sanción” (páginas 14 al 18) se ha detallado las fuentes que se utilizaron para el cálculo de los costos evitados por los incumplimientos N° 1 y 2, indicándose que los sueldos por mano de obra y especialistas encargados fueron determinados en base al Salary Pack y la data del Banco Central de Reserva del Perú (BCRP) respecto a los índices de precios del consumidor (IPC) de Lima Metropolitana a efectos de actualizar los sueldos. Al respecto, es importante mencionar que dicha información es de público conocimiento.



Sobre el particular, el Salary Pack es un documento elaborado por la empresa Price Waterhouse Coopers (PWC), que recoge los estudios de sueldos y salarios anuales de los principales sectores económicos del país, expresados en nuevos soles a febrero de 2015, por lo que constituye una fuente objetiva de mercado.

En el presente caso, los sueldos por mano de obra y especialistas encargados determinados en base al Salary Pack (febrero de 2015) fueron actualizados a noviembre de 2017 (fecha del evento y la supervisión) en función a los IPC de febrero 2015 y noviembre de 2017, publicados por el BCRP, conforme consta a fojas 118 (reverso), 119 y 120 del expediente.

De igual forma, se detalló en la resolución de sanción que los costos de materiales para los tapones de madera fueron calculados en base a la información de mercado existente sobre los costos de las tablas, puntales y concreto (para base de puntales) necesarios para el diseño de los tapones de madera de acuerdo al Estándar³¹. Esta información consta en el presente expediente administrativo sancionador a fojas 80, al cual puede acceder la administrada de estimarlo conveniente.

Por lo expuesto, se verifica que la resolución impugnada (notificada a la administrada con fecha 2 de enero de 2019) se encuentra debidamente motivada, constituyendo el documento que detalla y sustenta las fuentes objetivas a partir de las cuales se determinaron los costos evitados por los

³¹ En la resolución de sanción se señaló que los costos de las tablas de 2"x8"x10', puntales de 6"x10' y el concreto para la base de los puntales fueron calculados en base a la información de mercado de dichos materiales obrante en los Expedientes N° 201400132392 y N° 201400118453.

incumplimientos N° 1 y 2, de conformidad con el Principio de Debido Procedimiento, regulado en el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, en concordancia con los artículos 3° y 6° de la misma norma³².



Por lo tanto, la resolución de sanción no incurrió en causal de nulidad alguna de las previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 10° del TUO de la Ley N° 27444, correspondiendo desestimar el recurso de apelación en este extremo.

Sobre alegatos adicionales

7. Respecto a lo indicado en el literal e) del numeral 2 de la presente resolución, de acuerdo al artículo 33° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, el Agente Supervisado puede solicitar el uso de la palabra al órgano sancionador o al órgano revisor. La denegatoria a dicha solicitud debe encontrarse debidamente motivada a fin de no vulnerar el derecho al debido procedimiento.

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



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

De conformidad con los numerales 16.1 y 16.3 del artículo 16° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD, y toda vez que no obra en el expediente administrativo mandato judicial alguno al que este Tribunal deba dar cumplimiento,

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por NEXA RESOURCES PERÚ S.A.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 3203-2018 de fecha 31 de diciembre

³² Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (vigente a la fecha de emisión de la resolución impugnada)

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:

(...)

1.2. 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. (...)"

"Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico".

"Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

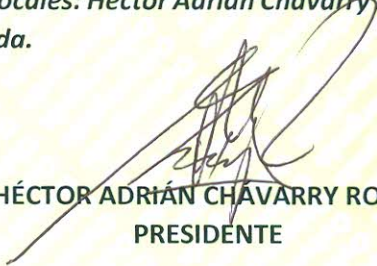
6.1. La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, (...)"

de 2018; 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 Chavarry Rojas, José Luis Harmes Bouroncle y Sergio Enrique Cifuentes Castañeda.


HÉCTOR ADRIÁN CHAVARRY ROJAS
PRESIDENTE