

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 081-2019-OS/TASTEM-S2

Lima, 04 de marzo de 2019

VISTO:

El Expediente N° 201700095321 que contiene el recurso de apelación interpuesto por DOE RUN PERÚ S.R.L. LIQUIDACIÓN EN MARCHA, representada por el señor Hugo Enrique Javier Vélchez, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 3200-2018 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.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 3200-2018, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a DOE RUN PERÚ S.R.L. LIQUIDACIÓN EN MARCHA., en adelante DOE RUN, con una multa de 28.06 (veintiocho con seis décimas) UIT por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM, en adelante RSSO, conforme al siguiente detalle:¹

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Infracción al numeral 3 del artículo 38° del RSSO² La supervisión no verificó que se haya dado cumplimiento a la IPERC para los trabajos de transporte de portaviandas y personal que efectuaba el trabajador Wilder Enrique Solís Cosme el día del accidente.	Numeral 6.1.2 del Rubro B ³	28.06 UIT ⁴

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- Aproximadamente a las 10:20 p.m. del 14 de junio de 2017, el trabajador Wilder Enrique Solís Cosme a bordo del vehículo marca Toyota, modelo Hiace (combi), de placa de rodaje N° F1N-602, se disponía a recoger personal cuando impactó la camioneta pick up de placa N° F8W-949

¹ En la resolución de sanción se resolvió archivar el presente procedimiento administrativo sancionador respecto a la infracción al artículo 98° del RSSO.

² RSSO

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

3. Tomar toda precaución para proteger a los trabajadores, verificando y analizando que se haya dado cumplimiento a la IPERC realizada por los trabajadores en su área de trabajo, a fin de eliminar o minimizar los riesgos. (...)"

³ Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD

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

Rubro B - Incumplimiento de Normas Técnicas de Seguridad Minera

6. Incumplimiento de normas de supervisión e inspecciones

6.1 Supervisión

6.1.2 Obligaciones del Supervisor

Base legal: Arts. 38° numerales 1), 3), 4), 7), 8), 11) y 12), 39°, 167° y 327° inciso f) del RSSO.

Sanción: Hasta 250 UIT

⁴ Para la determinación y graduación de las sanciones se consideraron los criterios y la probabilidad de detección aprobados por la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD y la Resolución de Gerencia General N° 256-2013, respectivamente.

que se encontraba estacionada. De la evidencia encontrada, se deduce que Wilder Enrique Solís Cosme intentó reparar la abolladura producida en la camioneta pick up; momento en el cual sufrió un accidente cerebro vascular que produjo su deceso.



- b) Durante los días 17 y 18 de junio de 2017 se efectuó una supervisión a la planta de beneficio "C.M. La Oroya-Refinación 1 y 2" de titularidad de DOE RUN, a cargo de los supervisores de OSINERGMIN.
- c) Mediante Oficio N° 1504-2018⁵ notificado a DOE RUN el 29 de mayo de 2018, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador, al cual se adjuntó el Informe de Instrucción Inicio de PAS N° 1495 de fecha 14 de mayo de 2018 y se le otorgó el plazo de siete (7) días hábiles para la presentación de sus descargos.
- d) Por escrito presentado el 15 de junio de 2018, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700095321, DOE RUN presentó sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.⁶
- e) Con Oficio N° 471-2018-OS-GSM⁷ notificado el 1 de octubre de 2018, se trasladó a DOE RUN el Informe Final de Instrucción N° 2068-2018 del 28 de setiembre de 2018, otorgándosele el plazo de cinco (5) días hábiles para que presente sus descargos.
- f) Mediante escrito presentado el 9 de octubre de 2018, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700095321, la recurrente presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción.⁸

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN



- 2. Mediante escrito del 24 de enero de 2019 registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700095321, DOE RUN interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 3200-2018, solicitando su nulidad, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

Respecto a la supuesta infracción al numeral 3 del artículo 38° del RSSO

- a) DOE RUN señala que cumplió en todo momento con lo dispuesto en la norma, toda vez que el Sobrestante (Supervisor) tomó las precauciones necesarias para que el ex trabajador Wilder Solís cumpla con su labor de transportar viandas sin ningún inconveniente.

Asimismo, menciona que de acuerdo al informe de investigación, el suceso fue detectado a las 10:40 p.m. por el trabajador Andrés Córdova López. El turno de trabajo del accidentado era de 5:00 p.m. a 01:00 a.m., periodo en el cual se encontraba realizando sus labores principales (habituales) de mantenimiento en el Área de Gestión de Equipos Pesados, conforme se acredita con el IPERC continuo elaborado por el mismo trabajador para el "Mantenimiento Preventivo de 10 horas del cargador frontal EPL-268", que se relaciona con el IPERC línea base

⁵ Documento notificado electrónicamente conforme consta en la constancia que obra a fojas 206 del expediente.

⁶ A través del escrito de fecha 5 de junio de 2018, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700095321, DOE RUN solicitó la ampliación del plazo para presentar sus descargos, lo que fue concedido mediante el Oficio N° 268-2018-OS-GSM que le fue notificado electrónicamente el 7 de junio de 2018.

⁷ Documento notificado electrónicamente conforme consta en la constancia que obra a fojas 302 del expediente.

⁸ Mediante escrito del 4 de octubre de 2018, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700095321, DOE RUN solicitó la ampliación del plazo para presentar sus descargos al Informe Final de Instrucción. Sin embargo, a través del Oficio N° 492-2018-OS-GSM, que le fue notificado electrónicamente el 12 de octubre de 2018, no se admitió el pedido de prórroga solicitado.

del Área de Equipo Pesado; documento que contempla la referida actividad.

Asimismo, de acuerdo con el Informe de Supervisión, no existe información que permita considerar lo ocurrido con el ex trabajador Wilder Enrique Solís Cosme como un accidente mortal, por lo que no se puede afirmar que dicho suceso pudo derivarse de la ejecución de la tarea o por causas relacionadas con su labor de transportar viandas.

En efecto, manifiesta que el “Servicio Diario de Transporte de Portaviandas y Personal”, observado durante la investigación, no fue la causa del accidente mortal, ya que ese trabajo se efectuó en el horario establecido de 5:45 p.m. a 6:30 p.m. En tal sentido, la observación de falta de IPERC para esta actividad no aplica para la infracción imputada, ya que contaba con todas las herramientas de gestión de seguridad durante las actividades que el trabajador fallecido realizaba.

No obstante, DOE RUN indica que, como mejora continua de las herramientas de gestión de seguridad, ha implementado la elaboración del IPERC continuo de “Servicio Diario de Transporte de Portaviandas y Personal”, el cual está incluido en el IPERC Línea Base de la sección de servicio motorizado, cuyos formatos remitió en su oportunidad a Osinergmin.

Sobre la aplicación de la condición eximente de responsabilidad

- b) La recurrente sostiene que el numeral 15.1 del artículo 15° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD, en adelante RSFS, dispone que: ***“La subsanación voluntaria de la infracción solo constituye un eximente de responsabilidad cuando se verifique que los incumplimientos detectados fueron subsanados antes del inicio del procedimiento sancionador”***. (Negritas y cursivas son de la empresa)

Agrega que en el Acta de Cierre de la Supervisión del 18 de junio de 2017 se consignó sólo un hecho verificado que no tiene relación con la infracción que ha sido sancionada.⁹ Además, DOE RUN demostró oportunamente que cumplió sus obligaciones y contaba con todas las herramientas de seguridad antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, notificado el 29 de mayo de 2017.

Por ello, refiere que en este caso no hubo incumplimientos que hayan sido consignados en el Acta de Supervisión, ya que recién mediante un Informe Complementario, elaborado en gabinete, se señaló el incumplimiento imputado materia de sanción, lo cual no permitió que ejerza su derecho de defensa, restringiendo la posibilidad de realizar una subsanación voluntaria antes del inicio del procedimiento. Asimismo, Osinergmin pudo trasladarle el citado Informe para permitirle efectuar la subsanación voluntaria y luego de ello verificar si concurrían las circunstancias que ameritaban el inicio del presente procedimiento.

⁹ La recurrente indica que el único hecho constatado en el Acta de Supervisión fue el siguiente:

N°	HECHOS VERIFICADOS
1	Se verificó que la camioneta Pick Up de placa de rodaje N° F8W-949 con código interno VHC-0133 la cual se encontró al costado del ex trabajador Wilder Enrique Solís Cosme fue estacionado en un lugar no establecido ni seguro ubicado en la parte externa del taller de equipo pesado, la cual fue impactada por la camioneta de placa de rodaje N° F1N-602 con código interno VHB-0443 (combi) con la parte trasera lado izquierdo (parachoques y carrocería) en el lado derecho (carrocería, guarda fango y puerta al costado de la llanta delantera) de la camioneta Pick Up de placa de rodaje N° F8W-949 con código interno VHC-0133 al momento de realizar maniobras de retroceso; este incidente motivó que el ex trabajador realizara actividades de reparación de la Pick Up de placa de rodaje N° F8W-949 con código interno VHC-0133. Incumpliendo el Art. 247 que todo conductor debe utilizar los estacionamientos establecidos de las instalaciones de la Empresa o lugares seguros en retroceso “listos para salir” del Reglamento Interno de Seguridad y Salud Ocupacional.

Con relación a la determinación de la sanción

- c) Indica que, según el artículo 7° del RSSO, el supervisor es el ingeniero o técnico que tiene a su cargo un lugar de trabajo o autoridad sobre uno o más trabajadores en la unidad minera. Además, la mayoría de los documentos de gestión de seguridad verificados y realizados por el trabajador fallecido están visados y firmados por el señor Hugo Zavala Gómez, quien se desempeña como Sobrestante del Área de Gestión de Equipos y tiene el rango de supervisor inmediato de primera línea.



En efecto, precisa que en la Cédula del Perfil de Puesto del Sobrestante de Gestión de Equipos con código CPPC.VPFA:060.0 del 9 de marzo de 2015, remitida junto a sus descargos, se estipulan las funciones y responsabilidades específicas como supervisor del personal bajo su cargo. Por lo tanto, la GSM no debería realizar el cálculo del costo evitado en base a un Ingeniero de Seguridad, sino sobre el costo de un Técnico Supervisor.

Igualmente, agrega que se deberían revisar los demás costos incluidos en el cálculo para evitar un perjuicio económico a su empresa, más aún cuando se encuentra inmersa en un procedimiento concursal y su presupuesto está ajustado y aprobado por su Junta de Acreedores.

Argumentos adicionales

- d) Finalmente, cita que, en virtud de lo establecido en el numeral 170.1 del artículo 170° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en adelante el T.U.O. de la Ley N° 27444, se reserva su derecho de ampliar los argumentos expuestos en su recurso de apelación.



3. Mediante el escrito del 29 de enero de 2019, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700095321, la recurrente presentó argumentos complementarios, solicitando la nulidad de la resolución apelada, de acuerdo a lo siguiente:

Sobre la vulneración del Principio de Debido Procedimiento

- a) Reitera que no hubo incumplimientos detectados que hayan sido consignados en el Acta de Supervisión, ya que sólo mediante un Informe Complementario, elaborado en gabinete, se consignó el incumplimiento sancionado, lo cual no permitió que ejerza su derecho de defensa, restringiendo la posibilidad de realizar una subsanación voluntaria antes del inicio del procedimiento.

Sostiene que de acuerdo al numeral 242.1 del artículo 242° del T.U.O. de la Ley N° 27444, el Acta de Supervisión es el documento que registra los hechos constatados objetivamente.

Por lo tanto, en este caso, considerando que el inicio del procedimiento fue el 29 de mayo de 2018, cuando ya se encontraba vigente la norma antes citada, debieron ponerse en conocimiento de la empresa las observaciones adicionales relativas al incumplimiento sancionado; pero esto no ocurrió.

- b) De otro lado, indica que la GSM en la resolución apelada sostuvo que en la etapa preliminar de los procedimientos administrativos sancionadores tiene la potestad de evaluar la información entregada y, de ser el caso, imputar cargos. Sin embargo, en este caso, la GSM no

acreditó haber puesto en conocimiento de la empresa el incumplimiento detectado como resultado de la evaluación efectuada en gabinete de manera previa al inicio del procedimiento.



Al respecto, señala que el inciso 4 del numeral 239.2 del artículo 239° del T.U.O. de la Ley N° 27444 establece el deber de las autoridades de entregar una copia del Acta de Fiscalización o documento que haga sus veces al administrado al finalizar la diligencia de inspección, consignando de manera clara y precisa las observaciones que formule el administrado. Por lo tanto, conforme a lo dispuesto en el numeral 242.1 del artículo 242° de la citada norma, el órgano de primera instancia, en este caso la GSM, debió proporcionarle dicha información a su empresa antes de iniciar el procedimiento administrativo sancionador.

En tal sentido, concluye que, al no tener conocimiento previo del Informe Complementario, no pudo efectuar la subsanación voluntaria de la infracción antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, vulnerando su derecho de defensa y, en consecuencia, el Principio del Debido Procedimiento, por lo que se debe declarar fundado su recurso, la nulidad de la resolución apelada y el archivo del presente procedimiento.¹⁰

4. A través del Memorándum N° GSM-78-2019, recibido el 11 de febrero de 2019, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la vulneración del Principio de Debido Procedimiento



5. Respecto a lo alegado en el literal b) del numeral 2 y los literales a) y b) del numeral 3 de la presente resolución, cabe precisar que el inciso 4 del numeral 239.2 del artículo 239° del T.U.O. de la Ley N° 27444 establece que las autoridades competentes tienen como deber en el ejercicio de la actividad de fiscalización, entregar copia del Acta de Fiscalización o documento que haga sus veces al administrado al finalizar la diligencia de inspección, consignando de manera clara y precisa las observaciones que formule el administrado. (Subrayado agregado)

Asimismo, conforme el numeral 242.1 del artículo 242° del T.U.O. de la Ley N° 27444, el Acta de Fiscalización o documento que haga sus veces es el documento que registra las verificaciones de los hechos constatados objetivamente.¹¹

Aunado a ello, el numeral 13.2 del artículo 13° del RSFS dispone que el Acta de Supervisión incluye necesariamente la siguiente información: lugar, fecha, hora de inicio y fin de la diligencia; el nombre o razón social del Agente Supervisado; el nombre, firma y documento de identidad de las

¹⁰ Alega que se incurrió en la causal de nulidad prevista en los numerales 1 y 2 del artículo 10° del T.U.O. de la Ley N° 27444.

¹¹ Decreto Legislativo N° 1272

Artículo 242.- Contenido mínimo del Acta de Fiscalización

(...)

242.1. El Acta de Fiscalización o documento que haga sus veces, es el documento que registra las verificaciones de los hechos constatados objetivamente y contiene como mínimo los siguientes datos:

1. Nombre de la persona natural o razón social de la persona jurídica fiscalizada.

2. Lugar, fecha y hora de apertura y de cierre de la diligencia.

3. Nombre e identificación de los fiscalizadores.

4. Nombres e identificación del representante legal de la persona jurídica fiscalizada o de su representante designado para dicho fin.

5. Los hechos materia de verificación y/u ocurrencias de la fiscalización.

6. Las manifestaciones u observaciones de los representantes de los fiscalizados y de los fiscalizadores.

7. La firma y documento de identidad de las personas participantes. Si alguna de ellas se negara a firmar, se deja constancia de la negativa en el acta, sin que esto afecte su validez.

8. La negativa del administrado de identificarse y suscribir el acta.

RESOLUCIÓN N° 081-2019-OS/TASTEM-S2

personas participantes cuando puedan ser identificadas; así como los hechos constatados.
(Subrayado agregado)

En el presente caso, de la revisión del Acta de Supervisión que obra a fojas 71 y 72 del expediente, se verificó que no se registró información referida al hecho constatado, vinculado a la infracción al numeral 3 del artículo 38° del RSSO, durante la visita de supervisión efectuada los días 17 y 18 de junio de 2017 a la planta de beneficio "C.M. La Oroya-Refinación 1 y 2".

Por lo tanto, en aplicación de lo dispuesto en el inciso 4 del numeral 239.2 del artículo 239° del T.U.O. de la Ley N° 27444, el numeral 242.1 del artículo 242° de la citada norma, en concordancia con el numeral 13.2 del artículo 13° del RSFS, vigentes a la fecha en que se efectuó la visita de supervisión, la GSM debió subsanar dicha omisión comunicándole a la administrada el hecho constatado antes de iniciar el presente procedimiento administrativo sancionador, lo cual no ocurrió.

Asimismo, cabe señalar que el Principio de Debido Procedimiento, previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, establece que los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento, los cuales comprenden -entre otros- los derechos a ser notificados, a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios, ofrecer y a producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho¹².

De acuerdo a lo expuesto y considerando que el órgano de Primera Instancia no comunicó a DOE RUN el hecho constatado durante la supervisión, vinculado a la infracción al numeral 3 del artículo 38° del RSSO, se concluye que ésta no pudo contradecirlo mediante sus alegatos o presentando los medios de prueba pertinentes antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, a fin que pudiera efectuar la subsanación voluntaria, de ser el caso.¹³ Dicha situación vulneró su derecho de defensa y, en consecuencia, el Principio de Debido Procedimiento.

Al respecto, los numerales 1 y 2 del artículo 10° del T.U.O de la Ley N° 27444¹⁴ disponen como causal de nulidad del acto administrativo la contravención a la ley o el defecto u omisión de alguno de sus requisitos de validez.

¹² T.U.O. de la Ley N° 27444

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.

¹³ En el numeral 4.1 de la resolución de sanción se señaló lo siguiente:

"En atención al informe de supervisión se debe señalar que no se aprecia información que permita considerar lo ocurrido con el trabajador fallecido como un accidente mortal, ya que no se aprecia información para vincular que ello pudo derivarse de la ejecución de la tarea o por causas no relacionadas con una tarea o por una situación propia de las circunstancias, condiciones o ambiente de trabajo.

Del informe de supervisión tampoco se observa que el suceso ocurrió como consecuencia de la ejecución de órdenes del empleador o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad.

En consecuencia, los incumplimientos que son materia del presente procedimiento administrativo sancionador, al haberse detectado con ocasión de la supervisión por el fallecimiento del trabajador Wilder Enrique Solís Cosme, tienen naturaleza subsanable." (Subrayado agregado)

¹⁴ 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. (...)

RESOLUCIÓN N° 081-2019-OS/TASTEM-S2

Por lo tanto, considerando que la resolución de sanción se emitió en contravención del Principio de Debido Procedimiento, corresponde estimar lo alegado por la administrada, debiendo declarar fundado el recurso de apelación y, en consecuencia, la nulidad de la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 3200-2018 de fecha 31 de diciembre de 2018, así como el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador, por haber incurrido en la causal de nulidad prevista en el numeral 1 del artículo 10° de la citada norma.

Finalmente, en atención a lo indicado en los numerales 13.1 y 13.3 del artículo 13° del T.U.O. de la Ley N° 27444, corresponde establecer que la nulidad declarada no afecta de modo alguno a las actuaciones relacionadas a la visita de supervisión efectuada los días 17 y 18 de junio de 2017 a la planta de beneficio "C.M. La Oroya-Refinación 1 y 2" de titularidad de DOE RUN, las cuales mantienen su validez¹⁵. Por ello, el órgano de primera instancia podrá utilizar los resultados de ésta y disponer las acciones que estime pertinentes de acuerdo a sus facultades.

En virtud a lo sostenido en los párrafos precedentes, carece de objeto emitir pronunciamiento respecto a lo indicado en el literal b) y c) del numeral 2 de la presente resolución. Asimismo, cabe precisar que, de la revisión de los actuados en el expediente, se verifica que la recurrente no ha presentado argumentos adicionales.

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 **FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la empresa DOE RUN PERÚ S.R.L. LIQUIDACIÓN EN MARCHA contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 3200-2018 de fecha 31 de diciembre de 2018 y, en consecuencia, la **NULIDAD** del procedimiento administrativo sancionador, disponiéndose su **ARCHIVO** conforme a las consideraciones expuestas en el numeral 5 de la presente resolución.

Artículo 2°.- Declarar agotada la vía administrativa.

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


HÉCTOR ADRIÁN CHÁVARRY ROJAS
PRESIDENTE

¹⁵ T.U.O. de la Ley N° 27444

Artículo 13°.- Alcances de la nulidad (...)

13.1 La nulidad de un acto sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él. (...)

13.3 Quien declara la nulidad, dispone la conservación de aquellas actuaciones o trámites cuyo contenido hubiere permanecido igual de no haberse incurrido en el vicio. (...)