

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 130-2019-OS/TASTEM-S2

Lima, 15 de abril de 2019

VISTO:



El Expediente N° 201800080531 que contiene el recurso de apelación interpuesto por CONSORCIO MINERO HORIZONTE S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 312-2019 de fecha 5 de febrero de 2019, mediante la cual se le sancionó por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM, en adelante RSSO.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución N° 312-2019, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a CONSORCIO MINERO HORIZONTE S.A., en adelante HORIZONTE, con una multa de 67.20 (sesenta y siete con veinte centésimas) 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:

| INFRACCIÓN | TIPIFICACIÓN | SANCIÓN |
|---|--|------------------------------|
| Infracción al artículo 323° del RSSO¹ Se verificó que el dren pantalla del depósito de relaves filtrados Yuracyacu se encontraba cubierto de relaves finos y no captaba el agua de las precipitaciones, por lo que incumplió lo previsto en el Plano N° 21 "Sistema de Drenaje en el Dique de Contención" y en el numeral 5.2 del "Manual de Operaciones y Plan de Contingencias", los cuales forman parte del expediente técnico que sustentó la autorización de funcionamiento aprobada por la Resolución Directoral N° 1095-2015-MEM/DGM del 3 de agosto de 2015. | Numeral 2.2.5 del Rubro B ² | 67.20 UIT |
| MULTA | | 67.20 UIT³ |



¹ RSSO

"Artículo 323.- Los depósitos de relaves, pads, pilas de lixiviación y botaderos de desmontes deberán construirse y operarse de acuerdo al expediente técnico, así como a sus autorizaciones de construcción y funcionamiento otorgadas por la Dirección General de Minería o Gobierno Regional, según corresponda, debiéndose controlar los parámetros de diseño (condiciones geométricas y parámetros operativos) aprobados.

Para la operación de los depósitos de relaves, pads, pilas de lixiviación y depósitos de desmonte (botaderos), el titular de actividad minera está obligado a contar permanentemente con supervisión profesional a cargo de un ingeniero especializado y con experiencia en geotecnia."

² Resolución 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

2. Incumplimiento de normas de diseño, instalación, construcción, montaje, operación, proceso, control de terreno

2.2 En concesiones de beneficio (Plantas concentradoras, pirometalúrgicas, hidrometalúrgicas y electrometalúrgicas)



2.2.5 Operación de depósitos de relaves y pilas de lixiviación

Base legal: Art. 323° del RSSO y art. 4° del D.S. N° 001-2015-EM.

Multa: 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. Asimismo, se aplicó lo dispuesto en la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- 
- 
- a) Con fecha 29 de octubre de 2017, se produjo un derrame de relaves proveniente del depósito de relaves filtrados Yuracyacu en la unidad minera “Acumulación Parcoy N° 1”⁴ de titularidad de HORIZONTE. Con fecha 30 de octubre de 2017, la empresa dio aviso de la situación de emergencia a OSINERGMIN.
 - b) Durante los días 3 al 6 de noviembre de 2017 se efectuó una supervisión a la unidad minera “Acumulación Parcoy N° 1” a cargo de supervisores designados por OSINERGMIN.
 - c) A través del Oficio N° 1715-2018⁵, que obra a fojas 64 del expediente, notificado a HORIZONTE el 20 de junio de 2018, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.
 - d) Por escrito presentado el 9 de julio de 2018, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201800080531, HORIZONTE remitió sus descargos y solicitó el uso de la palabra.
 - e) Mediante Oficio N° 552-2018-OS-GSM⁶ notificado el 6 de noviembre de 2018, se remitió a HORIZONTE el Informe Final de Instrucción N° 2361-2018. Asimismo, con Oficio N° 553-2018-OS-GSM notificado en la fecha antes indicada, se le citó para audiencia de informe oral.
 - f) Con escrito presentado el 13 de noviembre de 2018, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201800080531, HORIZONTE remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción y solicitó el uso de la palabra.
 - g) Los representantes de HORIZONTE asistieron al informe oral programado el 14 de noviembre de 2018, tal como se verifica del Acta que obra a fojas 170 del expediente.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Mediante escrito de registro N° 201800080531 del 28 de febrero de 2019, ampliado con el escrito de fecha 4 de marzo de 2019, HORIZONTE interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 312-2019, solicitando se declare su nulidad en atención a los siguientes fundamentos:

Respecto a la supuesta vulneración al Principio de Jerarquía Normativa

- a) HORIZONTE manifiesta que OSINERGMIN determinó en la resolución apelada que la supuesta infracción no es pasible de subsanación voluntaria, en virtud a lo dispuesto en el literal c) del numeral 15.3 del artículo 15° del RSFS⁷, incumpliendo de esta manera con el Principio de Predictibilidad recogido en el numeral 1.15 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O de la Ley N° 27444.

⁴ La unidad minera “Acumulación Parcoy”, se encuentra ubicada en el distrito de Parcoy, provincia de Patate y departamento de la Libertad.

⁵ Documento notificado con la Cédula de Notificación N° 184-2018-OS-GSM que obra a fojas 63 del expediente. Al citado oficio de inicio se adjuntó el Informe de Instrucción Inicio de PAS N° 1733.

⁶ Documento notificado con la Cédula de Notificación N° 435-2018-OS-GSM que obra a fojas 105 del expediente.

⁷ 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

Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción (...)

15.3 No son pasibles de subsanación: (...)

c) Incumplimientos sobre reportes o informes de accidentes y/o situaciones de emergencia.

Al respecto, sostiene que en el artículo 255° del T.U.O de la Ley N° 27444 se ha establecido que la subsanación voluntaria por parte del administrado del acto constitutivo de una infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de los cargos, constituye un eximente de responsabilidad. En otras palabras, el T.U.O de la Ley N° 27444 no diferencia entre tipos de infracciones (subsanciables o no subsanciables), si no que estipula que todas pueden ser objeto de subsanación voluntaria, lo que configura un eximente de responsabilidad, siempre que se realice de forma previa al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

En el presente caso, como ha quedado acreditado en el expediente, HORIZONTE realizó el levantamiento de los hechos verificados durante la supervisión especial realizada del 3 al 6 de noviembre de 2017, antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador.

Por ello, imponer una sanción a HORIZONTE cuando efectuó la subsanación conforme a lo establecido en el literal f) del numeral 1 del artículo 255° del T.U.O de la Ley N° 27444, implica vulnerar lo establecido en una norma con rango de ley, toda vez que la sanción se sustentó en base a una norma reglamentaria de OSINERGMIN.

En consecuencia, en ninguno de los extremos del T.U.O de la Ley N° 27444 se abrió la posibilidad ni se autorizó a OSINERGMIN la competencia de incorporar supuestos no pasibles de subsanación voluntaria, ni crear procedimientos especiales (reglamentos especiales, como el RSFS, norma infra legal) para imponer condiciones menos favorables a los administrados que los otorgados por normas con rango de ley.

Por lo antes expuesto, HORIZONTE afirma que la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 312-2019 vulnera el Principio de Jerarquía Normativa, toda vez que contradice el artículo 255° del T.U.O de la Ley N° 27444, lo cual le niega su derecho de efectuar la subsanación voluntaria.

Sobre la configuración de la causal eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria

- b) Reitera lo alegado en sus descargos en el sentido de que, mediante escrito de fecha 12 de marzo de 2018, acreditó haber culminado el levantamiento de todos los hechos verificados en la visita de supervisión realizada del 3 al 6 de noviembre de 2017, lo que fue corroborado en la inspección realizada en los meses de marzo de 2018 y en octubre de 2018⁸, en las cuales no se verificó algún hallazgo. En las fotografías de la supervisión se observan las medidas implementadas en el depósito de relaves filtrados Yuracyacu.
- c) La empresa señala que en el Informe Final de Instrucción N° 2361-2018, el propio OSINERGMIN reconoce que HORIZONTE cumplió con realizar las acciones correctivas y el levantamiento de los hechos verificados en la inspección efectuada del 3 al 6 de noviembre de 2017⁹, toda vez que se acreditó la instalación de una cobertura de protección de geomembrana sobre el talud

⁸ La supervisión regular en geotécnica por OSINERGMIN.

⁹ La empresa menciona el segundo párrafo del Análisis de los Descargos del Informe Final de Instrucción N° 2361-2018: "... mediante el escrito de fecha 12 de marzo de 2018, HORIZONTE presentó el Informe Final de Obra "Obras de protección y drenaje del talud del depósito de relaves filtrados Yuracyacu", EN DONDE ACREDITA haber instalado una cobertura de protección de geomembrana sobre el talud de terraplén de relaves acumulados en el vaso del depósito de relaves Yuracyacu, así como la construcción de un muro de gaviones como contención una cuneta de drenaje en el talud aguas arriba del dique, estas actividades ejecutadas por el titular minero serán consideradas como factor atenuante para la determinación de la sanción". SIC (La mayúscula es de la empresa recurrente). Este reconocimiento de OSINERGMIN, también se observa en el primer y segundo párrafo de las Acciones Correctivas del Informe Final de Instrucción N° 2361-2018: "Constituye un factor atenuante la realización de acciones, debidamente acreditadas por parte del Agente Supervisado, para cumplir con la obligación infringida hasta la presentación de los descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador" En el presente caso, dentro del plazo señalado. HORIZONTE acreditó la instalación de una cobertura de protección de geomembrana sobre el talud del terraplén de relaves acumulados..."

RESOLUCIÓN N° 130-2019-OS/TASTEM-S2

del terraplén de relaves acumulados en el vaso del depósito de relaves Yuracyacu, un muro como contención y una cuneta de drenaje en el talud aguas arriba del dique, lo que la GSM consideró como factor atenuante que rebaja la multa por la supuesta infracción cometida.



En ese sentido, queda totalmente acreditado que HORIZONTE cumplió con levantar los hechos verificados durante la visita de supervisión.

Por lo tanto, corresponde a OSINERGMIN considerar la subsanación como realizada antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador (20 de junio de 2018), a fin de aplicar el eximente de responsabilidad previsto en 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 la Resolución N° 040-2017-OS/CD, en adelante RSFS, en concordancia con el numeral 1 del artículo 255° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS¹⁰, en adelante el T.U.O. de la Ley N° 27444, y, en consecuencia, declarar fundado su recurso y el archivo del procedimiento.

Con relación al daño establecido en el literal a) del numeral 15.3 del artículo 15° del RSFS y la eximencia de la responsabilidad

- d) HORIZONTE sostiene que el incidente producido no ha generado algún daño que determine que la infracción imputada no sea pasible de subsanación, toda vez que el derrame de relaves del depósito de Yuracyacu no causó daño alguno (ni potencial, ni real) en las áreas de cultivo de su propiedad o en la de terceros. Dicho derrame fue remediado inmediatamente por su empresa, conforme fue constatado por el OEFA y verificado en la visita de supervisión de OSINERGMIN efectuada del 3 al 6 de noviembre de 2017. En efecto, cuando OSINERGMIN llega a la zona el 3 de noviembre de 2017, es decir tres días después de acontecido el derrame de relaves, no encontró rastros de dicho derrame en el terreno de HORIZONTE (véanse las fotos de la supervisión), lo cual representa más del 90% del área derramada.



Asimismo, OSINERGMIN, OEFA y la Fiscalía Especializada en Materia Ambiental del Ministerio Público corroboraron que la población impidió a HORIZONTE el ingreso a los terrenos de terceros para remediar el área derramada, por lo que, recién el 6 de noviembre de 2017, es decir seis días después de acontecido el derrame de relaves, realizó la remediación inmediata de los terrenos de terceros, la toma de muestra y monitoreos respectivos para acreditar las acciones que efectuó.

La resolución impugnada para sustentar la existencia del daño se limita a señalar que HORIZONTE reportó que el derrame afectó áreas de cultivo de su propiedad y de terceros, indicando, además, que dicha situación fue verificada por la supervisión y que las remediaciones se dieron precisamente ante la existencia de daños.

Sobre el particular, no niega que el derrame de relaves (con alto porcentaje de contenido de agua de lluvia y en un mínimo porcentaje de sustancias de relaves) se produjo en terrenos de HORIZONTE y de terceros; no obstante, reitera que adoptó las acciones correspondientes e inmediatas de remediación verificadas por la propia supervisión de la empresa contratada por OSINERGMIN, con lo cual no se generaron daños irreparables.

¹⁰ Normativa aplicable al presente caso, con la cual se inició y se tramitó el procedimiento administrativo sancionador. Cabe indicar que el nuevo T.U.O aprobado por D.S N° 004-2019-JUS, en su artículo 257° establece los mismos requisitos de eximencia que los contenidos en el artículo 255° del T.U.O aprobado por D. S. N° 006-2017-JUS. Por lo que ambos tienen el mismo contenido legal.

Por lo tanto, no se cumple el presupuesto del daño establecido en el literal a) del numeral 15.3 del artículo 15° del RSFS. En ese sentido, la infracción imputada es pasible de subsanación y, consecuentemente, opera el eximente de responsabilidad administrativa en el presente procedimiento administrativo sancionador, según lo establecido en el artículo 255° del T.U.O de la Ley N° 27444.



Sobre la existencia de caso fortuito

- e) HORIZONTE menciona que, de la revisión del histórico de la información meteorológica brindada por su propia estación Matibamba¹¹, se concluye claramente que las lluvias ocurridas los días previos y el día del derrame fueron de carácter totalmente extraordinario e inusual, lo que constituyó un evento de carácter fortuito y determinante para que se produjera el derrame.

En efecto, del análisis del reporte meteorológico de la estación Matibamba, adjunto a su recurso en dos discos compactos –CD, se ha confirmado que el comportamiento en el año 2017 respecto de las precipitaciones fluviales producidas sobre el área del depósito de relaves filtrados de Yuracyacu desde el 26 de octubre al 30 de octubre de años anteriores fue totalmente inusitado, toda vez que en el año 2016 se registró 0.4 mm y el 2017 fue 63.8 mm es decir 1,160.00% superior al 2016.

Asimismo, el registro de precipitación acumulada en los años 2014 y 2015 para el mismo intervalo de días demuestra la misma tendencia del año 2016, es decir, valores de precipitación menores al año 2017¹², por lo que dicho reporte expresa un inusual y extraordinario aumento de precipitación pluvial en el área de 63.8 mm; circunstancia no solo extraordinaria sino impredecible e irresistible, que ha sido determinante para la ocurrencia del derrame de relaves provenientes del depósito de relaves Yuracyacu.



Agrega que esta circunstancia es extraordinaria, toda vez que, como ha sustentado con la data meteorológica, esta lluvia era imprevisible, al no haberse reportado antecedentes de lluvias similares, e irresistible, pues a pesar de haber activado los protocolos de seguridad de forma inmediata a la ocurrencia del evento, se vio imposibilitada de controlar el derrame.

Añade que solicitó información meteorológica al SENAMHI de las estaciones próximas a la relavera Yuracyacu sobre las lluvias ocurridas; sin embargo, el sistema de dicha entidad no está funcionando, lo cual puede ser corroborado si se ingresa a su página web

¹¹ HORIZONTE indica que la estación meteorológica se encuentra a 3 km de la relavera Yuracyacu.

¹² La recurrente presenta un cuadro ilustrativo:

| DÍA | CMH | | | |
|--------|------|------|------|------|
| | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 |
| | (mm) | (mm) | (mm) | (mm) |
| 26-Oct | 2.8 | 0 | 0 | 3.6 |
| 27-Oct | 0 | 0 | 0.4 | 13.2 |
| 28-Oct | 4.4 | 0 | 0 | 47 |
| 29-Oct | 1.2 | 2.8 | 0 | 0 |
| 30-Oct | 0.6 | 1.4 | 0 | 0 |
| TOTAL | 9 | 4.2 | 0.4 | 63.8 |

En ese orden de ideas, considera que la causa del derrame de relaves constituye un evento fortuito y, por tanto, las consecuencias del mismo no pueden ser imputadas a HORIZONTE; debiendo revocarse la multa impuesta.

3. A través del Memorándum N° GSM-154-2019, recibido el 20 de marzo de 2019, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a la supuesta vulneración del Principio de Jerarquía Normativa y la configuración de la causal eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria

4. Con relación a lo indicado en los literales a) y b) del numeral 2 de la presente resolución, cabe precisar que el artículo 51° de la Constitución Política del Perú¹³ establece que la Autoridad Administrativa tiene el deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución, por lo que se encuentra sometida, en primer lugar, a la Constitución de manera directa y, en segundo lugar, al Principio de Legalidad.

Asimismo, la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley, sino por su vinculación a la Constitución. Esta vinculación de la administración a la Constitución se aprecia en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, la cual, si bien formalmente ha sido denominada por la propia Ley como "Principio de Legalidad"¹⁴, en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica de la Constitución, al prever que "las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho (...)". (Subrayado agregado).

En ese marco normativo, cabe señalar que mediante el Decreto Legislativo N° 1272 vigente desde el 22 de diciembre de 2016, se modificó la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, disponiéndose en el literal f) del numeral 1 del artículo 236°-A de la mencionada Ley, en concordancia con el artículo 255° del T.U.O de la Ley N° 27444, que constituye una condición eximente de la responsabilidad por infracción, 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 235° del aludido cuerpo legal¹⁵.

¹³ 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.

¹⁴ Se precisa que existen dos sistemas de control de la constitucionalidad y legalidad de las normas jurídicas, según sea el órgano al cual la Constitución encargue dicho cometido. Uno de ellos se denomina control concentrado porque se crean órganos constitucionales con la específica finalidad de ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes; y, el otro sistema se llama control difuso, porque cualquier operador del derecho, en caso de conflicto entre una norma de superior jerarquía con otra de inferior jerarquía, debe preferir la primera al resolver un caso concreto.

No obstante, es pertinente indicar que el cumplimiento de una disposición expresa de rango legal, debe entenderse como el apego de toda Autoridad Administrativa a los Principios de Legalidad y de Jerarquía Normativa, lo cual no puede ser entendido como ejercicio de "control difuso", el cual implica exclusivamente una facultad del poder judicial en una situación de conflicto entre una norma ordinaria y una norma constitucional, debiéndose preferir esta última. (subrayado agregado)

¹⁵ Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS. En el actual T.U.O aprobado por D.S N° 004-2019-JUS se establece la misma eximencia.

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.

En ese sentido, la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1272, dispuso que las entidades tendrán un plazo de sesenta (60) días, contado desde la vigencia del citado Decreto Legislativo, para adecuar sus procedimientos especiales, según lo previsto en el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444¹⁶.



De acuerdo a ello, OSINERGMIN, en ejercicio de sus funciones normativas, dispuestas por el inciso c) del artículo 3° de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos¹⁷ y el artículo 3° de la Ley N° 27699 - Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN¹⁸, ha incorporado en el RSFS la figura del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1272, así como ha regulado los incumplimientos que no son pasibles de subsanación voluntaria, considerando para ello las características y naturaleza de las obligaciones exigidas y su condición de normas de orden público conforme a la normativa vigente.

En ese orden de ideas, podemos señalar que el literal f) del artículo 236-A° de la Ley N° 27444 y el artículo 255° del T.U.O. de la mencionada Ley, no establecen en modo alguno que todas las infracciones son pasibles de subsanación, sino que en caso se efectúe la subsanación de la infracción antes del inicio del procedimiento, corresponderá eximir de responsabilidad al infractor, siendo importante precisar que evidentemente para la configuración de este supuesto, la subsanación debe ser posible de realizar¹⁹.



En efecto, cabe precisar que en los numerales 15.1, 15.2 y 15.3 del artículo 15° del RSFS se establecen las siguientes condiciones para la configuración de la causal de eximente de responsabilidad:

- i. La oportunidad de la subsanación voluntaria. Se cumple con dicha condición cuando se da con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos, actuación con la que se inicia el procedimiento administrativo sancionador.

¹⁶ Decreto Legislativo N° 1272

Disposiciones Complementarias Transitorias

Primera. - Las entidades tendrán un plazo de sesenta (60) días, contado desde la vigencia del presente Decreto Legislativo, para adecuar sus procedimientos especiales según lo previsto en el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

¹⁷ Ley N° 27332

"Artículo 3.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones: (...)

c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;


Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo reafirmado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador."

¹⁸ Ley N° 27699


"Artículo 3.- Procedimientos Administrativos Especiales

El OSINERG, a través de su Consejo Directivo, está facultado para aprobar procedimientos administrativos especiales que normen los procesos administrativos vinculados con la Función Supervisora, Función Supervisora Específica y Función Fiscalizadora y Sancionadora, relacionados con el cumplimiento de normas técnicas, de seguridad y medio ambiente, así como el cumplimiento de lo pactado en los respectivos contratos de privatización o de concesión, en el Sector Energía; para lo cual tomará en cuenta los principios contenidos en la Ley de Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444."

¹⁹ Sobre el particular, cabe mencionar que, de acuerdo al diccionario de la Real Academia Española, la definición de subsanar contiene la acepción, reparar o remediar un defecto o resarcir un daño.

- 
- ii. La voluntariedad de la subsanación²⁰ por parte del administrado; esto es que, al realizar la conducta que revierte el supuesto incumplimiento de la norma sustantiva que sostiene el tipo infractor, esta debe efectuarse de manera espontánea y libre por el administrado, sin que sea inducida, generada o como respuesta a cualquier mandato o medida administrativa dentro de un procedimiento administrativo sancionador que sea exigible al administrado.
- iii. Así también, en observancia del Principio de Legalidad, dicho Reglamento ha regulado los incumplimientos que no son pasibles de subsanación voluntaria, considerando para ello las características y naturaleza de las obligaciones exigidas y su condición de normas de orden público conforme a la normativa vigente, toda vez que no todas las actividades que realizan los administrados pueden ser consideradas como condición eximente de responsabilidad, ya que existen infracciones que por su propia naturaleza son de imposible reversión según la descripción de la propia conducta. (Subrayado agregado)

De lo expuesto, se precisa que la inaplicación del eximente de responsabilidad administrativa, en los supuestos que no son pasibles de subsanación voluntaria previstos por el inciso 15.3 del artículo 15° del RFS²¹, no vulnera el Principio de Legalidad, toda vez que corresponden a aquéllos incumplimientos que por su naturaleza son irreversibles, garantizando de esta forma la protección constitucional sobre los derechos y bienes jurídicos que, por su propia competencia, OSINERGMIN tutela.



De ahí que el listado de infracciones no pasibles de subsanación contenido en el numeral 15.3 del artículo 15° del RSFS, el cual fue elaborado en función de la naturaleza de las infracciones y la posibilidad material de subsanar los incumplimientos, y regulado por OSINERGMIN en ejercicio de su facultad normativa, de modo alguno vulnera el Principio de Legalidad.

²⁰ Esta conducta, conforme al TUO de la LPAG, implica una subsanación del incumplimiento de la norma sustantiva cuando se adopten aquellas acciones que reconducen la actuación del administrado a cumplir con las normas vulneradas, y, de ser el caso, también a remover las posibles consecuencias negativas devenidas de la comisión la infracción. Evidentemente, en algunos casos que no involucren consecuencias negativas, la subsanación no tendrá como fin su remoción, sino solamente que el administrado haya orientado su situación jurídica hacia el cumplimiento de la norma sustantiva infractora.

²¹ Resolución N° 040-2017-OS/CD, vigente desde el 19 de marzo de 2017, antes del inicio del presente procedimiento administrativo sancionador.

"Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción

15.3 No son pasibles de subsanación: (...)

15.3 No son pasibles de subsanación:

- a) Aquellos incumplimientos relacionados con la generación de accidentes o daños.
- b) Aquellos incumplimientos de obligaciones sujetas a un plazo o momento determinado cuya ejecución posterior pudiese afectar la finalidad que persigue, o a usuarios o clientes libres que se encuentren bajo el ámbito de competencia de Osinergmin.
- c) Incumplimientos sobre reportes o informes de accidentes y/o situaciones de emergencia.
- d) Los incumplimientos que impliquen la obstaculización o el impedimento del ejercicio de la función supervisora y/o fiscalizadora de Osinergmin, así como el incumplimiento de las medidas administrativas.
- e) Incumplimientos relacionados a la presentación de información o documentación falsa.
- f) Incumplimientos de normas sobre uso del equipo de Sistema de Posicionamiento Global, obligaciones relativas al uso del Sistema de Control de Órdenes de Pedido (SCOP), o falta de registro y/o actualización de precios de venta de combustible en el Sistema Price de Osinergmin.
- g) Incumplimientos relacionados con el expendio, abastecimiento, despacho, comercialización, suministro o entrega de Hidrocarburos u Otros Derivados a personas no autorizadas.
- h) Incumplimientos relacionados con procedimientos o estándares de trabajo calificados como de alto riesgo, normas que establecen parámetros de medición, límites o tolerancias, tales como, normas de control de calidad, control metrológico, peso neto de cilindros de GLP, parámetros de aire o emisión, existencias, entre otros.
- i) Los incumplimientos de indicadores verificados en procedimientos de supervisión muestral, salvo que se acredite el levantamiento de la infracción en todo el universo al que representan las muestras.
- j) Incumplimientos relacionados con la obtención de autorizaciones exigibles para una actividad, que fueran obtenidas o regularizadas con posterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- k) Los actos u omisiones que hubiesen generado la imposición de una medida correctiva, medida cautelar o mandato, por parte de Osinergmin, orientada al levantamiento del incumplimiento suscitado.
- l) Otros que apruebe el Consejo Directivo.

En esa línea de razonamiento, se debe precisar que en el literal a) del numeral 15.3 del artículo 15° del RSFS²², OSINERGMIN ha dispuesto que no son pasibles de subsanación aquellos incumplimientos relacionados con la generación de accidentes o daños. (Subrayado agregado).



Sobre el particular en el caso materia de análisis, al inicio del presente procedimiento y en la resolución impugnada se indicó a la administrada que la infracción imputada no es pasible de subsanación, toda vez que el incumplimiento al artículo 323° del RSSO trajo como consecuencia el derrame de relaves del depósito de relaves Yuracyacu, el cual afectó áreas de cultivo de la recurrente y de terceros, produciendo daños como se analizará en el siguiente numeral.

En consecuencia, se advierte que el procedimiento especial que es el RSFS aprobado por OSINERGMIN, ha respetado las disposiciones contenidas en el T.U.O. de la Ley N° 27444 y el análisis de cada caso se interpreta conforme al Decreto Legislativo N° 1272, considerando que ninguna condición puede ser menos favorable para los administrados²³.

En ese sentido, se debe declarar infundado el recurso de apelación en estos extremos.

Sobre el daño establecido en el literal a) del numeral 15.3 del artículo 15° del RSFS y la eximencia de responsabilidad

5. Respecto a lo manifestado en los literales c) y d) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde reiterar que de acuerdo al Principio de Legalidad previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 y sus modificatorias, 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.



De allí que la exigencia de la legalidad de la actuación administrativa implique que las decisiones que adoptan las entidades al interior de los procedimientos administrativos sean compatibles con el sentido de las normas que integran el ordenamiento jurídico y respondan a los procedimientos y contenido pautado por éstas.

Además, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 27699, toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia del OSINERGMIN, constituye infracción sancionable²⁴.

La obligación cuyo incumplimiento se imputa a la recurrente, prevista en el artículo 323° del RSSO, dispone que: “Los depósitos de relaves, pads, pilas de lixiviación y botaderos de desmontes deberán construirse y operarse de acuerdo al expediente técnico, así como a sus autorizaciones de construcción y funcionamiento otorgadas por la Dirección General de Minería o Gobierno

²² Resolución N° 040-2017-OS/CD

“Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción

15.3 No son pasibles de subsanación: (...)

h) Incumplimientos relacionados con procedimientos o estándares de trabajo calificados como de alto riesgo, normas que establecen parámetros de medición, límites o tolerancias, tales como, normas de control de calidad, control metrológico, peso neto de cilindros de GLP, parámetros de aire o emisión, existencias, entre otros. (...)”

²³ En efecto, no se ha trasgredido lo dispuesto por el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444 y modificatorias, que establece que las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente ley, ya que conforme se explicó la infracción materia de análisis no admite subsanación alguna.

²⁴ Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG)

“Artículo 1°.- Facultad de Tipificación

Toda acción u omisión que implique incumplimientos a las leyes, reglamentos y demás normas bajo ámbito de competencia del OSINERG constituye infracción sancionable. (...)”

Regional, según corresponda, debiéndose controlar los parámetros de diseño (condiciones geométricas y parámetros operativos) aprobados.” (Subrayado nuestro)

De acuerdo a ello, OSINERGMIN en ejercicio de sus funciones, del 3 al 6 de noviembre de 2017 realizó una visita de supervisión a la unidad minera “Acumulación Parcoy N° 1”, conforme se aprecia del Acta, del Informe de Supervisión y del Informe de Instrucción de Inicio de PAS N° 1733 obrantes en el expediente. En virtud a dichos documentos y, tal como fue expuesto en la resolución impugnada, la infracción imputada a HORIZONTE se sustentó en lo siguiente:

- (i) La Resolución Directoral N° 1095-2015-MEM/DGM del 3 de agosto de 2015 autorizó el funcionamiento del depósito de relaves filtrados Yuracyacu, obrante a fojas 62 vuelta del expediente. La ingeniería de detalle que sustenta esta autorización contiene el Plano N° 21 “Sistema de Drenaje en el Dique de Contención”, el cual prevé la existencia de un sistema de drenaje en el talud aguas arriba del cuerpo de presa (dren pantalla) con un borde libre de 1 m para permitir que el agua de escorrentía sea captada por sistema de drenaje. (Subrayado agregado)
- (ii) El “Manual de Operaciones y Plan de Contingencias”, que obra a fojas 40 del expediente, señala en el numeral 5.2 Control del agua de precipitación y escorrentía, que: *“Para el control de agua de precipitación y escorrentía, (...) dispondrán de subdrenaje y cunetas de drenaje la cual debe mantenerse limpia y en buen estado de operación, de tal manera de asegurar una rápida evacuación de las aguas de lluvia y de escorrentía hacia los sistemas de drenaje proyectados”.*

Cabe señalar que el Plano N° 21 “Sistema de Drenaje en el Dique de Contención” y el “Manual de Operaciones y Plan de Contingencias”, elaborados por BISA el año 2011, forman parte del expediente técnico que sustentó la citada Resolución N° 1095-2015-MEM/DGM del 3 de agosto de 2015 sobre autorización de funcionamiento del depósito de relaves filtrados Yuracyacu.

Sin embargo, de acuerdo a lo detallado en el Acta de Supervisión, el 29 de octubre de 2017, ocurrió el derrame de relaves filtrados y las aguas de precipitaciones pluviales se encausaron hacia el talud aguas arriba lado oeste del depósito de relaves, portando partículas finas de relaves originados por la erosión de los taludes del terraplén conformado por relaves filtrados, colmatando el área adyacente al talud aguas arriba del dique de contención lado oeste con los relaves finos, originando el desborde de relaves.

Asimismo, conforme a lo citado en el Acta, los relaves finos que circularon con las aguas de las precipitaciones pluviales cubrieron la pantalla drenante construida en el talud aguas arriba del dique no permitiendo el drenaje a través de esta. Además, hubo una supervisión deficiente en el control de nivel de las aguas ubicadas en la zona oeste del depósito de relaves Yuracyacu²⁵. Dicho derrame abarcó parte del área de plantaciones de árboles frutales de HORIZONTE, ubicado aguas abajo del dique de contención lado oeste, así como un sector del terreno de la comunidad de Yuracyacu.

En ese sentido, no se cumplió con mantener en condiciones operativas el dren pantalla, el cual se encontraba cubierto de relaves finos, por lo que no pudo captar el agua de las precipitaciones, lo

²⁵ Hubo una supervisión deficiente en el control de nivel de aguas ubicadas en la zona oeste del depósito de relaves Yuracyacu durante las precipitaciones pluviales para adoptar medidas oportunas a fin de evitar el desborde de relaves. El supervisor inspecciona solo un área del depósito, retirándose del lugar para continuar con la supervisión de otros depósitos de relaves.

cual HORIZONTE infringió lo previsto en el artículo 323° del RSSO. Esta situación no ha sido desconocida por la recurrente durante el presente procedimiento, por lo tanto, conforme a los actuados, el incumplimiento se acreditó de manera objetiva.



Ahora bien, como se ha señalado en el numeral 4 de la presente resolución, en el presente caso, tal como se indicó a HORIZONTE al inicio del presente procedimiento y en la resolución impugnada, la infracción imputada no es pasible de subsanación, toda vez que el incumplimiento al artículo 323° del RSSO trajo como consecuencia el derrame de relaves del depósito de relaves Yuracyacu, el cual afectó áreas de cultivo de la recurrente y de terceros.

En efecto, a fojas 14 del expediente, en el Informe de Supervisión se concluye que el derrame de relaves impactó 1500 m² en las plantaciones de árboles frutales de HORIZONTE y 700 m² en las propiedades del anexo de Yuracyacu.

Asimismo, la propia recurrente, en el Informe Final presentado a OSINERGMIN, el cual tiene carácter de declaración jurada, indica como “impactos y/o daños ambientales” contaminación del suelo en terrenos de cultivo del fundo Yuracyacu de HORIZONTE, así como dos parcelas privadas; y en el detalle de acciones señala que procedió con la inspección de las áreas afectadas en conjunto con la población, evidenciándose los daños generados por el contacto entre relave diluido y los terrones, además indica que procedió con la remediación de las áreas afectadas.

Es importante precisar que, de acuerdo al RSSO, los depósitos de relaves, pads, pilas de lixiviación y depósitos de desmontes se deben construir y operar acorde con el expediente técnico y la autorización otorgada. En consecuencia, el cumplimiento de las condiciones y parámetros de un componente minero autorizado constituye una obligación que exige un cumplimiento constante, a fin de garantizar el desarrollo de las actividades mineras en condiciones de seguridad.



Por ello, la Primera Instancia indicó en su resolución que se encuentra prohibido construir u operar un componente sin cumplir con las autorizaciones otorgadas por la Dirección General de Minería y, en caso dicho incumplimiento hubiese generado daños, ello constituye una trasgresión respecto a la cual no cabe admitir el supuesto de subsanación voluntaria y eximente de responsabilidad, ya que se estaría atentando contra la finalidad del RSSO y afectando el cumplimiento de la norma, la cual es una norma de orden público.

Además, cabe señalar que las acciones de mitigación o remediación de un siniestro tipo derrame de relaves filtrados con precipitaciones pluviales constituyen obligaciones de ejecución inmediata para evitar que se siga produciendo el daño.

En base a lo expuesto, lo alegado por HORIZONTE respecto a que no se produjo afectación o algún daño, dada la inmediata remediación ejecutada o que recién ingresaron a remediar los terrenos el 6 de noviembre de 2017 debido al impedimento de los pobladores, resultan improcedentes para eximirla de responsabilidad, toda vez que sí existió daño.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que las remediaciones aludidas se dieron precisamente ante la existencia de daños. En efecto, conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española la definición de remediar contiene la acepción: *Poner remedio al daño*. En ese sentido, las acciones de remediación adoptadas por HORIZONTE, tales como activar inmediatamente su plan de contingencias, controlar el derrame de relaves filtrados y lluvia, constituyen medidas correctivas posteriores al evento que incluyen la remediación del daño generado, por lo que no

la eximen de responsabilidad.

En consecuencia, las acciones de remediación ambiental y monitoreo sustentadas por HORIZONTE no constituyen subsanación para los efectos del artículo 255° del T.U.O de la Ley, sino una obligación de restitución o reparación, conforme a ley²⁶, toda vez que no inciden en el cumplimiento del artículo 323° del RSSO, sino en la rehabilitación de las consecuencias del ilícito administrativo incurrido, pues debió operar el depósito de relaves conforme lo autorizado.

En virtud de lo señalado, carece de sustento lo sostenido por la recurrente respecto a que habría subsanado el incumplimiento imputado antes de la notificación del inicio del procedimiento administrativo sancionador, por lo que resultó correcta la actuación de la GSM al no aplicar la condición eximente de responsabilidad administrativa prevista en el literal f) del numeral 1 del artículo 255° del T.U.O. de la Ley N° 27444.

No obstante, tal como lo indicó la GSM en la resolución apelada, HORIZONTE, mediante carta de fecha 12 de marzo de 2018, presentó el Informe Final de Obra "Obras de protección y drenaje del talud del depósito de relaves filtrados Yuracyacu", en donde acredita haber instalado una cobertura de protección de geomembrana sobre el talud del terraplén de relaves acumulados en el vaso del depósito de relaves Yuracyacu, así como la construcción de un muro de gaviones como contención y una cuneta de drenaje en el talud aguas arriba del dique.

Dichas acciones fueron estimadas en la graduación del cálculo de la sanción y se aplicó el factor atenuante vinculado a la circunstancia de la comisión de la infracción en la graduación de la multa, dispuesto en el inciso g.3) del literal g) del numeral 25.1 del artículo 25° del RSFS, el cual establece que para los supuestos indicados en el numeral 15.3 del artículo 15° (incumplimientos no pasibles de subsanación) constituye un factor atenuante la realización de acciones correctivas, debidamente acreditadas por parte del agente supervisado, para cumplir con la obligación infringida hasta la presentación de los descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador. En estos casos, el factor atenuante será de -5%.

De acuerdo a lo expuesto anteriormente, se advierte que el pronunciamiento de la Primera Instancia fue emitido cumpliendo el marco normativo aplicable, atendiendo a la naturaleza del incumplimiento materia de imputación y respetando las garantías del debido procedimiento que le asisten a la administrada, por lo que corresponde desestimar estos extremos del recurso de apelación.

Respecto a la existencia de caso fortuito

6. Sobre lo argumentado en el literal e) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que el artículo 1315° del Código Civil, de aplicación supletoria de acuerdo a lo establecido en el artículo IX del Título Preliminar del mencionado Código, establece que para calificar un hecho como fortuito, como pretende la apelante en este caso, éste debe reunir las siguientes características de modo concurrente: a) extraordinario, b) imprevisible e c) irresistible²⁷.

²⁶ Ley N° 28611, Ley General del Ambiente


Artículo IX.- Del principio de responsabilidad ambiental

El causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar.

²⁷ Código Civil:

"Artículo 1315°.- Caso fortuito o fuerza mayor.


Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso."



En el presente caso, cabe señalar que existe un Manual de Operaciones y Plan de Contingencias, en los que se establece un control de agua de precipitación y escorrentía, en el cual se indica que la frecuencia de monitoreo del control de agua de decantación debe ser diaria, sobre todo en la época de lluvias intensas (meses de Octubre – Marzo), y que las cunetas de drenaje deben mantenerse limpias y en buen estado de operación. En ese sentido, es habitual el hecho que ocurran precipitaciones en el área de Yuracyacu durante el periodo antes citado, por lo que su propio Manual considera como actividad diaria el control del agua de precipitación. En consecuencia, dicha situación no califica como extraordinaria e imprevisible.

Aunado a ello, de acuerdo a la data meteorológica de la estación Matibamba presentada por HORIZONTE en discos compactos, se aprecia que, durante los meses de octubre, tal como precisa su Manual, se presentan precipitaciones pluviales y, durante días previos a la ocurrencia del derrame, se habían intensificado las lluvias. En tal sentido, la ocurrencia de precipitaciones en mayor nivel durante los días de octubre, no califica como un hecho imprevisto.

Asimismo, tal como se expuso en el Acta de Supervisión, además del incumplimiento de las especificaciones del Manual de Operaciones hubo una supervisión deficiente en el control de nivel de aguas ubicadas en la zona oeste del depósito de relaves Yuracyacu durante las precipitaciones pluviales para adoptar las medidas oportunas a fin de evitar el desborde de relaves. Por lo tanto, el hecho no califica como irresistible.



Cabe agregar que las empresas del sector minero cuentan con los recursos disponibles para verificar que las actividades se realicen en condiciones de seguridad, considerando una cultura de prevención de accidentes, derrames u otros siniestros y no esperar que estos ocurran para implementar las acciones correctivas y de control.

Por lo tanto, no corresponde eximir de responsabilidad administrativa a HORIZONTE respecto a la infracción al artículo 323° del RSSO, toda vez que no se ha configurado un caso fortuito que produzca la ruptura del nexo causal entre la conducta omisiva que constituyó la infracción y los hechos que sustentan la misma.

En consecuencia, ese extremo del recurso de apelación deviene en infundado.

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 CONSORCIO MINERO HORIZONTE S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 312-2019 de fecha 5 de febrero de 2019 y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus extremos, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

"Artículo IX.- Aplicación supletoria del Código Civil.

Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza."

Sobre el particular, es preciso señalar que estamos frente a un hecho **extraordinario** cuando sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera de lo común y de lo que en forma normal o natural se espera que ocurra. Asimismo, decimos que un hecho o evento es **imprevisible** cuando supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor en la relación obligatoria. Finalmente, el que un evento sea **irresistible** significa que la persona es impotente para evitarlo; no puede impedir, por más que quiera o haga, su acaecimiento.



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