

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 134-2019-OS/TASTEM-S2

Lima, 16 de abril de 2019

VISTO:

El Expediente N° 201800053928 que contiene el recurso de apelación interpuesto por MINERA CHINALCO PERÚ S.A.A. representada por la señora Carla Bertha Morales Lecca, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 325-2019 de fecha 6 de febrero de 2019, mediante la cual se le sancionó por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería aprobado por el Decreto Supremo N° 024-2016-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 325-2019, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a MINERA CHINALCO PERÚ S.A.A., en adelante CHINALCO, con una multa de 63.35 (sesenta y tres con treinta y cinco 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:

N°	INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Infracción al literal a) del artículo 95° del RSSO¹ Por no implementar medidas de control respecto de los problemas potenciales generados por la energización del transformador de potencia, luego de su mantenimiento preventivo. La generación de una corriente de inserción dio lugar a una variación transitoria de voltaje que ocasionó la salida de servicio de 4 bombas encargadas de enviar la pulpa de mineral del tanque de recepción a 4 nidos de hidrociclones, ocasionando que dicho tanque se colmate y rebose. Asimismo, la alcantarilla del canal de contingencia estuvo parcialmente obstruida.	Numeral 3.3 del Rubro B ²	33.35 UIT
2	Infracción al artículo 164° del RSSO³	Numeral 1.2 del Rubro A ⁴	15 UIT

¹ RSSO

"Artículo 95.- El titular de actividad minera deberá identificar permanentemente los peligros, evaluar los riesgos e implementar medidas de control, con la participación de todos los trabajadores en los aspectos que a continuación se indica, en:

a) Los problemas potenciales que no se previeron durante el diseño o el análisis de tareas. (...)"

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 Normas Técnicas de Seguridad Minera

3. Incumplimiento de normas de procedimiento, ejecución de trabajos, IPER y PETS

3.3 Identificación de peligros, evaluación y control de riesgos.

Base legal: Arts. 30°, 44° literal k), 95°, 96° y 97° del RSSO.

Sanción: Hasta 500 UIT

³ RSSO

"Artículo 164.- Los incidentes peligrosos y/o situaciones de emergencia y accidentes mortales, deben ser notificados por el titular de actividad minera, dentro de las veinticuatro (24) horas de ocurridos, en el formato del ANEXO 21, a las siguientes entidades:

(...)

c) Al OSINERGMIN, según procedimiento de reporte de emergencias correspondiente; (...)"

⁴ Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD

	Por no informar a Osinergmin dentro de las 24 horas el derrame de pulpa del mineral ocurrido el 17 de agosto de 2017 en la planta de beneficio "Toromocho".		
3	Infracción al literal e) del artículo 26° del RSSO⁵ Por no presentar a Osinergmin dentro de los 10 días calendario el informe de investigación detallado del derrame de pulpa de mineral ocurrido el 17 de agosto de 2017.	Numeral 1.4 del Rubro A ⁶	15 UIT
TOTAL			63.35 UIT

Como antecedentes, cabe citar los siguientes:

- a) Aproximadamente a las 8:05 horas del 17 de agosto de 2017 y como consecuencia de maniobras de energización de un transformador de potencia en la planta de beneficio "Toromocho", se produjo la paralización de cuatro bombas instaladas en el tanque de recepción de pulpa de mineral encargadas de transportar la pulpa a cuatro hidrociclones. La paralización de las bombas ocasionó el rebose de pulpa de mineral del tanque de recepción, la que alcanzó terrenos superficiales y el río Rumichaca.
- b) Durante los días 23 y 24 de agosto de 2017 se efectuó una supervisión a la planta de beneficio "Toromocho" de titularidad de CHINALCO⁷ a cargo de los supervisores designados por Osinergmin.
- a) Mediante Oficio N° 1503-2018⁸ notificado el 28 de mayo de 2018, se inició el procedimiento administrativo sancionador, para lo cual se remitió a CHINALCO el Informe Final de Instrucción Inicio de Pas N° 1468.
- b) Por escrito presentado el 6 de junio de 2018, registrado por Osinergmin en el Expediente N° 201800053928, CHINALCO remitió sus descargos.
- c) Mediante el Oficio N° 470-2018-OS-GSM⁹ remitido el 3 de octubre de 2018, se notificó a CHINALCO el Informe Final de Instrucción N° 2069-2018.
- d) Con escritos presentados el 11 de octubre y 19 de diciembre de 2018, registrados por Osinergmin en el Expediente N° 201800053928, CHINALCO remitió sus descargos al Informe

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: Art. 9° de la Ley N° 28964, arts. 26° literal e) y 164° literal c) del RSSO, arts. 4° y 5° de la Resolución CD N° 013-2010-OS/CD.

Sanción: Hasta 15 UIT

⁵ RSSO

"Artículo 26.- Son obligaciones generales del titular de 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

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 Informe de investigación de incidente peligroso y/o situación de emergencia.

Base legal: Art. 9° de la Ley N° 28964, arts. 26° literal e) y 164° literal c) del RSSO, arts. 4° y 5° de la Resolución CD N° 013-2010-OS/CD.

Sanción: Hasta 15 UIT

⁷ La planta de beneficio "Toromocho", se encuentra ubicada en el distrito y provincia de Yauli y departamento de Junín.

⁸ Documento notificado con la Cédula de Notificación N° 151-2018-OS-GSM que obra a fojas 75 del expediente.

⁹ Documento remitido mediante Cédula de Notificación N° 379-2018-OS-GSM, obrante a fojas 123 del expediente.

Final de Instrucción.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Con escrito de fecha 1 de marzo de 2019, registrado por Osinergmin en el Expediente N° 201800053928, CHINALCO interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 325-2019, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

Respecto a la infracción N° 1

- a) La recurrente señala que el literal a) del artículo 95° del RSSO establece que: *“El titular de la actividad minera debe identificar permanentemente los peligros, evaluar los riesgos e implementar las medidas de control, con la participación de todos los trabajadores en los aspectos que a continuación se indica, en: a) Los problemas potenciales que no se previeron durante el diseño o el análisis de tareas”*

Dicho incumplimiento se encontraría tipificado como infracción administrativa en el numeral 3.3 del Rubro B “Incumplimientos de disposiciones y normas técnicas de seguridad minera” del Cuadro de Infracciones en los siguientes términos: *“3.3 Identificación de peligros, evaluación y control de riesgos”*

En ese sentido, el tipo infractor sólo contempla como supuesto de hecho “la identificación de peligros, evaluación y control de riesgos” sin incluir un verbo que haga referencia a cuál es la conducta específica; es decir, la acción u omisión que el administrado debe realizar necesariamente para que se configure el ilícito administrativo sancionable, el cual se le pretende imputar.¹⁰

Sin embargo, en este caso se está imputando a CHINALCO un tipo infractor que no precisa o puntualiza una conducta específica (ya sea acción u omisión) y que, en consecuencia, resulta ser genérico, ambiguo e impreciso. Dicha situación vulnera el Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, según el cual las infracciones administrativas deben describir conductas cuya comisión tienen como consecuencia la imposición de una sanción.¹¹

¹⁰ La recurrente cita lo siguiente:

- DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquín y otros. Manual de derecho administrativo Sancionador, Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 156.
“(…) la descripción legal de una conducta específica a la que se conectará una sanción administrativa. De una forma específica (...) podríamos definir el principio de tipicidad como parte esencial de la garantía material del principio de legalidad que comporta un mandato e taxatividad o certeza que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas reprochables y de sus correspondientes sanciones (lex certa).”

- GARBERÍ LLOBREGAT, José y BUTRÓN RAMÍREZ, Guadalupe. El Procedimiento Administrativo Sancionador. Tirant lo Blanch, Volumen I, Valencia, 2000, pág. 82.
En otras palabras, la tipicidad consiste en la PLASMACIÓN EXPLÍCITA DE LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DE LA INFRACCIÓN, de una conducta específica, así como de sus consecuencias represivas de la norma, al mismo tiempo que dicha exigencia conlleva además la imposibilidad de calificar como infracción y/o imponer la consecuencia gravosa aquellas acciones u omisiones realizadas por un sujeto que no tengan una perfecta similitud con las diseñadas en los tipos legales.

¹¹ Asimismo, cita los siguientes autores:

- NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Quinta Edición. Editorial Tecnos, Madrid, 2012, pág. 269

(i) Que la norma que tipifica la infracción administrativa describa los elementos esenciales del hecho que califica como infracción sancionable, con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo. Ello implica, entonces, que la tipificación debe ser precisa, no ambigua ni genérica; y

(ii) Que en la fase de la aplicación de la norma la exigencia de que el hecho concreto imputado al autor se corresponda exactamente con el descrito previamente en la norma. Si tal correspondencia no existe, se produce la falta de tipificación de los hechos.

- MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Tomo II. Décimo segunda Edición. Gaceta Jurídica, Lima, 2017, págs. 413 y 414.



Además, CHINALCO menciona que el hecho de que se señale al artículo 95° del RSSO como parte de la base legal de la infracción tipificada en el numeral 3.3 del Rubro B del Cuadro de Infracciones no implica que este tipo infractor esté describiendo una conducta específica y que, por tanto, no sea genérico, ambiguo e impreciso. Agrega que, de acuerdo al Principio de Tipicidad, la norma tipificadora (en este caso, el numeral 3.3 del Rubro B del Cuadro de Infracciones) debe prever la descripción específica de la conducta cuya comisión es sancionable sobre la base de la norma sustantiva que dispone la obligación que habría incumplido (el literal a) del artículo 95° del RSSO).

Por lo tanto, CHINALCO afirma que carece de sustento lo afirmado en la resolución apelada respecto a que el Principio de Tipicidad no recogería una exigencia consistente en que la norma de tipificación describa una conducta de manera adicional y redundante a la obligación sustantiva prevista en el artículo 95° del RSSO. En ese sentido, al vulnerarse el citado principio, se debe declarar la nulidad del procedimiento administrativo sancionador.

- b) De otro lado, CHINALCO indica que el literal a) del artículo 95° del RSSO establece que el titular de la actividad minera debe identificar permanentemente los peligros y evaluar los riesgos que generarían los problemas potenciales que no se previeron durante el diseño o el análisis de tareas, así como implementar las medidas de control correspondientes.



Al respecto, sostiene que el RSSO no contempla una definición sobre “problema potencial”, por lo que se debe hacer referencia a lo dispuesto en el Diccionario de la Real Academia Española (RAE), según el cual “problema” es una cuestión que se trata de aclarar; proposición o dificultad de solución dudosa; y/o conjunto de hechos o circunstancias que dificultan la consecución de algún fin. Por su parte, “potencial” es algo que puede suceder o existir.

En tal sentido, el carácter potencial hace referencia a una eventualidad que presumible y razonablemente podría suceder y no a cualquier hecho que podría presentarse como consecuencia de un evento netamente extraordinario, fuera de lo común. En este caso, la generación de una corriente de inserción (*inrush*) durante la energización del transformador de potencia es normal y no constituye una condición de falla como equivocadamente Osinergmin ha venido sosteniendo. Además, los relés de protección están ajustados para discriminar correctamente la generación de una corriente *inush* como fenómeno de energización de un evento de falla interna.

Lo antes expuesto fue demostrado con el cuadro de consumo de energía del 17 de agosto de 2017 que adjuntó a su escrito de descargos, en el cual evidenció que la variación de tensión estuvo dentro del rango de operación del sistema eléctrico y que, por tanto, no existió una falla.

Asimismo, refiere que las maniobras realizadas por CHINALCO el 17 de agosto de 2017 se ejecutaron de acuerdo a su procedimiento “PET-ELC-031 Energización Transformador de Potencia de 220-23KV”, cumpliendo con todas las medidas de seguridad para el personal de operaciones. En ese sentido, sí identificó los peligros y evaluó los riesgos, lo cual queda demostrado con el procedimiento antes citado.

“En ese sentido, consideramos que para ser legalmente válida una tipificación de infracción, la autoridad instructora debe subsumir la conducta en aquella falta que contenga claramente descritos los elementos objetivos y subjetivos de la conducta. Correlativamente no será satisfactorio con el principio de tipicidad que la Autoridad administrativa subsuma la conducta en cualquiera de los siguientes casos: i) Cuando la descripción normativa del ilícito sea genérica o imprecisa, de modo que no pueda apreciarse verosimilmente cuál es la conducta sancionable; ii) Cuando la descripción normativa del ilícito contenga algún elemento objetivo o subjetivo del tipo que no se hay producido en el caso en concreto.” (Subrayado y negritas agregadas por la recurrente)

En consecuencia, la variación transitoria de voltaje que ocasionó la salida de las cuatro (4) bombas Warman se trató de una situación de caso fortuito, es decir, un evento extraordinario, imprevisible e irresistible.¹²

De acuerdo a lo citado, manifiesta que la paralización de las cuatro (4) bombas del tanque de recepción de pulpa mineral¹³ se trató de un hecho que califica como una situación de caso fortuito, por lo que no resultaba posible que CHINALCO pudiera identificar dicha situación como un “problema potencial” que debía ser evaluado e implementar medidas de control específicas para controlar los eventuales riesgos que ello pudiera originar.

Además, CHINALCO indica que, ni bien ocurrió el derrame de pulpa de mineral, activó inmediatamente su Plan de Preparación y Respuesta a Emergencias, logrando controlar el derrame de la pulpa de mineral. Asimismo, se dispuso nuevamente el funcionamiento de las cuatro (4) bombas Warman del tanque de recepción de la pulpa.

CHINALCO concluye que la paralización de las bombas del tanque de recepción de pulpa de mineral no constituye en realidad un problema potencial derivado de la energización del transformador de potencia, por lo que Osinergmin no puede afirmar que incumplió la obligación contenida en el literal a) del artículo 95° del RSSO.

- c) Por otra parte, CHINALCO agrega que Osinergmin no analizó ni detalló en el Informe de Instrucción, ni en el Informe Final de Instrucción ni en la resolución de sanción, las razones por las cuales consideró que la paralización de las cuatro (4) bombas del tanque de recepción de pulpa de mineral constituye un “problema potencial” de la generación de corrientes *inrush*. Osinergmin partió siempre de la premisa que dicho evento es necesariamente “un problema potencial de la energización del transformador de potencia.

La recurrente precisa que dicha situación evidencia una vulneración al Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444. Además, la motivación de los actos administrativos prevista en el numeral 6.1 del artículo 6° de la citada norma constituye un requisito de validez conforme a lo previsto en el numeral 3 del artículo 4° de la misma norma.

En tal sentido, al no motivarse adecuadamente la resolución de sanción, debe declararse su nulidad por configurarse las causales dispuestas en los numerales 1 y 2 el artículo 10° del citado

¹² Extraordinario, porque se trata de un hecho sumamente inusual en la energización del transformador de potencia, más aún cuando se acababa de realizar el mantenimiento preventivo correspondiente. Imprevisible puesto que, dado que se trata de un evento sumamente extraño, no existían razones para presumir que el mismo pudiera suceder presumir que pudiera suceder. Irresistible, ya que aun cuando se hubiera aplicado cuidados y esfuerzos normales, dicha situación no podría haberse evitado.

¹³ La recurrente detalla que habiéndose paralizado las cuatro (4) bombas horizontales Warman 650 del tanque de recepción de la pulpa de mineral, a las 8:10 horas del 17 de agosto de 2017 el referido tanque se colmató, lo que generó que se rebalse la pulpa del tanque. La pulpa del mineral rebalsada fue captada por el sistema de contención de concreto (denominado “Trench”), a través de la cual los flujos derramados se direccionan hacia el canal de aguas de contacto y finalmente a la poza de emergencia; sin embargo, pese a los esfuerzos que desplegó en la ejecución de los trabajos preventivos y de mantenimiento en todas las instalaciones de la planta “Toromocho”, una de las alcantarillas del sistema de contención de concreto se encontraba parcialmente obstruida, lo cual ocasionó que parte de la pulpa de mineral se desviara del sistema y se redirija hacia las cunetas de las vías de acceso de las oficinas de la planta. Todo esto generó que: i) una primera parte de la pulpa del mineral fuera captada por una poza de contención ubicada al frente de las oficinas de la planta, ii) una segunda parte descendió hasta que fue contenida por las bermas de la zona; y, iii) una última parte discurrió por dos (2) sumideros de las aguas pluviales, por lo que la pulpa terminó saliendo del área de operaciones de la planta afectando terreno superficial y finalmente desembocando en el río Rumichaca.

Ante lo ocurrido activó su Plan de Reparación y Respuesta a Emergencias a fin de detener el derrame de la pulpa de mineral desde la alcantarilla del sistema de contención hasta el terreno superficial y el río Rumichaca. A las 8:40 horas del día 17 de agosto de 2017 reinició el funcionamiento de las cuatro (4) bombas horizontales Warman 650, controlándose la situación antes descrita. Luego inició las actividades de limpieza del terreno superficial afectado, así como las acciones de remediación correspondientes. Posteriormente, dentro de las veinticuatro (24) horas de ocurrido el derrame de pulpa de mineral remitió a la OEFA el Reporte Preliminar de emergencias ambientales. Asimismo, cumplió con presentar a dicho organismo el Reporte Final de Emergencias Ambientales dentro del plazo legal establecido.

T.U.O.

En cuanto a las infracciones N° 2 y N° 3

- d) CHINALCO menciona que no incumplió con la obligación de reportar la ocurrencia de un incidente peligroso, ya que contrariamente a lo sostenido por Osinergmin, no se presentó tal incidente según los términos recogidos en el RSSO. El artículo 7° del RSSO define a incidente peligroso como: *“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.”*

Esta definición también considera incidente peligroso aquel “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.”

CHINALCO concluye que un evento es un incidente peligroso en los términos del RSSO y, por tanto, su ocurrencia debe ser reportada a Osinergmin, si concurren necesaria y simultáneamente las siguientes características: i) que el evento sea potencialmente riesgoso para causar lesiones o enfermedades graves o incluso muerte a personas en el trabajo o a la población; ii) que el evento haya generado pérdidas materiales; y iii) que como consecuencia del evento ningún trabajador haya sufrido lesiones.

En este caso, el derrame de pulpa de mineral en el circuito de molienda de la planta de beneficio “Toromocho” ocurrido el 17 de agosto de 2017 a las 8:10 horas no causó ninguna pérdida material de consideración para CHINALCO, así como tampoco lesiones a personas, toda vez que ningún trabajador se encontraba en el citado circuito, tal como ha sido reconocido en el Informe de Supervisión. Por lo tanto, el derrame de pulpa no calificaba como un incidente peligroso en los términos del RSSO, ya que: i) no generó pérdida de material de importancia y ii) no era potencialmente riesgoso para causar lesiones, enfermedades graves o la muerte de los trabajadores.

CHINALCO afirma que el derrame de pulpa de mineral supuso el contacto con terreno superficial y el río Rumichaca, es decir, dos cuerpos receptores, por lo que califica como una emergencia ambiental según el artículo 3° del Reglamento del Reporte de Emergencias Ambientales de las actividades bajo el ámbito de competencia de la OEFA aprobado por Resolución N° 018-2013-OEFA, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 3.- Definición de emergencia ambiental

Entiéndase por emergencia ambiental al evento súbito o imprevisible generado por causas naturales, humanas o tecnológicas que incidan en la actividad del administrado y que generen o puedan generar deterioro al ambiente, que debe ser reportado por este al OEFA.

*De modo enunciativo, los supuestos de emergencias ambientales que deben reportarse son los siguientes: incendios; explosiones; inundaciones; **derrames** y/o fugas de hidrocarburos en general; vertimientos de relaves, sustancias tóxicas o materiales peligrosos; vertimientos extraordinarios de aguas de producción o residuales; entre otros. (Neritas y subrayado agregado por la recurrente)*



En tal sentido, al tratarse de una emergencia ambiental, se encontraba obligada a reportar a la OEFA el derrame dentro de las veinticuatro (24) horas de ocurrido y presentar el Reporte Final dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, tal como lo establece el artículo 7° del Reglamento antes citado. CHINALCO cumplió con reportar a la OEFA el derrame dentro de los plazos establecidos en la Resolución N° 018-2013-OEFA, lo cual fue reconocido en el Informe de Supervisión.

De acuerdo a ello, CHINALCO no se encontraba obligada a reportar lo ocurrido ni presentar un informe detallado a Osinergmin, ya que el evento no calificaba como un incidente peligroso sino como una emergencia ambiental; en ese sentido, de acuerdo a los Principios de Tipicidad y Legalidad, se debe dejar sin efecto la resolución de sanción y disponer el archivo definitivo del procedimiento.

- e) De otro lado, CHINALCO afirma que la finalidad de presentar reportes o informes detallados respecto de los incidentes peligrosos que ocurren en las actividades mineras es que la autoridad administrativa competente pueda verificar mediante una acción de fiscalización *in situ* el lugar de los hechos y si el titular de la actividad cumplió con las obligaciones previstas en el ordenamiento jurídico que pudieran estar relacionadas con el incidente.

En el supuesto negado y equivocado que se considere calificar el derrame de pulpa de mineral como un incidente peligroso en los términos del RSSO, lo cierto es que, en este caso, Osinergmin realizó la supervisión especial en la planta Toromocho los días 23 y 24 de agosto de 2017, es decir, a los 6 y 7 días de haber ocurrido el evento. Esta supervisión tuvo como objetivo verificar lo ocurrido, así como el cumplimiento de las obligaciones de CHINALCO que pudieran estar relacionadas con dicho evento.



Entonces, se debería analizar si la imposición de una sanción es acorde al Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, según el cual un acto de gravamen debe ser proporcional a la finalidad perseguida por la norma (interés público protegido) y a las circunstancias y hechos particulares de cada caso en concreto. Por tanto, si la finalidad de las obligaciones previstas en el literal e) del artículo 26° y artículo 164° del RSSO se cumplió, resulta contrario al citado Principio, imponer a CHINALCO una sanción.

Asimismo, señala que el hecho que Osinergmin haya tomado conocimiento del evento por los medios de prensa y que CHINALCO haya omitido reportarlo no determina que la autoridad no deba observar el referido principio. En consecuencia, corresponde dejar sin efecto la resolución de sanción y que se disponga el archivo del procedimiento.

Respecto a la graduación de la sanción por la infracción N° 1

- f) CHINALCO refiere que el cálculo de la multa impuesta es contrario al Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, según el cual las autoridades administrativas se encuentran en la obligación de que la sanción que eventualmente impongan por la comisión de una infracción no resulte más ventajosa para el infractor que infringir las normas, ni tampoco excesiva con relación a la conducta infractora; es decir, se debe evitar el exceso de punición a los administrados.¹⁴

¹⁴ Respecto al exceso de punición, la recurrente cita lo siguiente:
MORON URBINA, Juan Carlos. *Op. Cit.*, pág. 757

En tal sentido, la sanción que se impone por la comisión de una infracción debe ser proporcional con relación a lo que se busca tutelar y a las circunstancias en las cuales se cometió la conducta infractora. De este modo, la graduación y los rangos de una sanción deben interpretarse de acuerdo a lo previsto por el Principio de Razonabilidad como límite para evitar un gravamen excesivo carente de proporcionalidad para el administrado.



Además de los criterios de graduación previstos por el Principio de Razonabilidad, el artículo 25° 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 el RSFS, recoge los mismos criterios previstos por el citado Principio y agrega la capacidad económica del infractor, así como las Resoluciones de Gerencia General N° 035 y 246-2013-OS/G. Sin embargo, en el cálculo de la sanción al literal a) del artículo 95° del RSSO no se analizaron todos los criterios de graduación de la multa establecidos en el Principio de Razonabilidad como en el artículo 25° del RSFS.

- g) CHINALCO agrega que como costo evitado se ha considerado la suma de las remuneraciones mensuales de un Superintendente de Planta, un Ingeniero de Mantenimiento Eléctrico y un Ingeniero de Seguridad, pero CHINALCO sí cuenta con dichos profesionales, por lo que incurre en gastos para identificar problemas potenciales e implementar medidas de control; en ese sentido, no pueden considerarse tales remuneraciones como un costo evitado (beneficio ilegalmente obtenido).



CHINALCO manifiesta que en la resolución de sanción se indicó que *“para fines de la determinación de la multa, corresponde estimar el valor de los costos postergados y/o evitados, con independencia de los costos en que pudiera haber incurrido el agente supervisado, de manera que no cabe excluir del cálculo de la multa tales variables”*; y que *“no resulta admisible reconocer como inversión aquella que no garantiza el cumplimiento de la legislación, ni el desarrollo de las operaciones mineras en condiciones de seguridad.”*

CHINALCO señala que este criterio adoptado por Osinergmin es absurdo, toda vez que la propia definición de “costos evitados” hace referencia a todo aquello en lo que el administrado no incurrió para prevenir o no incurrir en la comisión de una infracción administrativa, y no así a aquellos costos en los que sí incurrió más allá de si llegó o no a cumplir con la normativa aplicable. Además, no existe base normativa para que Osinergmin considere como parte de los costos evitados aquellos sí incurridos pero que supuestamente no habrían garantizado el cumplimiento de la obligación.

En tal sentido, el criterio adoptado en la resolución de sanción es arbitrario y vulnera el Principio de Razonabilidad.

- h) De otro lado, CHINALCO manifiesta que no es reincidente en la comisión de la infracción, por lo que debió considerarse como factor atenuante dicha situación, aplicando un valor de -5, tal como lo dispone las Resoluciones de Gerencia General N° 035 y 256-2013-OS/GG, las cuales han sido consideradas por la Gerencia de Supervisión de Gran Minería para la determinación de la sanción.

Pese a lo indicado, en la resolución de sanción la GSM precisó que no resultó aplicable el factor

“(…) cuando se produce un exceso de sanción estamos frente a un vicio en la finalidad del acto sancionador por la ausencia de proporcionalidad entre su objeto (el contenido material de la sanción administrativa, de su valoración o de la tipificación realizada) y su finalidad (el propósito que resulta de las normas que habilitan la competencia sancionadora), en relación con la conducta efectivamente incurrida.” (Subrayado y negritas son de la recurrente)



atenuante arriba descrito, dispuesto en las resoluciones arriba citadas, ya que a partir de la entrada en vigencia del RSFS únicamente constituyen factores atenuantes los establecidos en el artículo 25° de dicho Reglamento, el cual no contempla la no reincidencia. Sin embargo, para estimar los factores agravantes y la metodología de cálculo si se consideran las Resoluciones de Gerencia General N° 035 y 256-2013-OS/GG.

CHINALCO sostiene que el RSFS no derogó las Resoluciones de Gerencia General N° 035 y 256-2013-OS/GG y el propio literal b) del numeral 2 del artículo 257° del T.U.O. de la Ley N° 27444 dispone que por norma especial se pueden establecer factores atenuantes. Por lo tanto, carece de sustento alegar que no resulta aplicable el factor atenuante antes descrito para la infracción N° 1.

- i) Igualmente, CHINALCO precisa que, si bien en la resolución de sanción se consideró como factor atenuante las acciones correctivas realizadas e informadas a Osinergmin respecto al derrame ocurrido, refiere que el valor asignado de -5 no representa razonablemente tales acciones.

Tal como lo informó en su primer escrito de descargos, CHINALCO adoptó inmediatamente las acciones de control al activar con celeridad su Plan de Preparación y Respuesta a Emergencias, logrando así controlar el derrame de la pulpa de mineral y poner nuevamente en funcionamiento las cuatro (4) bombas Warman del tanque de recepción de pulpa. Asimismo, informó que la energización de los transformadores se realizaría en lo posible durante las paradas de planta.



Por lo tanto, no se motivaron adecuadamente los fundamentos por los cuales se consideró que las acciones correctivas realizadas por CHINALCO únicamente representan un valor de -5 como factor atenuante.

- j) Por otra parte, CHINALCO afirma que tampoco se ha estimado que no tuvo la intención de incurrir en la infracción N° 1, a pesar que esto constituye un criterio de graduación de la sanción dispuesto en el numeral 3 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444.
- k) De acuerdo a lo expuesto, CHINALCO manifiesta que la sanción impuesta por la infracción tipificada en el numeral 3.3 del Rubro B del Cuadro de Infracciones es desproporcionada y excesiva con relación a las circunstancias de este caso, y, por tanto, contraria al Principio de Razonabilidad y Legalidad, por lo que la resolución de sanción es nula, al configurarse la causal prevista en el numeral 1 de artículo 10° del T.U.O. de la Ley N° 27444.

Con relación a la solicitud de uso de la palabra

- l) CHINALCO señala que en virtud a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 175° del T.U.O. de la Ley N° 27444 y en observancia al Principio de Debido Procedimiento, solicita se le conceda el uso de la palabra.
3. A través del Memorándum N° GSM-155-2019, recibido con fecha 20 de marzo de 2019, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.
4. Posteriormente, con Oficio N° 8-2019-OS-TASTEM-S2, notificado el 2 de abril de 2019, se informó a CHINALCO que se otorgó fecha para hacer uso de la palabra el día 9 de abril de 2019 por espacio de 10 minutos. La audiencia de informe oral se llevó a cabo en el día y hora señalada

anteriormente, con la presencia de los representantes del TASTEM y CHINALCO, tal como consta en el soporte magnético audiovisual obrante a fojas 224 del expediente.

Durante la audiencia, la recurrente reiteró los argumentos expuestos en su recurso de apelación y agregó que no se ha podido identificar hasta la fecha cuál fue la causa para que las cuatro bombas paralizaran su funcionamiento, toda vez que se trató de un hecho imprevisible. Además, manifiesta que nunca se previó que todas las bombas dejaran de funcionar al mismo tiempo; sin embargo, sí fue identificado en el IPERC la paralización de una o dos bombas.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a la infracción N° 1

5. En cuanto a lo sostenido en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que el artículo 209° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, establece que se deben cumplir con las obligaciones de seguridad en el trabajo establecidas en dicha norma y en las disposiciones reglamentarias, entre las cuales se encuentra el RSSO.

Asimismo, en los literales c) y d) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, se estableció que aquellos cuentan con la función normativa que les faculta a tipificar infracciones y aprobar su propia escala de sanciones; y la función fiscalizadora y sancionadora que comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión¹⁵.

A su vez, a través del artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, se estableció que el Consejo Directivo de esta entidad se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, graduar las sanciones, así como aprobar su respectiva escala de multas y sanciones¹⁶. (Subrayado agregado)

¹⁵ Ley N° 27332

Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos

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 refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador.

d) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;"

¹⁶ 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. El Consejo Directivo del OSINERG establecerá el procedimiento de comiso así como el destino donación o destrucción de los bienes comisados".

Acorde con dicho marco legal, el Consejo Directivo de Osinergmin emitió la Resolución N° 039-2017-OS/CD, publicada en el diario oficial El Peruano el 18 de marzo de 2017, que aprobó el Cuadro de Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera, en el cual se tipifica como infracciones, entre otros, los incumplimientos a la Ley N° 28964 y al RSSO, y se establece las sanciones aplicables.

Ahora bien, debe advertirse que en el presente caso se imputó a la apelante la infracción tipificada en el numeral 3.3 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 039-2017-OS/CD, conforme al siguiente detalle:

NORMA QUE TIPIFICA LA INFRACCIÓN (TIPIFICACIÓN)	NORMA QUE ESTABLECE LA OBLIGACIÓN INCUMPLIDA (BASE LEGAL DE LA TIPIFICACIÓN)
Numeral 3.3 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 039-2017-OS/CD.	Artículo 95° del RSSO
Rubro B - Incumplimiento de Normas Técnicas de Seguridad Minera. 3. Incumplimiento de normas de procedimiento, ejecución de trabajos, IPER y PETS. 3.3. Identificación de peligros, evaluación y control de riesgos. Base legal: Arts. 30°, 44° literal k), 95°, 96° y 97° del RSSO. Sanción: Hasta 500 UIT	"Artículo 95°. - El titular de actividad minera deberá identificar permanentemente los peligros, evaluar los riesgos e implementar medidas de control, con la participación de todos los trabajadores en los aspectos que a continuación se indica, en: a) Los problemas potenciales que no se previeron durante el diseño o el análisis de tareas. (...)"

De la revisión del Oficio N° 1503-2018, mediante el cual se inició el presente procedimiento sancionador a CHINALCO, así como de la lectura de los numerales 2.1 y 4.1 de la resolución impugnada, se observa que la conducta imputada fue la siguiente:

"Por no implementar medidas de control respecto de los problemas potenciales generados por la energización del transformador de potencia, luego de su mantenimiento preventivo.

La generación de una corriente de inserción dio lugar a una variación transitoria de voltaje que ocasionó la salida de servicio de 4 bombas encargadas de enviar la pulpa de mineral del tanque de recepción a 4 nidos de hidrociclones, ocasionando que dicho tanque se colmate y rebose. Asimismo, la alcantarilla del canal de contingencia estuvo parcialmente obstruida."

La conducta antes referida constituye un incumplimiento a lo dispuesto en el literal a) del artículo 95° del RSSO y el hecho imputado se adecúa a la conducta típica descrita en el numeral 3.3 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 039-2017-OS/CD, el cual está vinculado al incumplimiento de la identificación de peligros, evaluación y control de riesgos en las actividades mineras. Por lo tanto, dicha resolución cumple con lo requerido por el Principio de Tipicidad.

Ahora bien, CHINALCO exige una norma de tipificación que describa una conducta infractora de manera adicional y redundante a la obligación sustantiva prevista en el artículo 95° del RSSO; sin embargo, tal exigencia no está prevista en el T.U.O. de la Ley N° 27444, por lo que el Cuadro de Infracciones contiene una tipificación por remisión normativa que cumple con el Principio de Tipicidad. Asimismo, resulta técnicamente inviable confeccionar una norma tipificadora exhaustiva que abarque la totalidad de supuestos normativos susceptibles de sanción; sin embargo, las empresas del sector minero cuentan con capacidad técnica, administrativa y financiera para identificar las obligaciones a las cuales están sujetas, motivo por el cual, resulta razonable considerar que puedan prever qué conductas constituyen infracción en el referido sector.

En tal sentido, no se verifican vicios que causen la nulidad del presente procedimiento administrativo sancionador, por lo que corresponde desestimar el recurso de apelación en este extremo.

6. En cuanto a lo sostenido en los literales b) y c) del numeral 2 y el numeral 4 de la presente resolución, se debe indicar que en este caso se imputa como incumplimiento a CHINALCO la falta de implementación de medidas de control respecto de problemas potenciales generados por la energización de un transformador de potencia, que ocasionó que un tanque de pulpa de mineral se colmate y rebose, además de mantener un canal de contingencia parcialmente obstruido; hechos que provocaron un derrame de pulpa de mineral en un área aproximada de 300 m² y en el río Rumichaca.

Ahora bien, CHINALCO refiere que es normal que se presenten corrientes de inserción transitorias en la energización de los transformadores de potencia. Respecto a este punto, se debe indicar que del RSSO se encontraba en la capacidad, como empresa dedicada a las actividades mineras, de haber adoptado las medidas de prevención y control para que estos sucesos no ocasionen la salida del servicio de las cuatro (4) bombas, la colmatación del tanque y el rebose de pulpa de mineral hasta alcanzar fuentes de agua como el río Rumichaca, tal como ocurrió el 17 de agosto de 2017.

Al respecto, el artículo 96° del RSSO establece que para controlar, corregir y eliminar los riesgos se debe seguir la siguiente jerarquía:

- 1^{ero}: Eliminar (Cambio de proceso de trabajo, entre otros).
- 2^{do}: Sustitución (Sustituir el peligro por otro más seguro o diferente que no sea tan peligroso para los trabajadores).
- 3^{ero}: Controles de ingeniería (Uso de tecnologías de punta, diseño de infraestructura, métodos de trabajo, selección de equipos, aislamientos, mantener los peligros fuera de la zona de contacto de los trabajadores, entre otros).
- 4^{to}: Señalización, alertas y/o controles administrativos (Procedimientos, capacitación y otros).
- 5^{to}: Usar equipos de Protección Personal (EPP), adecuados para el tipo de actividad que se desarrolla en dichas áreas

En efecto, tal como lo establece el RSSO el titular de la actividad minera debe identificar permanente los peligros, evaluar los riesgos e implementar las medidas de control respecto de los problemas potenciales que no se previeron durante el diseño o análisis de tareas. En ese sentido, CHINALCO debió considerar como mayor escenario de peligro o riesgo potencial que la energización del transformador de potencia, luego de su mantenimiento preventivo, podía ocasionar la paralización de las cuatro (4) bombas encargadas de enviar la pulpa de mineral, a fin de implementar las medidas de control adecuadas.

Asimismo, CHINALCO pudo adoptar distintos mecanismos de control para prevenir la ocurrencia de un derrame de esta naturaleza, como: sistemas de parada automáticos en la línea de producción, dispositivos limitadores de corriente *inrush* o energizar los transformadores durante las paradas de la planta.

Adicionalmente, se debe advertir que los documentos IPERC línea de base y los IPERC continuos presentados por CHINALCO durante la supervisión y que obran a fojas 29 a 43 del expediente, no incluyen los peligros y riesgos asociados a la energización de transformadores de potencia y sus

consecuencias en el tanque de recepción y las bombas encargadas de enviar la pulpa de mineral. Asimismo, tampoco se verifican los peligros y riesgos de mantener parcialmente obstruidos los sistemas de contingencias



Respecto al procedimiento "PET-ELC-031 Energización Transformador de Potencia de 220-23KV", cabe precisar que la existencia de tal documento no garantiza la ejecución de una medida de control, por lo tanto, resulta irrelevante que la energización del transformador de potencia se haya ejecutado de acuerdo al citado procedimiento, toda vez que esto no previno la colmatación o rebose del tanque de pulpa de mineral. Además, el citado documento no fue presentado por CHINALCO.

Por otra parte, en cuanto a que la variación transitoria de voltaje que ocasionó la paralización de las cuatro (4) bombas Warman se trató de una situación de caso fortuito, corresponde señalar que según el artículo 1315° del Código Civil, de aplicación supletoria de acuerdo a lo establecido en el artículo IX del Título Preliminar del mencionado Código, para calificar un hecho como fortuito, este debe reunir las siguientes características de modo concurrente: a) extraordinario, b) imprevisible e c) irresistible¹⁷.

En el presente caso, de acuerdo a lo señalado por la recurrente en su recurso de apelación, es habitual que se presenten corrientes de inserción transitorias en la energización de los transformadores de potencia; en ese sentido, CHINALCO debió asumir las medidas de prevención haciendo uso de controles de ingeniería para que estos eventos no ocasionen la paralización de las bombas, la colmatación del tanque y el rebose de pulpa de mineras hasta alcanzar fuentes de agua, como ocurrió el 17 de agosto de 2017. Por lo tanto, dicha situación no califica como extraordinaria, imprevisible o irresistible.



Además, 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 incidentes.

Por lo tanto, no corresponde eximir de responsabilidad administrativa a CHINALCO respecto a la infracción N° 1, toda vez que no se ha configurado un caso fortuito que produzca la ruptura del nexo causal entre la conducta omisiva que constituyó infracción y los hechos que la sustentan.

De otro lado, la recurrente manifiesta que, en el cuadro de consumo de energía del 17 de agosto de 2017, se evidenció que la variación de tensión estuvo dentro del rango de operación del sistema eléctrico y que, por lo tanto, no existió falla. Al respecto, se debe indicar que ha sido reconocido por CHINALCO en el reporte que obra a fojas 54 del expediente que la generación de una corriente de inserción dio lugar a una variación transitoria de voltaje que ocasionó la salida de servicio de cuatro (4) bombas. Por lo tanto, el cuadro de consumo, como medio probatorio, no

¹⁷ 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."

"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.

desvirtúa el hecho que la recurrente no haya previsto los problemas potenciales generados por la energización de un transformador de potencia.

Adicionalmente, cabe señalar que las acciones realizadas por la recurrente, luego del evento ocurrido, tales como activar su Plan de Preparación y Respuesta a Emergencia, controlar el derrame de la pulpa de mineral, así como poner nuevamente en funcionamiento las cuatro (4) bombas Warman del tanque de recepción de la pulpa, no constituyen medidas preventivas de control de riesgos, sino acciones correctivas posteriores que incluyen la remediación del daño generado, por lo que no la eximen de responsabilidad.

Sin perjuicio de lo expuesto, se debe precisar que la alcantarilla del canal de contingencia estuvo parcialmente obstruida, por lo que las medidas correctivas luego del derrame ocurrido tampoco cumplieron la función para las que supuestamente fueron diseñadas. Esto fue descrito en el informe de Supervisión, obrante a fojas 18 del expediente.¹⁸

Finalmente, se debe precisar que tanto en el Informe de Instrucción, en el Informe Final de Instrucción como en la resolución de sanción, se imputó a la recurrente la falta de implementación de medidas de control de los problemas potenciales generados por la energización del transformador de potencia, luego de su mantenimiento preventivo. Además, en la resolución de sanción se indicó que en sus descargos, la propia administrada reconoce que siempre se presentan corrientes de inserción transitorias en la energización de los transformadores de potencia, por lo tanto era responsabilidad de CHINALCO asumir las medidas de prevención para que estos eventos no generaran la salida de servicio de las cuatro (4) bombas.

En consecuencia, considerando que la recurrente tenía conocimiento que la generación de una corriente de inserción durante la energización del transformador de potencia era normal, debió considerarlo como problema potencial, evaluando el mayor escenario de riesgos que involucraba, a fin de disponer las respectivas medidas de control, lo cual no hizo.

Por lo tanto, en virtud de lo sostenido anteriormente corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación.

Respecto a la infracción a las infracciones N° 2 y N° 3

7. Sobre lo señalado en los literales d) y e) del numeral 2 de la presente resolución, se debe indicar que la obligación prevista en el artículo 164° del RSSO prevé lo siguiente:

“Artículo 164.- 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; (...)”

Por su parte, según 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

¹⁸ “(...) Esta falla motivó que la pulpa de mineral del tanque de recepción se colmate y rebose, llegando a la zanja de contención de concreto denominada “trench” cuya finalidad es captar las fugas o derrames de las operaciones del circuito de molienda, chancado pebbles y clasificación (...)

La zanja precitada en el párrafo anterior también se colmató, discurriendo la pulpa de mineral a través de la primera alcantarilla (...), continuando su recorrido por la segunda alcantarilla, al ingreso de la tercera alcantarilla (36” de diámetro) la pulpa ya no pudo pasar, debido a la presencia de piedra y materiales extraños arrastrados en el trayecto del canal de contingencia, razón por la cual en este punto la pulpa se derrama hacia la vía de tránsito (...), ingresó parcialmente a la cuneta pluvial, discurriendo por dos (02) alcantarilla que desembocan en el río Rumichaca (...).”



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". (Subrayado agregado)

Asimismo, el artículo 3° "Definiciones" del Procedimiento para reporte de emergencias en las actividades mineras aprobado por Resolución de Consejo Directivo de Osinergmin N° 13-2010-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 numeral 5.1 del Procedimiento antes citado, ocurrida una emergencia, los agentes supervisados están obligados a remitir en el plazo de 24 horas el aviso utilizando el Formato N° 1: "Notificación de los accidentes de trabajo mortales e incidentes peligrosos"



De lo expuesto, se concluye que, de acuerdo al RSSO, los titulares mineros deben comunicar a Osinergmin en el plazo de veinticuatro (24) horas los incidentes peligrosos y/o situaciones de emergencia 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.

Aunado a ello, el literal e) del artículo 26° del RSSO señala que son obligaciones generales del titular de 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. 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." (Subrayado agregado)

Por lo tanto, de la lectura de las normas antes citadas y, contrariamente a lo señalado por la recurrente, un incidente peligroso no es aquel que ha generado o causado daño o lesiones, sino todo suceso potencialmente riesgoso que pudiera causar lesiones. En ese sentido, el derrame de pulpa de mineral (material peligroso)¹⁹ ocurrido el 17 de agosto de 2017 en la planta de beneficio "Toromocho" se encuentra expresamente establecido como incidente peligroso y/o situación de

¹⁹ RSSO

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

Material peligroso

Aquel que por sus características físico-químicas y biológicas o por el manejo al que es o va a ser sometido, puede generar o desprender polvos, humos, gases, líquidos, vapores o fibras infecciosos, irritantes, inflamables, explosivos, corrosivos, asfixiantes, tóxicos o de otra naturaleza peligrosa o radiaciones ionizantes en cantidades que representen un riesgo significativo para la salud, el ambiente y/o a la propiedad. En esta definición están comprendidos el mercurio, cianuro, ácido sulfúrico, entre otros.

emergencia. Además, en este caso, no sólo significó un suceso potencialmente riesgoso para los trabajadores de la planta de beneficio, sino también para la población, toda vez que el derrame llegó al río Rumichaca.



De acuerdo a lo expuesto, CHINALCO debió: i) comunicar a Osinergmin el evento ocurrido el 17 de agosto de 2017 en el plazo de veinticuatro (24) horas; y ii) remitir el informe detallado de la investigación en el plazo de diez (10) días calendario de ocurrido el suceso, tal como lo establecen el RSSO, lo cual no efectuó.

De otro lado, la recurrente manifiesta que el derrame de pulpa de mineral no implicó pérdidas materiales; sin embargo, en su reporte de emergencia que obra a fojas 55 del expediente informó la pérdida de 3.5 toneladas de pulpa de mineral en el río Rumichaca, lo cual implica pérdidas materiales en la propiedad de CHINALCO.

Asimismo, el hecho que la normativa vigente permita la actuación de más de una entidad pública con respecto a una situación de emergencia, no exime a la recurrente de su obligación de comunicar o remitir el informe de investigación del suceso a Osinergmin en los plazos legales dispuestos en el RSSO. Además, no corresponde a Osinergmin emitir pronunciamiento respecto de las obligaciones ambientales de CHINALCO ante OEFA que derivaron de la situación de emergencia, como es el caso de aquellas previstas en la Resolución de Consejo Directivo N° 018-2013-OEFA.



Por otra parte, es importante indicar que la finalidad de las obligaciones establecidas en el artículo 164° y literal e) del artículo 26° del RSSO es que el agente supervisado cumpla con poner en conocimiento de Osinergmin la ocurrencia de cualquier incidente peligroso y situación de emergencia de manera oportuna. De acuerdo a ello, Osinergmin puede supervisar y recabar información para dilucidar las circunstancias sobre el evento producido, así como identificar oportunamente situaciones de riesgo que puedan ameritar la imposición de medidas administrativas, conforme a sus competencias. Cabe señalar que si el agente supervisado incumple lo antes dispuesto, se configura la infracción administrativa con independencia de las acciones que pudieran ser realizadas por esta entidad.

En este caso, conforme lo ha sostenido la recurrente, Osinergmin tomó conocimiento del evento por los medios de comunicación²⁰, toda vez que CHINALCO omitió su obligación de reportar el evento ocurrido el 17 de agosto de 2017, así como entregar el respectivo informe de investigación, conforme lo exige el RSSO. En efecto, la visita de supervisión se realizó varios días después de la ocurrencia del derrame de pulpa de mineral debido a la falta de comunicación del referido incidente peligroso a Osinergmin, por lo que en el presente caso se afectó la finalidad de la norma que comprende una supervisión oportuna.

Por lo tanto, no se ha producido la vulneración del Principio de Razonabilidad, ya que en el presente procedimiento se calificaron como infracciones los incumplimientos al artículo 164° y literal e) del artículo 26° del RSSO, previsto en la Tipificación de Infracciones y Sanciones en seguridad Minera aprobada por Resolución N° 039-2017-OS/CD, y no se ha exigido en modo alguno la observancia de una obligación no establecida en el supuesto normativo, sino la medida de precaución prevista por la propia norma que debe ser cumplida por los titulares mineros.

²⁰ Noticia del 21 de agosto de 2017, publicada en:

<https://larepublica.pe/sociedad/1076728-junin-oefta-supervisa-derrame-de-minerales-en-el-rio-rumichaca>

De acuerdo a lo expuesto e los párrafos precedentes, corresponde desestimar estos extremos del recurso de apelación.

Respecto a la graduación de la sanción impuesta por la infracción N° 1

- 
8. En cuanto a lo argumentado en los literales f) al k) del numeral 2 de la presente resolución, se debe indicar de acuerdo al artículo 103° de la Constitución Política de 1993, en concordancia con el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, en nuestro sistema jurídico rige la regla de la aplicación inmediata de la ley; razón por la cual desde su entrada en vigencia ésta se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas existentes.²¹ De igual forma, según su artículo 109°, la ley es obligatoria a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.²²

Bajo dicho marco legal, es preciso anotar que mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 039-217-OS/CD se aprobó el Cuadro de Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera, el cual tipifica la infracción al artículo 95° del RSSO en el numeral 3.3 del Rubro B y prevé una sanción de hasta 500 UIT.

Asimismo, para efectos de determinar y graduar las sanciones también se aplicó lo dispuesto en el artículo 25° del RSFS, el cual considera todos y cada uno de los criterios de graduación regulados por el Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 248° del T.U.O. de la Ley N° 27444²³, así como los valores correspondientes al factor probabilidad de detección aprobados en el Anexo I de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG, publicada con fecha 23 de noviembre de 2013.



Asimismo, en el numeral 25.1 del artículo 25° del RSFS se establecieron los criterios de graduación de las multas previstas por el Consejo Directivo, entre los cuales se encuentra el beneficio ilegalmente obtenido. Según lo dispuesto en la citada norma, para su estimación se consideran los factores relacionados con los costos postergados y/o evitados (materiales y equipos, mano de obra y herramientas, así como los especialistas encargados).

²¹ Constitución Política de 1993

"Artículo 103.- Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho

Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad."

Código Civil

"Artículo III: Aplicación de la ley en el tiempo

La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú."

²² Constitución Política de 1993

"Artículo 109.- Vigencia y obligatoriedad de la Ley

La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte."

²³ 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. (...)"

Al respecto, los costos evitados son inversiones que debieron haberse realizado para cumplir con la normativa vigente y que no fueron efectivamente realizadas. De otro lado, los costos postergados son inversiones que debieron haberse realizado para cumplir con la normativa vigente en un momento, pero que fueron efectivamente realizadas en un momento posterior. En este caso el beneficio es la diferencia del valor de la inversión, al diferir su ejecución, por el efecto del valor del dinero en el tiempo.

De esta manera, para la estimación del factor en mención deben considerarse los costos de todos los recursos (humanos y materiales) necesarios para garantizar la vigencia y observancia de las normas de seguridad, esto es, mediante el desarrollo de un escenario de cumplimiento que identifique el flujo esperado del costo de ejecutar la obligación en la forma, modo y/o oportunidad establecidas (costos evitados y postergados), así como la utilidad o ventaja económica producida a favor del infractor por la comisión de la infracción (beneficio ilícito).

En este contexto, es preciso señalar que la determinación del escenario de cumplimiento y, con ello, la cantidad de recursos a ser valorizados bajo las metodologías de costos evitados y/o postergados como parte del factor "B" tampoco es de carácter arbitrario, sino que se apoya en las normas incumplidas, en este caso, el literal a) del artículo 95° del RSSO; toda vez que es dicha disposición la que define la prestación que debió ser ejecutada por parte del agente infractor.

De acuerdo a lo sustentado en la resolución apelada, se aplicó la metodología del costo evitado, considerando las inversiones no incurridas por CHINALCO para implementar medidas de control respecto de los problemas potenciales generados por la energización del transformador de potencia, luego de su mantenimiento preventivo.

Ahora bien, debe precisar que en la resolución apelada para el cálculo del costo de especialistas se aplicó la metodología de costo evitado, considerando los costos no incurridos para contar con la participación eficiente de especialistas. Ello incluye la participación de un Superintendente de Planta, responsable de coordinar y dirigir que se implementen medidas de control respecto a los problemas potenciales generados en la energización del transformador de potencia; a un Ingeniero de Mantenimiento Eléctrico, responsable de diseñar e implementar las medidas de control necesarias para prevenir problemas potenciales generados en la energización del transformador de potencia, luego de su mantenimiento preventivo; y un Ingeniero de Seguridad, responsable de verificar la implementación y el correcto funcionamiento de las medidas de control desarrolladas por la parte operativa.

Asimismo, se estimó un mes de sueldo para los especialistas antes citados actualizados a la fecha de la supervisión.

En relación a que sí contaba con dichos profesionales, se debe indicar que los costos evitados, en los que incurrió CHINALCO están constituidos por los sueldos de los especialistas encargados (Superintendente de Planta, Ingeniero de Mantenimiento Eléctrico e Ingeniero de Seguridad), cuya acción conjunta debió garantizar el cumplimiento de la obligación establecida en artículo literal a) del artículo 95° del RSSO, lo cual no ocurrió. Por lo tanto, no resulta admisible reconocer como inversión aquella que no garantiza el cumplimiento de la legislación, ni el desarrollo de las operaciones mineras en condiciones de seguridad.

Al respecto, cabe indicar que los costos evitados aplicados como beneficio ilegalmente obtenido están vinculados a aquellas inversiones no realizadas para contar con especialistas o profesionales que garanticen el cumplimiento de lo dispuesto en el RSSO. De la revisión de los actuados en el

Por lo tanto, cualquier acto que implique incumplimiento a las normas de competencia de Osinergmin, en tanto se encuentre tipificado, constituye infracción sancionable determinable de manera objetiva. En ese sentido, basta la verificación de la infracción tipificada como tal, para determinar la responsabilidad administrativa del sujeto infractor, sin que se requiera evaluar elementos de tipo subjetivo.

Adicionalmente a ello, cabe resaltar que a través del artículo 89° del Reglamento General de Osinergmin aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM²⁶, del artículo 9° del derogado Reglamento de Procedimiento Administrativo Sancionador aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD²⁷ y del artículo 23° del RSFS²⁸, se precisó que la responsabilidad administrativa por el incumplimiento de la normativa de las disposiciones emitidas por Osinergmin es objetiva.

En consecuencia, podemos concluir que el pronunciamiento de la Primera Instancia cumplió el marco normativo aplicable y respetó los derechos que le asisten a la administrada, así como lo dispuestos por los Principios de Legalidad y Razonabilidad, por lo que no se produjo causal alguna para declarar la nulidad de la resolución apelada.

Por lo tanto, estos extremos del recurso de apelación devienen en infundado.

En cuanto a la solicitud de uso de la palabra

12. Sobre lo solicitado en el literal l) del numeral 2 de la presente resolución, se debe indicar que la diligencia de informe oral se llevó a cabo con fecha 9 de abril de 2019, durante la cual la representante de CHINALCO, expuso sus argumentos de defensa, los cuales han sido evaluados, emitiéndose pronunciamiento respecto de ellos, conforme se ha expuesto en los numerales precedentes.

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 MINERA CHINALCO PERÚ S.A.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 325-2019 de fecha 6 de febrero de 2019 y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus extremos por las razones

²⁶ Artículo 230. 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. (...)”.

²⁶ Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, Reglamento General de Osinergmin

“Artículo 89.- Responsabilidad del Infractor

(...) La responsabilidad administrativa por incumplimiento de las disposiciones legales, técnicas, derivadas de contratos de concesión y de las dictadas por OSINERG es objetiva.”

²⁷ Resolución N° 272-2012-OS/CD, Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin

“Artículo 9.- Determinación de responsabilidad

La responsabilidad administrativa por el incumplimiento de las leyes, reglamentos, resoluciones, contratos de concesión y demás obligaciones establecidas en normas, procedimientos y/o disposiciones bajo el ámbito de competencia de OSINERGMIN es objetiva. (...)”

²⁸ RSFS

“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 Nos. 27699 y 28964, respectivamente.”

expediente, no se verifica que la recurrente haya acreditado que sí contaba con profesionales que efectivamente realizaran dichas funciones.



9. De otro lado, en cuanto a que no se ha considerado a la no reincidencia como factor atenuante, cabe precisar que mediante el RSFS se adecuaron los procedimientos administrativos de supervisión, fiscalización y sanción de Osinergmin al T.U.O. de la Ley N° 27444, tal como lo dispuso la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1272. De acuerdo a ello, el RSFS establece que constituyen factores atenuantes los siguientes:

- El reconocimiento del agente supervisado, de forma expresa y por escrito, de su responsabilidad
- La subsanación voluntaria de la infracción con posterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- Las acciones correctivas respecto de infracciones de naturaleza no subsanable.

Por lo tanto, a partir de la vigencia del RSFS no resulta aplicable el factor atenuante por reincidencia que había sido dispuesto en el punto III de la Resolución de Gerencia General N° 035 y el numeral 2.3 de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG. Cabe precisar que los factores agravantes a los que hace referencia la recurrente fueron utilizados en virtud a lo dispuesto en el RSFS, por lo que el criterio adoptado por la Primera Instancia es correcto.



10. Respecto a la aplicación del factor atenuante por haber implementado medidas correctivas, se debe señalar que según el literal g.3) del numeral 25.1 del artículo 25° del RSFS: *"Para los supuestos indicados en el numeral 15.3 del artículo 15, 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%."*²⁴

En este caso, conforme fue evaluado por la GSM, CHINALCO informó como acción correctiva que la energización de transformadores se efectuará durante las paradas de planta, lo cual constituye una medida efectiva para evitar eventos similares en el futuro.

Además, conforme a lo señalado en el numeral 6 de la presente resolución, no se consideran acciones correctivas la activación del Plan de Preparación y Respuesta a Emergencias, y poner nuevamente en funcionamiento las cuatro (4) bombas Warman, pues estas no son medidas preventivas de control de riesgos sino acciones correctivas posteriores que no evitan la recurrencia del evento. En ese sentido, la aplicación del factor atenuante respondió a lo previsto expresamente en el RSFS, lo cual a criterio de este Tribunal es válido.

11. Con relación a que no se consideró como criterio de graduación la falta de intencionalidad en cometer la infracción N° 1, se debe señalar que los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por Osinergmin se rigen por el criterio de la responsabilidad administrativa objetiva, de conformidad con el artículo 1° de la Ley N° 27699, lo cual guarda concordancia con lo establecido por el Principio de Culpabilidad, regulado actualmente en el numeral 10 del artículo 248° del T.U.O. de la Ley N° 27444.²⁵

²⁴ RSFS

"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. (...)"

²⁵ Ley N° 27444, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.



Artículo 2°.- Declarar agotada la vía administrativa.

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


HÉCTOR ADRIÁN CHÁVARRY ROJAS
PRESIDENTE