

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 523-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 28 de diciembre de 2018

VISTO:



El Expediente N° 201800065193 que contiene el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA LINCUNA S.A., representada por el señor Víctor Enrique Vera Casuso, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2400-2018 de fecha 27 de setiembre de 2018, a través de la cual se le sancionó con multa por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 2400-2018 de fecha 27 de setiembre de 2018, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a COMPAÑÍA MINERA LINCUNA S.A. en adelante LINCUNA, con una multa total de 117.33 (ciento diecisiete con treinta y tres 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:

Nº	INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Al artículo 400° del RSSO¹ Por no asegurar la estabilidad física del depósito de relaves N° 2, dado que: -Durante la supervisión se verificó que el talud aguas abajo y aguas arriba del dique frontal era de 2.25H:1.0V a 2.48H:1.0V y 1.54H:1.0V, debiendo ser de 2.5H:1.0V y 2.0H:1.0V, respectivamente, conforme a lo aprobado por la Dirección General de Minería (DGM) mediante Resolución N° 953-2017-MEM-DGM/V de fecha 25 de octubre de 2017. -El espejo de agua se mantenía pegado al talud aguas arriba del dique frontal. -La inadecuada impermeabilización del talud aguas arriba del dique frontal.	Numeral 9.3 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD ²	87.42 UIT



¹ RSSO

"Artículo 400.- Los residuos generados y/o producidos en la unidad minera como ganga, desmonte, relaves, lixiviados, aguas ácidas, escorias, entre otros serán, según el caso, almacenados, encapsulados o dispuestos en lugares diseñados para tal efecto hasta su disposición final, asegurando la estabilidad física y química de dichos lugares, a fin de garantizar la seguridad y salud ocupacional de los trabajadores. El titular de actividad minera presentará a la autoridad competente, cada dos (2) años, un estudio de estabilidad física de los depósitos de relaves, depósitos de desmontes, pilas de lixiviación y depósitos de escorias operativos, realizados por una empresa especializada en la materia, que garantice las operaciones de manera segura de dichos componentes".

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

Anexo

Cuadro de Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera

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

9. Incumplimiento de normas de almacenamiento, depósito de concentrados, carbón activado y refinados; y, talleres de mantenimiento

9.3. Disposición y manejo de residuos mineros

Base legal: Artículo 400° del RSSO

Sanción: Hasta 10,000 UIT

RESOLUCIÓN N° 523-2018-OS/TASTEM-S2



2	Al numeral 4 del artículo 38° del RSSO ³ Por no verificar el cumplimiento del estándar contenido en el ítem 4.2.5 del numeral 4.2 "Proceso de la operación de la sección de relave" del Procedimiento Escrito de Trabajo Seguro "Operación en sección de relave", código PET-LIN-PLT-08, versión 2, aprobado el 15 de febrero de 2018, dado que en la supervisión se verificó que el borde libre en el dique del depósito de relaves N° 2 era de 0.97 metros, en lugar de 1.50 metros.	Numeral 6.1.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD ⁴	29.91 UIT
TOTAL			117.33 UIT ⁵

Como antecedentes relevantes, cabe señalar lo siguiente:

- Con fecha 03 de marzo de 2018, LINCUNA comunicó el colapso del dique frontal del depósito de relaves N° 2 y el desembalse parcial del agua contenida en el vaso de dicho depósito ocurrido en la misma fecha.
- Del 04 al 07 de marzo de 2018, se llevó a cabo una visita de supervisión a la Unidad Minera "Huancapetí 2009" de titularidad de LINCUNA⁶, con el propósito de verificar el cumplimiento de la normativa vigente, conforme consta en el Acta de Supervisión obrante a fojas 4 y 5 del Expediente, debidamente suscrita por los representantes de la administrada y de OSINERGMIN.
- Con Oficio N° 1294-2018, notificado con fecha 02 de mayo de 2018, obrante a fojas 77 y 78 del Expediente, se comunicó a LINCUNA el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, adjuntando el Informe de Inicio de PAS N° 148-2018 del 18 de abril de 2018 y Anexos; otorgándole el plazo de siete (07) días hábiles para la presentación de sus descargos.
- Mediante escrito de registro N° 2018-65193, remitido con fecha 11 de mayo de 2018, la administrada solicitó una prórroga de plazo para presentar sus descargos.
- A través del Oficio N° 231-2018-OS-GSM, notificado con fecha 16 de mayo de 2018, se otorgó a LINCUNA el plazo adicional de siete (07) días hábiles para la remisión de sus descargos.
- Con escrito de fecha 25 de mayo de 2018, LINCUNA presentó sus descargos al inicio del procedimiento.



³ RSSO

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

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

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

Anexo

Cuadro de Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera

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

6. Incumplimiento de normas de supervisión e inspecciones

6.1. Supervisión

6.1.2. Obligaciones del supervisor

Base legal: artículo 38° numeral 4 del RSSO

Multa: hasta 250 UIT

⁵ La determinación y graduación de la sanción se realizó en función a los Criterios Específicos para la graduación de las sanciones aprobados por la Resolución de Gerencia N° 035 y la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS-GG.

⁶ La Unidad Minera Huancapetí 2009 se encuentra ubicada en el distrito y provincia de Recuay, y departamento de Áncash.



- g) Con Oficio N° 418-2018-OS-GSM, notificado con fecha 10 de setiembre de 2018, se trasladó a la administrada el Informe Final de Instrucción N° 1863-2018 del 05 de setiembre de 2018, otorgándole el plazo de cinco (05) días hábiles para la remisión de sus descargos.
- h) A través del escrito del 17 de setiembre de 2018, la administrada remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción indicado.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Mediante escrito de registro N° 2018-65193, presentado con fecha 26 de octubre de 2018, LINCUNA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 2400-2018 del 27 de setiembre de 2018, solicitando su nulidad, en atención a los siguientes fundamentos⁷:

Respecto al incumplimiento N° 1

- a) La administrada manifiesta que en sus descargos señaló que durante la ejecución de los trabajos de recrecimiento del depósito de relaves N° 2 a la cota 4512 msnm. la empresa Nova Construcciones S.A.C. (Nova) realizó el levantamiento *asbuilt*, del cual se ha evaluado la configuración de los taludes aguas arriba y aguas abajo, conforme consta en la lámina CML 18-004-250-CI-PL-010.

Al respecto, OSINERGMIN señaló que dicha lámina tiene fecha de abril de 2018, por lo que la evaluación de la configuración de los taludes corresponde a una etapa correctiva posterior al colapso del depósito de relaves N° 2 y la supervisión realizada del 04 al 07 de marzo de 2018, no reflejando la situación verificada inmediatamente después del evento.



De lo indicado, la recurrente concluye que el evento se produjo el 03 de marzo de 2018 y fue informado a OSINERGMIN en la misma fecha. Asimismo, el área de Geotecnia utilizó la topografía *asbuilt* entregada por la empresa Nova y realizó la medición de las secciones transversales, conforme se observa en la lámina CML18-004-250-CI-PL-010. La información presentada corresponde a las secciones transversales de acuerdo a los datos proporcionados por la empresa Nova en el informe final de construcción, los cuales se sustentan en mediciones que cumplen con las normas técnicas vigentes.

En consecuencia, alega que no existe fundamento alguno para descartar el medio probatorio presentado, por lo que solicita su evaluación, a fin de que al verificarse la inmediatez y validez de los datos técnicos se determine que la variación fue puntual y no es una constante en sus actividades mineras.

- b) Respecto a que el espejo de agua se mantenía pegado al talud aguas arriba del dique frontal, alega que por Resolución N° 0469-2017-MEM-DGM/V de fecha 23 de mayo de 2017, la DGM aprobó el funcionamiento de la presa de relaves con un borde libre de 1.00 m. La variación de 0.03 m fue resultado del oleaje generado por efecto del viento sobre el espejo de agua.

Sobre el particular, si bien el estudio de ingeniería de detalle elaborado por Buenaventura Ingenieros S.A. (BISA) en mayo de 2013 para el diseño de recrecimiento del depósito de relaves

⁷ LINCUNA adjunta copia del Informe N° 040-2018, un Cuadro Comparativo de precipitaciones en Recuay/Aija del 2016, 2017 y 2018, así como de la Resolución N° 0469-2017-MEM-DGM/V y el Informe N° 151-2017-MEM-DGM-DTM/PB.



Nº 2 prevé un incremento de las precipitaciones, ello no implica que estaba preparada para el súbito incremento de las mismas producido en las fechas previas al evento, lo cual se evidencia de la comparación de los reportes de SENAMHI de fechas similares correspondientes a otros años.

En relación con la parada de actividades, ello se debió a un mantenimiento programado; sin embargo, las precipitaciones superaron la ratio de acumulación proyectada, por lo que las acciones previstas resultaron insuficientes, aun cuando estaban en un momento de vertimiento cero, debido justamente a que se trató de un evento imprevisible.

Por lo tanto, ha acreditado que adoptó medidas en base a estudios e información con la que contaba a la fecha; sin embargo, los fenómenos climatológicos acontecidos superaron todas las previsiones tomadas y ocasionaron el evento reportado. En consecuencia, la imputación debe ser dejada sin efecto.

- c) Respecto a la inadecuada impermeabilización del talud aguas arriba del dique frontal, manifiesta que mediante Resolución N° 0099-2018-MEM-DGM/V de fecha 09 de febrero de 2018 se autorizó el funcionamiento depósito de relaves N° 2 a la cota 4,512 msnm. La impermeabilización fue parte del entregable para la obtención de dicha autorización y ratificada en el ítem 4.2 de las conclusiones del Informe N° 050-2018-EM-DGM/DTM/PB que sustenta la citada resolución.

Asimismo, en el ítem 4.4 de las conclusiones del mismo Informe se acepta el Certificado de Calidad de la Construcción (CQA) presentado. En consecuencia, se evidencia que la construcción fue verificada por la DGM y se ha cumplido con aplicar los estándares técnicos vigentes.

De otro lado, el hecho que la supervisión de OSINERGMIN no haya encontrado los indicios que a su criterio y sin fundamentos técnicos deben estar presentes para demostrar el anclaje de la geomembrana no implica que se haya realizado una construcción e instalación incumpliendo las normas técnicas. Por lo tanto, la imputación debe ser dejada sin efecto.

Sobre el incumplimiento N° 2

- d) LINCUNA señala que mediante Resolución N° 0469-2017-MEM-DGM/V de fecha 23 de mayo de 2017, la DGM aprobó el funcionamiento de la presa de relaves con un borde libre de 1.00 m, por lo que no existe fundamento alguno para determinar que el nivel máximo debía ser 1.50 m.

Asimismo, refiere que el borde libre antes del evento era de 0.97 m como consecuencia de las precipitaciones y fuertes vientos que generaron un oleaje sobre el espejo de agua. Estos hechos responden a circunstancias que no pudieron ser previstas por tratarse de comportamientos climatológicos anómalos.

Respecto a la emisión de actos sin una debida motivación

- e) LINCUNA señala que todos los elementos debieron ser verificados y analizados por esta entidad antes de iniciar el procedimiento sancionador, siendo que, en el presente caso, se omitió realizar indagaciones importantes respecto de las acciones adoptadas por la empresa con relación al incumplimiento que fue detectado cinco (05) meses atrás.

En ese sentido, refiere, se evidencia una práctica mecánica en la aplicación de la norma legal, lo cual ha sido proscrito por el propio Tribunal Constitucional. Asimismo, indica que toda decisión de la Autoridad debe ser razonable, es decir, debe contar con una justificación lógica en los



hechos, conductas y circunstancias que motivan el acto de limitación de derechos, lo cual no se habría producido en el presente caso⁸.

De igual forma, la recurrente señala que la motivación no es una exigencia menor, pues es el único instrumento que permite al administrado conocer las razones a través de las cuales la Administración pretende explicar o justificar su decisión. Así las cosas, una decisión que no explique en modo suficiente sus razones será arbitraria e ilegal⁹.

Por lo tanto, considerando que es una obligación de la Administración que sus actos se encuentren debidamente motivados, un defecto en la motivación sustancial, como el que expone en su recurso de apelación, genera la nulidad de la resolución de sanción y de todo el procedimiento sancionador, iniciado sin causa justificante alguna y en contra del texto legal que establece que la subsanación voluntaria constituye un eximente de responsabilidad.

Sobre el régimen de responsabilidad administrativa

- f) La recurrente señala que el régimen de responsabilidad administrativa en el marco de la potestad sancionadora otorgada a OSINERGMIN es subjetiva, por lo que es ilegal que esta entidad imponga sanciones, sin importar si la conducta típica fue cometida a título de dolo o culpa.

Al respecto, refiere que, con la publicación del Decreto Legislativo N° 1272, se incorporó el Principio de Culpabilidad, actualmente regulado en el artículo 246° del TUO de la Ley N° 27444.

Con la modificatoria citada se establece como regla general que, para imponer sanciones, las infracciones sean imputadas a título de dolo o culpa (responsabilidad subjetiva), siendo que la responsabilidad objetiva sería una excepción que solo puede ser establecida por ley o decreto legislativo.

Asimismo, señala que la afirmación “el régimen de responsabilidad administrativa objetiva ha sido establecido en el artículo 1° de la Ley N° 27699 y el artículo 13° de la Ley N° 28964” es falsa, toda vez que estas normas señalan que las infracciones se determinan de manera objetiva no aludiendo al régimen de responsabilidad administrativa, sino al deber de la Administración de determinar la existencia de infracciones sobre la base de pruebas que acrediten objetivamente el ilícito, de modo imparcial y sin arbitrariedades, por lo que no comprende cuál sería el sustento de esta entidad para indicar que dichas leyes establecen el régimen de responsabilidad objetiva.

Sobre el particular, alega que una fórmula legal idéntica a la establecida en las Leyes N° 27699 y N° 28964 se encuentra en el artículo 165° del Código Tributario, que señala que “la infracción será determinada en forma objetiva”, siendo que la Corte Suprema en la Casación N° 12333-2014-LIMA resolvió lo siguiente:

“La norma pertinente del artículo 165 que establece que la infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente, está dirigida a la autoridad tributaria, a quien le atribuye e indica cómo debe determinar la infracción, esto es, determinarla en forma objetiva, mas no le atribuye definir ni restringir los supuestos o elementos del tipo infractor previstos en la ley, reafirmando que ello implica, que cuando la autoridad tributaria sancionadora determine

⁸ La administrada cita la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00535-2009-PA/TC (fundamentos 13 y 16).

⁹ LINCUNA cita la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 148-2012-AA (fundamentos 5 al 7).



una infracción, debe hacerlo de manera objetiva, exigencia que tiene sustento en el principio de seguridad jurídica, reduciendo el grado de discrecionalidad administrativa en la aplicación del régimen sancionador, significando que las infracciones administrativas tributarias se determinan tomando en consideración los elementos del tipo fijados en norma legal, que pueden incluir elementos objetivos y subjetivos, de tal forma que la intencionalidad subjetiva debe ser evaluada cuando forme parte de la descripción de la conducta sancionada, a efectos de garantizar el principio de tipicidad, legalidad y responsabilidad en materia sancionadora en el marco del Estado Constitucional de Derecho”.

De lo expuesto, refiere que esta argumentación también es válida para el caso de la potestad sancionadora de OSINERGMIN; posición que también es compartida por Ramón Huapaya, quien señala que las normas con rango de ley que regulan la actuación sancionadora de OSINERGMIN y SUNAT “no establecen un régimen de responsabilidad objetiva, como parecen creer dichas entidades”¹⁰.

En consecuencia, alega que al no existir una ley o decreto legislativo que establezca un régimen de responsabilidad objetiva, el único régimen aplicable es el general: responsabilidad subjetiva. Por lo tanto, señala que OSINERGMIN debe imputar las infracciones a título de dolo o culpa para ejercer su potestad sancionadora.

Así también, indica que de acuerdo al numeral 245.2 del artículo 245º del TUO de la Ley N° 27444, los procedimientos sancionadores establecidos en las leyes especiales “deben observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 246”, motivo por el cual el Reglamento General de OSINERGMIN solo podrá reconocer la existencia de un régimen de responsabilidad objetiva si existiera una norma con rango de ley que así lo dispusiera.

Finalmente, manifiesta que la aplicación del régimen de responsabilidad objetiva por parte de esta entidad constituiría una contravención al Principio de Culpabilidad.

3. A través del Memorándum N° GSM-444-2018, recibido con fecha 07 de noviembre de 2018, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre el incumplimiento N° 1

4. En relación a lo indicado en los literales a), b) y c) del numeral 2 de la presente resolución corresponde señalar que en la visita de supervisión realizada del 04 al 07 de marzo de 2018 a la Unidad Minera “Huancapetí 2009” de titularidad de LINCUNA se verificó que el talud aguas abajo y aguas arriba del dique frontal del depósito de relaves N° 2 era de 2.25H:1.0V a 2.48H:1.0V y 1.54H:1.0V, conforme consta en el Acta de Supervisión, el Acta de Medición de Campo y el Informe de Supervisión, obrantes a fojas 04, 05, 07, 08, 31 y 32 del expediente, debiendo ser de 2.5H:1.0V y 2.0H:1.0V, de acuerdo a lo aprobado por la DGM mediante Resolución N° 953-2017-MEM-DGM/V y el Informe N° 288-2017-MEM-DGM-DTM/PB (autorización de construcción), obrantes a fojas 09 al 12 del expediente.

Al respecto, cabe mencionar que el estudio de estabilidad física del depósito de relaves N° 2

¹⁰Entrevista transcrita en el artículo “Prevención antes que represión”, en *Desde Adentro*. Revista de la SNMPE, junio, 2017.



contenido en el expediente técnico “Justificación de la construcción del dique de relaves” de setiembre de 2017 (fojas 47 al 68 del expediente) determinó factores de seguridad superiores a los mínimos considerando que el talud aguas abajo y aguas arriba del dique frontal del depósito sea de 2.5H:1.0V y 2.0H:1.0V, hecho que no ocurrió en el presente caso, toda vez que estos parámetros no coinciden con los verificados *in situ* en la supervisión.

Ahora bien, de la revisión del Plano N° CML18-004-250-CI-PL-010, presentado por LINCUNA mediante escrito de descargos del 25 de mayo de 2018, obrante a fojas 94 del expediente, se verifica que dicho documento fue emitido en abril de 2018, por lo que la evaluación de la configuración de los taludes efectuada corresponde a una etapa posterior a la supervisión del 04 al 07 de marzo de 2018, momento en el cual se observó en campo que el dique frontal del depósito de relaves N° 2 no cumplía con los parámetros aprobados en la Resolución N° 953-2017-MEM-DGM/V.

Respecto a lo alegado por la administrada sobre que la variación de los taludes fue puntual y no constituye una constante en sus actividades, es preciso indicar que lo dispuesto en el artículo 400° del RSSO referido a que los titulares deben asegurar la estabilidad física y química de los depósitos de relaves es de obligatorio cumplimiento desde su entrada en vigencia, de acuerdo a los artículos 103° y 109° de la Constitución Política¹¹.

En consecuencia, LINCUNA se encontraba obligada a realizar las acciones necesarias para asegurar la estabilidad física del depósito de relaves N° 2 en todo momento, siendo que no cumplir con los parámetros aprobados para el talud aguas abajo y aguas arriba del dique frontal de dicho depósito constituye una acción que no coadyuva al aseguramiento de su estabilidad física.



De otro lado, en la supervisión se verificó que el espejo de agua se mantenía pegado al talud aguas arriba del dique frontal del depósito de relaves N° 2, con un borde libre de aproximadamente 0.97 m antes del colapso, de acuerdo a lo indicado por la propia administrada en el Informe N° 005-2018 del 04 de marzo de 2018 (fojas 43 al 49 del expediente): “el estado de la presa de relaves antes del evento se encontraba con el nivel de aguas superficiales de origen pluvial la cual disminuyó el borde libre a 0.97 m aproximadamente” (sic), conforme consta en el Acta de Supervisión (fojas 04 y 05 del expediente).

Respecto a lo alegado por LINCUNA sobre que no estaba preparado para el súbito incremento de las precipitaciones producido en los días previos al evento, corresponde señalar que de la revisión de los reportes de SENAMHI presentados como medios probatorios, se verifica que en el distrito y provincia de Aija, departamento de Ancash, los días 01 y 02 de marzo del 2016 las precipitaciones fueron de 12.3 mm y 8.7 mm (07:00 horas) y 3.4 mm y 4.5 mm (19:00 horas), los días 01 y 02 de marzo de 2017 fueron de 0 mm y los días 01 y 02 de marzo de 2018 fueron de 0 mm (07:00 horas) y 10.3 mm y 5.8 mm (19:00 horas).

Asimismo, en el distrito y provincia de Recuay, departamento de Áncash, los días 01 y 02 de marzo de 2016 las precipitaciones fueron de 4.1 mm y 0 mm (07:00 am) y 3.2 mm y 7.4 mm (19:00 horas), mientras que los días 01 y 02 de marzo de 2017 las precipitaciones fueron de 4.1 mm y 0 mm (07:00 am) y 0 mm (19:00 horas). Al respecto, es importante señalar que la administrada no ha

¹¹ Constitución Política del Perú

“Artículo 103.- (...) 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 (...)”.

“Artículo 109.- la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial (...)”.

presentado reporte de SENAMHI alguno correspondiente a marzo 2018 en el distrito y provincia de Recuay.



Sin perjuicio de ello, cabe precisar que en todo caso el incremento de las precipitaciones en la zona los días previos al evento sí constituiría un hecho previsible para la administrada, con independencia de si en años anteriores las precipitaciones fueron menores en dichas fechas (01 y 02 de marzo), puesto que de conformidad con el Estudio de Ingeniería de Detalle elaborado por Buenaventura Ingenieros S.A. en mayo de 2013, “la precipitación máxima en 24 horas en la zona del proyecto para periodos de retorno de 50, 100, 200 y 500 años asciende a 70.26, 76.77, 83.26 y 91.83 mm respectivamente” (fojas 127 y 128 del expediente).

Por lo tanto, se evidencia que LINCUNA consideró un rango de precipitaciones máximas que superan las de 10.3 mm y 5.8 mm (Aija). En consecuencia, tenía previsto incluso la posible ocurrencia de dichas precipitaciones máximas, respecto de las cuales en su calidad de titular minero debía realizar las acciones necesarias a fin de que no generaran la disminución del borde libre.

De igual forma, la parada de la Planta realizada por LINCUNA correspondía a un mantenimiento programado, conforme la propia empresa ha manifestado en sus descargos, por lo que era un hecho previsible, debiendo tomar las medidas pertinentes para evitar el incremento del nivel de agua en el vaso del depósito de relaves N° 2.

En adición a ello, cabe resaltar que LINCUNA señaló en el Informe N° 005-2018 “Informe de desembalse de aguas de la presa de relaves N° 2 – Huancapeti” del 04 de marzo de 2018 que la rotura del dique frontal por desembalse del espejo de agua constituía un evento previsible.



Finalmente, en la visita de supervisión se verificó la inadecuada impermeabilización del talud aguas arriba del dique frontal del depósito de relaves N° 2, observándose que en una longitud de 203.9 m no existía evidencias de soldadura en el empalme de la geomembrana del recrecimiento del dique (cota 4512 msnm) y la geomembrana del dique de arranque (cota 4508 msnm). Asimismo, en el estribo izquierdo del dique frontal (lugar del colapso no se encontraron evidencias del anclaje de la geomembrana en zanjas de 0.60 m x 0.80 m. Estos hechos constan en el Informe de Supervisión y los registros fotográficos N° 23 al 30 (fojas 28, 75 y 76 del expediente).

Adicionalmente, en el Acta de Supervisión se indica que se verificó que “(...) la geomembrana fue arrastrada sin evidencias de desprendimiento (...)” (fojas 4 del expediente).

Sobre el particular, corresponde mencionar que con independencia de que en el Informe N° 050-2018-MEM-DGM-DTM/PB que sustentó la Resolución N° 0099-2018-MEM-DGM/V (autorización de funcionamiento) del 09 de febrero de 2018, la DGM hubiese validado o no la impermeabilización realizada por LINCUNA, lo cierto es que, en la supervisión del 04 al 07 de marzo de 2018, se verificó in situ que en dicho momento no existían evidencias de soldadura ni anclaje de la geomembrana del dique frontal del depósito de relaves N° 2 para asegurar la estabilidad física del depósito de relaves N° 2; siendo importante precisar que no se ha imputado a la administrada que hubiese construido el depósito incumpliendo la normas técnicas.

De lo expuesto, se ha acreditado LINCUNA no aseguró la estabilidad física del depósito de relaves N° 2, toda vez que el talud aguas abajo y aguas arriba del dique frontal del depósito no cumplía con los parámetros aprobados por la DGM, considerados en el estudio de estabilidad física de setiembre de 2017; el espejo de agua se mantenía pegado al talud aguas arriba del dique frontal,

incumpliendo el borde libre de 1m autorizado; y, existía una inadecuada impermeabilización del talud aguas arriba del dique frontal, puesto que la geomembrana no presentaba evidencia de haber sido soldada o anclada de acuerdo a la autorización de construcción.

En ese sentido, no se ha desvirtuado el incumplimiento N° 1 debidamente verificado en la supervisión del 04 al 07 de marzo de 2018, correspondiendo desestimar el recurso de apelación interpuesto por LINCUNA en este extremo.

Respecto al incumplimiento N° 2

5. En relación a lo indicado en el literal d) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que en la visita de supervisión del 04 al 07 de marzo de 2018 se verificó que LINCUNA incumplió el artículo 38º numeral 4 del RSSO, al haberse constatado que no verificó el cumplimiento del estándar contenido en el ítem 4.2.5 del numeral 4.2 del Procedimiento Escrito de Trabajo Seguro N° PET-LIN-PLT-08 "Operación en sección de relave" versión 2, aprobado el 15 de febrero de 2018, obrante a fojas 69 y 70 del expediente, que establece que el operador deberá monitorear continuamente la altura libre del muro de contención (1.50 m), toda vez que el borde libre en el dique del depósito de relaves N° 2 antes del evento era de 0.97 m, hecho que consta en el Acta de Supervisión (ítem 1), en concordancia con el Informe de Desembalse y el Informe de Supervisión, obrantes a fojas 04, 19, 28 y 43 del expediente.

Sobre el particular, mediante Resolución N° 469-2017-MEM-DGM/V del 23 de mayo de 2017, la DGM modificó el borde libre de operación del depósito de relaves N° 2 de 2 m a 1m, lo cual se mantuvo en la actual autorización de funcionamiento (Resolución N° 0099-2018-MEM-DGM/V del 09 de febrero de 2018). Sin embargo, es preciso indicar que la propia administrada en su Procedimiento N° PET-LIN-PLT-08 estableció un borde libre de 1.5 m; es decir, uno mayor al aprobado en la autorización de funcionamiento vigente.

De lo indicado, de acuerdo al artículo 38º numeral 4 del RSSO, es obligación del supervisor verificar que los trabajadores cumplan los PETS, de lo que se concluye que éstos deben ser debidamente observados por los trabajadores. En consecuencia, el Procedimiento N° PET-LIN-PLT-08 era de obligatorio cumplimiento para LINCUNA, lo cual en el presente caso no se dio, al haberse constatado que antes del colapso el borde libre era de 0.97m.

Por lo tanto, se ha acreditado la infracción al artículo 38º numeral 4 del RSSO, toda vez que LINCUNA no verificó el cumplimiento del Procedimiento N° PET-LIN-PLT-08, siendo importante precisar que, conforme se ha expuesto en el numeral precedente, las precipitaciones sí constituían eventos previsibles para la administrada, por lo que debió realizar las acciones necesarias como titular minero a fin de dar cumplimiento al PETS. Asimismo, la administrada no ha presentado medio probatorio alguno que acredite fehacientemente que los fuertes vientos alegados constituyeron un hecho imprevisible que originó la disminución del borde libre y, en consecuencia, el incumplimiento del PETS.

De lo expuesto, no se ha desvirtuado el incumplimiento N° 2, correspondiendo desestimar este extremo del recurso de apelación interpuesto por LINCUNA.

Respecto a la supuesta emisión de actos sin la debida motivación

6. Sobre lo indicado en el literal e) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde señalar que de conformidad con el Principio de Debido Procedimiento, regulado en el numeral 1.2 del Artículo

IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444, los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento, entre ellos, el derecho a ser notificados, a refutar los cargos imputados, a obtener una decisión motivada y fundada en derecho, entre otros¹².

Al respecto, en el presente caso, se imputó a la administrada los incumplimientos N° 1 y 2, mediante Oficio N° 1294-2018, notificado con fecha 02 de mayo de 2018, sustentándose en los hechos verificados en la visita de supervisión realizada del 04 al 07 de marzo de 2018 en la Unidad Minera "Huancapetí 2009", en la que se constató que LINCUNA no había asegurado la estabilidad física del depósito de relaves N° 2, así como no verificó el cumplimiento del PETS "Operación en sección de relave" aprobado el 15 de febrero de 2018, hechos cuya ocurrencia consta en el Acta de Supervisión, el Informe de Supervisión y los registros fotográficos de la visita, entre otros, debidamente notificados a la administrada como adjuntos del Oficio de inicio del procedimiento, a fin que presente los descargos que estime convenientes en el plazo de siete (07) días hábiles, los cuales fueron remitidos con fecha 25 de mayo de 2018.

De lo indicado, el procedimiento sancionador se inició el 02 de mayo de 2018, habiendo considerado todos los medios probatorios existentes en el Expediente, siendo que la Administración sí contaba en dicho momento con elementos de convicción suficientes sobre la comisión de las infracciones N° 1 y 2 por parte de LINCUNA.

Por lo expuesto, se acredita que el inicio del presente procedimiento fue debidamente motivado por el órgano instructor, habiéndose imputado a la administrada la comisión de infracciones a la normativa minera vigente, en atención de los hechos que fueron debidamente verificados en la supervisión, cuyo sustento también le fue notificado a la recurrente para el ejercicio de su derecho de defensa.

En ese sentido, no se verifica vulneración alguna al Principio de Debido Procedimiento, regulado en el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444, por lo que no se ha configurado causal de nulidad alguna de las establecidas en los numerales 1 y 2 del artículo 10° del T.U.O. de la misma ley¹³.

Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde indicar que el volumen total de relave derramado como consecuencia del colapso del dique frontal del depósito de relaves N° 2 es 11,860 m³, conforme consta en el Acta de Medida de Seguridad del 05 de marzo de 2018 y el Informe N° 005-2018 del 04 de marzo de 2018 emitido por LINCUNA, obrantes a fojas 06, 07 y 45 del expediente, por lo

¹² Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444
"Título Preliminar
Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo
(...)

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

¹³ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444
"Artículo 10.- Causales de nulidad
Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:
1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.
(...)"



que los incumplimientos N° 1 y 2 se subsumen en el supuesto establecido en el literal a) del numeral 15.3 del artículo 15° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OSCD, que establece que no son pasibles de subsanación los incumplimientos relacionados con la generación de accidentes o daños, como lo serían en este caso los materia de análisis al estar vinculados a un daño: el derrame de 11,860 m³ de relave originado por el colapso del dique frontal del depósito de relaves N° 2.

Por lo tanto, los incumplimientos N° 1 y 2 no son pasibles de subsanación, por lo que no les resulta aplicable la eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria antes de la imputación de cargos prevista en el literal f) del numeral 1 del artículo 255° del T.U.O. de la Ley N° 27444¹⁴.

Ahora bien, de conformidad con el literal g.3) del artículo 15° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, para los incumplimientos no pasibles de subsanación corresponde la aplicación de un factor atenuante de -5% por la realización de acciones correctivas debidamente acreditadas por el supervisado para cumplir con la obligación infringida hasta la presentación de los descargos al inicio del procedimiento¹⁵.

En el presente caso, las acciones correctivas realizadas por la administrada a fin de dar cumplimiento con posterioridad a la supervisión al artículo 400° del RSSO han sido consideradas como factor atenuante en el cálculo de la multa conforme consta en el numeral 5.1 de la Resolución N° 2400-2018. Sin embargo, respecto al incumplimiento al artículo 38° numeral 4 del RSSO hasta la fecha de los descargos, LINCUNA no acreditó haber realizado acciones correctivas para cumplir con dicha norma, por lo que no se consideró atenuante alguno en dicho caso.



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

Sobre el régimen de responsabilidad administrativa

7. Respecto a lo indicado en el literal f) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que el Decreto Legislativo N° 1272, publicado con fecha 21 de diciembre de 2016, incorporó el Principio de Culpabilidad como uno de los principios de la potestad sancionadora administrativa¹⁶, por el

¹⁴ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444

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

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

(....)

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

¹⁵ Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD

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

"Artículo 25.- Graduación de multas

25.1. En los casos en que la multa prevista por el Consejo Directivo como sanción tenga rangos o topes de aplicación, se utilizan, según sea el caso, los siguientes criterios de graduación:

g) Circunstancias de la comisión de la infracción. Para efectos del cálculo de la multa se consideran los siguientes factores atenuantes:

(...)

g.3) 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%".

¹⁶ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444

"Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

cual “la responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva”.

Al respecto, el artículo 1 de la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, Ley N° 27699, establece que “toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos, entre otros, bajo el ámbito de competencia de OSINERGMIN, constituye infracción sancionable”.

Asimismo, la citada ley señala que “(...) el Consejo Directivo (...) 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. La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente, de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones del OSINERGMIN, aprobada por el Consejo Directivo (...)”.

De lo expuesto, 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.

Ahora bien, respecto a la Casación N° 13233-2014-LIMA del 17 de mayo de 2016, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, señaló que el artículo 165° del Código Tributario, que establece que la infracción tributaria “debe determinarse de manera objetiva”, está dirigida a la autoridad tributaria, a quien le indica cómo debe determinar la infracción, esto es, determinarla en forma objetiva, tomando en consideración los elementos del tipo fijados en la norma legal, que pueden incluir elementos objetivos y subjetivos, siendo que la intencionalidad subjetiva debe ser evaluada cuando forme parte de la descripción de la conducta sancionada, como es el caso del artículo 178° inciso 2 del Código Tributario, que establece como infracción tributaria “declarar cifras o datos falsos y omitir circunstancias con el fin de obtener indebidamente notas de crédito (...) u otros valores (...)”, de cuya redacción se evidencia que para la configuración de la infracción deben confluir elementos objetivos y subjetivos.

Por el contrario, en el caso de las infracciones previstas en las Escalas de Tipificación y Sanciones de OSINERGMIN, se verifica que cada una de ellas no contempla elementos subjetivos en el tipo, sino solo objetivos, verificándose, en consecuencia, la aplicación del criterio de responsabilidad objetiva, de conformidad con lo establecido por el artículo 1° de la Ley N° 27699.

En ese sentido, los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por OSINERGMIN se rigen por el régimen de la responsabilidad administrativa objetiva, el cual se encuentra establecido en el artículo 1° de la Ley N° 27699 y guarda conformidad con el Principio de Culpabilidad, establecido en el numeral 10 del artículo 246° del TUO de la Ley N° 27444.

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

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.



RESOLUCIÓN N° 523-2018-OS/TASTEM-S2

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA LINCUNA S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2400-2018 de fecha 27 de setiembre de 2018; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus extremos.

Artículo 2°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Héctor Adrián Chávarry Rojas, José Luis Harmes Bouroncle y Víctor Jesús Revilla Calvo.


HÉCTOR ADRIÁN CHÁVARRY ROJAS
PRESIDENTE

