

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 205-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 17 de julio de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201600128495 que contiene el recurso de apelación interpuesto por HUSBAY PERÚ S.A.C., representada por la señora María Josefina Medrano Blanco, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 256-2018 de fecha 30 de enero de 2018, mediante la cual se la sancionó por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM.



CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución N° 256-2018, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a HUSBAY PERÚ S.A.C., en adelante HUSBAY, con una multa de 94.52 (noventa y cuatro con cincuenta y dos centésimas) UIT, por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM, en adelante RSSO, conforme al siguiente detalle:



INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN RESOLUCIÓN N° 286- 2010-OS/CD	SANCIÓN
Infracción al inciso b) del artículo 38° del RSSO¹		
Por no controlar el riesgo de reboso de relaves derivado de operar la línea de drenaje del sumidero de la poza de contingencia (tubería de HDPE de 4" de diámetro) sin válvula anti-retorno.	Numeral 5.1.3 del Rubro B ²	94.52 UIT
TOTAL		94.52 UIT³

Como antecedentes, cabe señalar lo siguiente:

- a) Con fecha 10 de diciembre de 2015, HUSBAY comunicó el derrame de relaves ocurrido el 09 de diciembre en la Poza de Contingencia (Estación de Derivación) de la Unidad Minera

¹ RSSO

"Artículo 38.- Es obligación del supervisor (ingeniero o técnico):
(...)

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

² Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD

Anexo: Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras
Rubro B. Incumplimiento de Normas Técnicas de Seguridad Minera

5. Incumplimiento de normas de supervisión e inspecciones

5.1. Supervisión

5.1.3. Obligaciones del Supervisor

Base legal: Artículos 38°, 39°, 130° y 153° del RSSO

Sanción: Multa hasta 250 UIT

³ La multa fue determinada de conformidad con la Resolución de Gerencia General N° 035 y la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG (Disposición Complementaria Única).

“Constancia”.

- b) Del 12 al 14 de diciembre de 2015, se realizó una visita de supervisión a la Unidad Minera “Constancia” de titularidad de la empresa HUDBAY.
- c) Con fecha 19 de diciembre de 2015 y 05 de enero de 2016, la administrada presentó el Informe Final de la emergencia ocurrida el 09 de diciembre de 2015.
- d) Mediante Oficio N° 780-2017, notificado con fecha 02 de mayo de 2017, obrante a fojas 39 del expediente, se comunicó a HUDBAY el inicio del procedimiento administrativo sancionador, adjuntando el Informe de Instrucción Inicio de PAS N° 593-2017 del 24 de abril de 2017, otorgándole el plazo de siete de siete (07) días hábiles para la presentación de sus descargos.
- e) Por escrito remitido con fecha 18 de mayo de 2017, la administrada presentó sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- f) Mediante Oficio N° 596-2017-OS-GSM, notificado con fecha 06 de octubre de 2017, se trasladó a HUDBAY el Informe Final de Instrucción N° 745-2017 del 04 de octubre de 2017, otorgándole el plazo de cinco (05) días hábiles para la remisión de sus descargos.
- g) Con Oficio N° 609-2017-OS-GSM, notificado el 16 de octubre de 2017, se citó a la administrada a audiencia de informe oral para el día 24 de octubre de 2017, en atención a su solicitud, la cual efectivamente fue llevada a cabo con el representante de HUDBAY en la fecha señalada.
- h) A través del escrito remitido con fecha 26 de octubre de 2017, la administrada remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción N° 745-2017.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Mediante escrito de registro N° 201600128495, presentado con fecha 22 de febrero de 2018, HUDBAY interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 256-2018, solicitando su revocación y el archivo del procedimiento, de acuerdo a los siguientes fundamentos:
- a) De acuerdo a la sección Conclusiones del Informe de Supervisión de la empresa supervisora, el derrame de relaves del 09 de diciembre de 2015, se produjo “(...) por la falla operativa del dispositivo de protección ‘disco de ruptura PSE-7071’ de ocho (08) pulgadas de diámetro porque trabajó a presiones de flujo de relaves menores a la presión de diseño que es de 190 psi”, en las cuales no existía sobrepresión que justificara su ruptura.

Sobre el particular, indica que la Estación de Derivación, donde se produjo el derrame de relaves, es una instalación de tuberías, válvulas y accesorios sobre una losa de concreto, la cual ha sido diseñada para permitir la transición de materiales de tubería entre la línea principal de acero API de treinta (30) pulgadas de diámetro y la tubería de HDPE (polietileno de alta densidad) de treinta y dos (32) pulgadas de diámetro. La tubería de acero permite la conducción de relaves desde la Planta de Procesos hasta la Estación de Derivación. Esta

última se encuentra ubicada en un punto cercano al TMF, mientras que la tubería de HDPE permite la conducción final de relaves desde la Estación de Derivación hasta el TMF⁴.

La línea de derivación está compuesta por un tramo de tubería de acero de treinta (30) pulgadas de diámetro, una válvula de cuchillo y una tubería de HDPE de treinta y dos (32) pulgadas de diámetro. Esta línea permite la conducción y distribución de los relaves hacia su disposición final durante los primeros años de operación de la mina.

Adicionalmente, cuenta con un sistema de protección de sobrepresión para proteger la tubería de HDPE de 32" durante la operación, ya que es la línea de tubería de menor resistencia. Dicho sistema consiste en la instalación de un disco de ruptura, un tramo de tubería de acero al carbono ASME A53 Grado B de ocho (08) pulgadas de diámetro y un tramo de tubería de HDPE PE4710 SDR 9 de ocho (08) pulgadas de diámetro dirigida hacia el TMF, activándose cuando la presión del fluido excede la máxima presión del disco de ruptura (contingencia), produciendo una descarga directa hacia el depósito de relaves y, de esta forma, disminuye la presión en la línea de derivación⁵.

De lo indicado, manifiesta que, en condiciones de operación normal, los relaves únicamente se transportan por las tuberías de treinta (30) y treinta y dos (32) pulgadas de diámetro de la Estación de Derivación. Las demás tuberías, por ejemplo, las de ocho (08) pulgadas de diámetro, son medidas de contingencia cuya finalidad es el alivio de la presión del fluido mediante la descarga de los relaves en caso se produzca una contingencia (como la sobrepresión); es decir, el funcionamiento de dichas tuberías se activa únicamente cuando se rompe el "disco de ruptura".

El disco de ruptura PSE-7071 que habría producido el derrame se ubica en la línea de descarga de acero de ocho (08) pulgadas de diámetro del sistema de protección de la línea de derivación. Dicho disco se rompe y da paso a los relaves en los casos en que se produce una sobrepresión en la línea principal de transporte de relaves.

Al producirse una sobrepresión en el sistema, un manómetro instalado en la tubería de treinta y dos (32) pulgadas emite una alerta en el tiempo real a los paneles de control ubicados en la Estación de Derivación y en la Estación de Bombeo que es parte del sistema de control de la Planta de Procesos (DCS), donde incluso se tiene programada la paralización del bombeo de relaves. Todas estas medidas de contingencia estuvieron presentes a la fecha del evento.

De otro lado, si bien el disco de ruptura estaba diseñado para soportar una presión de 190 psi, el evento del 09 de diciembre de 2015 se originó cuando aquel se activó a 120 psi; es decir, muy por debajo de la presión a la que debería activarse. En ese sentido, en tanto no se produjo una sobrepresión en el sistema, no se emitió una alerta que hubiera paralizado el bombeo de relaves inmediatamente.

Ahora bien, las tuberías y el disco de ruptura de la Estación de Derivación se encuentran sobre una poza de contingencia de concreto armado cuyas dimensiones son de 8.0 metros x 18.5 metros y 1.0 metro. Dicha poza cuenta con un sumidero que descarga a una tubería de limpieza de HDPE de cuatro (04) pulgadas, la cual se conecta posteriormente a la tubería de

⁴ Adjunta registros fotográficos sobre el "Sistema de Transporte de Relaves" y la "Estación de Derivación y sus componentes", así como el registro N° 16 tomado en la visita de supervisión.

⁵ Adjunta registro fotográfico N° 18 tomado en la supervisión.

HDPE de ocho (08) pulgadas del sistema de protección de sobrepresión que descarga en el depósito de relaves oeste. El empalme entre la tubería de cuatro (04) pulgadas y la de ocho (08) pulgadas se produce aproximadamente a cuarenta (40) metros de la poza de contingencia aguas abajo⁶.

Durante el evento, tras la activación del disco de ruptura, el relave transitó por la tubería de acero de ocho (08) pulgadas y posteriormente por la tubería de HDPE de ocho (08) pulgadas con dirección al depósito de relaves. Sin embargo, en dicho recorrido, parte de los relaves transitaron por la tubería de limpieza de HDPE de cuatro (04) pulgadas en sentido contrario (hacia arriba) hasta el sumidero de la poza de contención, llenándola y produciendo el rebose de relaves.

Al respecto, precisa que ambas tuberías, la de ocho (08) pulgadas y la de cuatro (04) se encontraban unidas por un empalme a 90° sin válvula anti retorno. Por ello, luego de ocurrido el derrame, la empresa mejoró el empalme colocándolo a 45° y agregó una válvula de control por iniciativa propia, ya que ello no fue parte de las recomendaciones dejadas en la supervisión.

En adición a ello, indica que las válvulas anti retorno o válvulas check no son utilizadas en sistemas de tuberías que transportan relaves por la presencia de sólidos, ya que su mecanismo de cierre o apertura se vería obstruido, quedando la válvula inoperativa. Las válvulas anti retorno son apropiadas cuando la sustancia transportada es totalmente líquida, mas no cuando la misma también contiene sólidos, como el caso de la tubería de cuatro (04) pulgadas.

Por lo tanto, alega, siguió la recomendación que le hizo Ausenco mediante Memorándum del 07 de enero de 2016, sobre la instalación de una válvula que evite el flujo de retorno, e instaló una válvula mariposa de cuatro (04) pulgadas de diámetro que se mantiene cerrada y bloqueada; cuya apertura solo se da en casos de limpieza de la poza de contención.

En ese sentido, ya no existiría posibilidad alguna de que el derrame vuelva a ocurrir, debido a que la línea de drenaje del sumidero se encuentra normalmente cerrada (conforme se acredita con el Documento ID:INS-PRC-03 que presentó en sus descargos al Informe Final de Instrucción)⁷. Adicionalmente, refiere que luego del evento, procedió con la limpieza del área impactada que se encuentra dentro de la zona operativa de la Unidad Minera Constancia y se estima en 1,050 m².

- b) El literal b) del artículo 38° del RSO contempla una obligación a cargo del Supervisor que consiste en tomar toda precaución para proteger a los trabajadores, verificando que se ha cumplido con la identificación de peligros y se haya evaluado y controlado los riesgos en la operación.

Esta obligación de diligencia por parte del supervisor tiene por finalidad eliminar o minimizar los riesgos derivados de las actividades mineras. En concordancia con la norma citada, el artículo 89° del RSO prevé que para corregir o eliminar los riesgos se debe seguir la secuencia de: i) eliminación, ii) sustitución, iii) controles de ingeniería, iv) señalización, alertas y controles administrativos, y v) uso de equipos de protección personal adecuados para el

⁶ Adjunta los registros fotográficos N° 17, 19 y 21 tomados en la visita de supervisión.

⁷ Presenta la figura "Problemas de la válvula anti retorno o check con fluidos que transportan sólidos", donde se muestra una válvula check limpia y otra con sólidos quedando inoperativa, indicando que esto último sucedería si esa válvula es instalada en la tubería de cuatro (04) pulgadas.

tipo de actividad a desarrollar. En ese sentido, en caso no se pudiera eliminar los riesgos deberán implementarse otras medidas para controlarlos.

En el presente caso, se dio pleno cumplimiento al literal b) del artículo 38° del RSSO, ya que el Supervisor cumplió con identificar los riesgos relacionados con las actividades de transporte de relaves y aplicó los siguientes controles de ingeniería para eliminar o minimizar los riesgos derivados de dicha actividad:

- 
- i) Sobrepresión en el sistema de transporte de relaves: no existiría un riesgo de rebose de la poza de contingencia, ya que la paralización de bombeo debería producirse si se alcanza una presión mayor a los 120 psi, lo cual ocurre antes de alcanzar la presión en la cual se activa el disco de ruptura. Incluso de activarse el disco, los relaves no descargarían en la poza, sino solo desfogarían por la tubería de drenaje de ocho (08) pulgadas.

El día del evento, el bombeo no se paralizó debido a que el sistema no registró un aumento de presión por encima de los valores de operación regulares para el transporte de los relaves al TMF.

- 
- ii) Poza de contingencia: para contener los derrames que pudieran producirse al interior de la Estación de Derivación.
- iii) Sumidero de la poza de contingencia: conectado a una línea de limpieza y que ahora cuenta con una válvula de control. Los relaves drenados a través del sumidero de la poza y la tubería de cuatro (04) pulgadas son transportados posteriormente por la línea de drenaje de ocho (08) pulgadas hasta el depósito de relaves oeste.
- iv) IPERC: firmado por el Superintendente de Seguridad y Salud Ocupacional y el Superintendente de Control Ambiental, entregado en la supervisión del 2015.
- c) La administrada señala que, durante la fiscalización, la empresa supervisora formuló cuatro (04) recomendaciones, conforme consta en el Acta de Recomendaciones del 14 de diciembre de 2015.

Al respecto, mediante escrito de registro N° 2015-168663, remitido con fecha 14 de enero de 2016, comunicó a esta entidad haber cumplido con dichas recomendaciones, de acuerdo a lo siguiente:

- Reemplazó el disco de ruptura en la Estación de Derivación e implementó un lazo de control que envía una señal al sistema de control de la Planta de Procesos (DCS) que detiene el bombeo de relaves ante la apertura del disco, evitando sobrepresiones en la línea de transporte.
- Complementó el IPERC "FOR-GG-07 Matriz Evaluación Riesgos Relaves Rev. 1", donde, entre los ítems 544 y 546, se contemplaron medidas de control para evitar la ocurrencia de incidentes (adjuntó el IPERC complementado en dicha comunicación).
- Implementó un sensor de nivel en la poza de contención de la Estación de Derivación con un lazo de control que envía una señal al sistema de control de la Planta de Procesos (DCS) que detiene el bombeo de relaves ante su acumulación en la poza y mejoró el

empalme entre las tuberías de drenaje y el sumidero con un codo de 45° y una válvula de control que evita el retorno de fluido.

- Estableció en el “Programa Anual de Simulacros 2016 UM Constancia Rev0” los simulacros de “Derrame de Relaves en el Sistema de Transporte” y “Deslizamiento de Talud del Dique de Relavera” (adjuntó dicho programa).

- d) La recurrente señala que corresponde archivar el incumplimiento, ya que lo subsanó voluntariamente antes del inicio del procedimiento, de conformidad con el artículo 255° del TUO de la Ley N° 27444 y el artículo 15° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

Al respecto, mediante escrito del 14 de enero de 2016, acreditó haber cumplido con las recomendaciones formuladas en la supervisión del 2015, las cuales incluían acciones para cumplir con el inciso b) del artículo 38° del RSSO: i) completar la identificación de peligros y evaluación de riesgos de la Estación de Derivación (Recomendación N° 2) e ii) implementar un mecanismo de alerta en la poza de contingencia ante la ocurrencia de probables eventos similares y mejorar el empalme de la tubería para su correcto funcionamiento (Recomendación N° 3).

Sobre el particular, la GSM señala que la implementación de estos controles “no se encuentran dirigidos a eliminar o minimizar el riesgo de rebose de relaves derivado del retorno de los mismos a través de una línea de drenaje del sumidero de la poza de contingencia”, debido a que considera que la única forma de subsanar la supuesta conducta infractora sería la instalación de una válvula anti retorno en la tubería de drenaje de cuatro (04) pulgadas, lo cual no se encuentra establecido expresamente en norma alguna y además no es técnicamente correcto.

Asimismo, añade que, de haber estado presentes dichos controles durante el evento: i) no se hubiera producido el retorno de relaves por la tubería de cuatro (04) pulgadas debido a que la misma habría estado cerrada con la válvula instalada; y, ii) de haber llegado los relaves a la poza de contingencia a través de la tubería indicada, el sensor de nivel hubiera generado una alerta que ocasionaría la paralización del bombeo de relaves antes de su rebose.

En consecuencia, con la implementación de dichos controles sí eliminó o minimizó el riesgo de rebose de relaves derivado del retorno de éstos por la línea de drenaje del sumidero de la poza de contingencia.

De otro lado, la GSM concluyó que el incumplimiento está relacionado con un daño, debido a que en el Reporte de Emergencia presentado por la empresa y en el Informe de Supervisión se indica que se derramó aproximadamente un total de 63m² de relaves en un área aproximada de 1,000 m², por lo que “existió un menoscabo en el área donde ocurrió el derrame de relaves, lo que constituye una externalidad negativa que es consecuencia del incumplimiento imputado”; y, en consecuencia, tiene la condición de insubsanable conforme al literal a) del numeral 15.3 del artículo 15° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

Sin embargo, de acuerdo al artículo 2° del Decreto Supremo N° 88-2013-PCN, las competencias de OSINERGMIN abarcan disposiciones legales y técnicas en las actividades del sector minería en los aspectos de seguridad en infraestructura e instalaciones, no incluyendo



la supervisión y fiscalización de disposiciones legales y técnicas ambientales, que corresponden al OEFA.

De lo indicado, tal como ya se ha expuesto, en el Informe de Supervisión no se indicó que el evento hubiese generado daño a la salud de los trabajadores o a la infraestructura. De igual forma, durante el trámite del procedimiento sancionador, la GSM no ha señalado en momento alguno que se originaron daños de ese tipo, los únicos que podrían ser evaluados por esta entidad, de acuerdo a sus competencias.

En ese sentido, evaluar daños de otro tipo como los ambientales (suelo, aire, agua, etc.), excedería las competencias de esta entidad. Además, ya existe un pronunciamiento del OEFA sobre el derrame, en el que indica que no se han reportado hallazgos de presuntas infracciones⁸.

Por lo tanto, no se habría verificado la generación de daño a la salud de las personas, a la infraestructura, o al medio ambiente, por lo que no se subsume en el supuesto regulado en el numeral 15.3 del artículo 15° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

De lo expuesto, se habría configurado la condición eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria de la infracción, correspondiendo el archivo de la imputación.

- e) Otorga facultades de representación a diversas personas para acceder al Expediente, solicitar copias simples y/o certificadas, hacer uso de la palabra y/o cualquier acto de trámite relacionado al procedimiento en el momento que consideren oportuno. Asimismo, solicita se le conceda el uso de la palabra, de conformidad con el numeral 3 del artículo 175° del TUO de la Ley N° 27444.
3. A través del Memorándum N° GSM-111-2018, recibido el 14 de marzo de 2018, la Gerencia de Supervisión Minera remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.
 4. Mediante Oficio N° 50-2018-OS/TASTEM-S2, notificado con fecha 03 de julio de 2018, se citó a la administrada al informe oral a llevarse a cabo a las 09:45 horas del 10 de julio de 2018, en atención a su solicitud de uso de la palabra.
 5. A través del Escrito N° 085-2018-HB/LEG del 06 de julio de 2018, HUBBAY comunicó que los señores Juan Pablo Macassi Zavala y Juan López Mayta, identificados con DNI N° 42650617 y 23944544, respectivamente, participarían en su representación a la audiencia de informe oral programada.
 6. Con fecha 10 de julio de 2018, se llevó a cabo el informe oral programado, contando con la asistencia de los representantes de la empresa HUBBAY, los señores Juan Pablo Macassi Zavala, Juan López Mayta y María Medrano Blanco, los cuales expusieron los argumentos de su recurso

⁸ Indica que mediante la Carta N° 1057-2016-OEFA-DS del 25 de mayo de 2016, el OEFA le informó que "de los resultados de las acciones de supervisión especial realizadas el 16 de diciembre de 2015 en la unidad fiscalizable Constancia se ha emitido el Informe de Supervisión Directa N° 436-2016-OEFA-DS-MIN, el mismo que no reporta hallazgos de presuntas infracciones administrativas que den lugar a emitir un Informe Preliminar de Supervisión Directa (...)". (Subrayado suyo)

de apelación, conforme consta en el soporte audiovisual obrante a foja 173 del Expediente, que serán materia de evaluación en la presente resolución.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

7. Respecto a lo indicado en los literales a) y b) del numeral 2 de la presente resolución, en el presente caso se sancionó a HUDBAY por incumplir el literal b) del artículo 38º del RSSO que exige que el Supervisor (ingeniero o técnico) tome toda precaución para proteger a los trabajadores, verificando y analizando que se haya dado cumplimiento a la Identificación de Peligros y Evaluación y Control de Riesgos (IPERC) realizada por los trabajadores en su área de trabajo, a fin de eliminar o minimizar los riesgos.



Sobre el particular, la administrada manifiesta que sí cumplió con el literal b) del artículo 38º del RSSO porque aplicó los siguientes controles para eliminar o minimizar los riesgos vinculados a las actividades de transporte de relaves:

- Poza de contingencia: para contener los derrames que pudieran producirse al interior de la Estación de Derivación.
- Sobre la sobrepresión en el sistema de transporte de relaves: señala que no existe riesgo de rebose de la poza de contingencia, debido a que la paralización del bombeo se produciría cuando se alcanzara una presión mayor a los 120 psi, lo cual ocurriría antes de alcanzar la presión en la cual se activa el disco de ruptura (190 psi).
- Alarma de variación de flujo: alerta cuando hay desviación del flujo del 5% en 5 minutos.
- Sumidero de la poza de contingencia: conectado a una línea de limpieza de cuatro (04) pulgadas, la que a su vez se conecta a una línea de drenaje de ocho (08) pulgadas que va hasta el depósito de relaves oeste.
- IPERC: entregado en la visita de supervisión del 2015.



Cabe señalar que las medidas consideradas por la administrada fueron ejecutadas para controlar el riesgo de rebose en un contexto en el cual el disco de ruptura se activaría a 190 psi y, al romperse, daría pase a los relaves por las tuberías de ocho (08) pulgadas. Además, se activaría una señal de alerta en el sistema cuando hay sobrepresiones en la tubería de HDPE a fin de paralizar el bombeo de relaves.

Sin embargo, corresponde manifestar que ninguna de estas acciones de control realizadas por HUDBAY eliminó o minimizó el riesgo de rebose de relaves derivado de operar la línea de drenaje de 4" del sumidero de la poza de contingencia sin una válvula anti retorno, ante una falla del disco de ruptura a una presión menor a la que debería activarse, que generaría el transporte de relaves por la tubería de acero de ocho (08) pulgadas de diámetro y la tubería de drenaje HDPE de ocho (08) pulgadas de diámetro, conectada a la indicada tubería de drenaje de 4".

En consecuencia, a la fecha del derrame, HUDBAY no cumplió con eliminar ni minimizar el riesgo de rebose de relaves, en caso fallara el disco de ruptura a una presión inferior a la que debe

activarse⁹, de operar una tubería de 4" (conectada a la tubería HDPE de 8") que no cuenta con una válvula anti retorno que impida el transporte de los relaves hacia la poza de contingencia, al haberse verificado que no instaló la válvula indicada, ni ningún otro mecanismo que impidiese el retorno de los relaves por la tubería de drenaje de 4" en dirección al sumidero de la poza de contingencia. (Subrayado agregado)

Por lo tanto, se ha acreditado que la administrada incumplió la obligación establecida en el literal b) del artículo 38º del RSSO.

De lo expuesto, y considerando que la recurrente no ha presentado medio probatorio alguno que desvirtúe el incumplimiento corresponde desestimar el recurso de apelación interpuesto en este extremo.

8. Respecto a lo indicado en los literales c) y d) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que la obligación referida al cumplimiento de las recomendaciones en la forma, modo y/o plazo establecidos por OSINERGMIN es distinta a aquellas obligaciones previstas en el RSSO.

Sobre el particular, la inobservancia de una recomendación constituye infracción sancionable, de acuerdo al Rubro 10 de la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de la Supervisión y Fiscalización de las Actividades Mineras, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 035-2014-OS/CD. En ese sentido, en caso de incumplimiento de una recomendación impuesta por OSINERGMIN, podría iniciarse el procedimiento administrativo sancionador respectivo.

De acuerdo a ello, el incumplimiento de las obligaciones del RSSO y el de una recomendación constituyen infracciones distintas y acarrear sanciones independientes, de acuerdo a las tipificaciones aprobadas mediante las Resoluciones de Consejo Directivo N° 286-2010-OS-CD y N° 035-2014-OS-CD, respectivamente.

De lo expuesto, el presente procedimiento administrativo sancionador no ha sido iniciado por incumplir las recomendaciones impuestas por OSINERGMIN en la supervisión del 12 al 14 de diciembre de 2015, sino por la infracción al literal b) del artículo 38º del RSSO verificada como consecuencia de dicha supervisión, por lo que no corresponde emitir pronunciamiento adicional respecto al alegato de la administrada referido a que cumplió con las indicadas recomendaciones.

Ahora bien, sobre el argumento de HUDBAY relacionado a que subsanó el incumplimiento con anterioridad al inicio del procedimiento sancionador el 02 de mayo de 2017, mediante el escrito remitido con fecha 14 de enero de 2016, con el cual habría acreditado la realización de acciones para cumplir con la obligación establecida en el inciso b) del artículo 38º del RSSO, cabe señalar que, de acuerdo al literal f) del numeral 1 del artículo 236-A de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, la subsanación voluntaria por parte del sujeto infractor del incumplimiento con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos constituye una condición eximente de responsabilidad por infracciones¹⁰.

⁹ Lo que efectivamente sucedió en el presente caso (se activó a 109 psi en la tubería de HDPE de 32 pulgadas).

¹⁰ Ley N° 27444

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

De conformidad con la modificatoria establecida por el Decreto Legislativo N° 1272, se aprobó el nuevo Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, publicado el 18 de marzo de 2017, el cual dispone en el numeral 15.1 de su artículo 15° que la subsanación voluntaria de la infracción solo constituye un eximente de responsabilidad cuando se verifique que los incumplimientos detectados fueron subsanados antes del inicio del procedimiento sancionador¹¹. (Subrayado nuestro)

En ese sentido, en los casos en que el incumplimiento sea subsanado voluntariamente antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, corresponderá eximir de responsabilidad al sujeto infractor.

Asimismo, cabe señalar que el numeral 15.3 del artículo 15° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD establece un listado de incumplimientos que no son pasibles de subsanación, entre los cuales se encuentran los incumplimientos relacionados con la generación de accidentes o daños, debido a que por su propia naturaleza este tipo de incumplimientos no pueden ser resarcidos conforme se explicará en los párrafos siguientes¹².

De lo indicado, la propia administrada en el Reporte de Emergencia remitido con fecha 10 de diciembre de 2015, obrante a fojas 30 del Expediente, indicó que el derrame de relaves afectó un área de 1000 m² aproximadamente. Asimismo, en el Informe de Investigación del Accidente, remitido mediante correo electrónico del 19 de diciembre de 2015, obrante a fojas 33 y 34 del Expediente, indicó que “el área afectada fue la ladera de un talud natural de vegetación tipo pajonal y gras alto andino”.

De igual forma, en la supervisión realizada del 12 al 14 de diciembre de 2015 y los medios probatorios obrantes en el presente Expediente, la Empresa Supervisora verificó que “el relave derramado llegó hasta el sector A, (...) zona de mayor impacto, correspondiente al sector aguas abajo del talud este del depósito de material 7 (...) y el sector B, (...), con correspondiente a un sector adyacente a la poza de sedimentación (...). (...) el relave derramado de la poza de contingencia sedimentado en las zonas A, B, C y D, verificado durante la supervisión, recorrió aguas abajo en varias franjas con un ancho promedio de 0.50 m. (zona D), en una longitud

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

- a) El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada.
- b) Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa.
- c) La incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción.
- d) La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.
- e) El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal.
- 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 235. (...).”

¹¹ Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD

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

“Artículo 15.- Subsanación Voluntaria de la infracción

15.1. La subsanación voluntaria de la infracción solo constituye un eximente de responsabilidad cuando se verifique que los incumplimientos detectados fueron subsanados antes del inicio del procedimiento sancionador. (...).”

¹² Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD

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

“Artículo 15.- Subsanación Voluntaria de la infracción

(...)

15.3. No son pasibles de subsanación

- a) Aquellos incumplimientos relacionados con la generación de accidentes o daños (...).”

aproximada de 300.0 m por cada franja; (...) el relave derramado sedimentó y formó las zonas A y B, con mayor impacto. El relave sedimentado sobre la superficie de las zonas afectadas (...) asciende a un área de 1,050 m² aproximado (...)", conforme consta en el Informe de Supervisión, notificado a HUDBAY con fecha 02 de mayo de 2017.

A mayor abundamiento, después de ocurrido el derrame de relaves HUDBAY "procedió a realizar la limpieza de los sectores en donde el relave fue sedimentado. (...) Posteriormente iniciaron los trabajos de vegetación en la zona afectada, ubicada aguas abajo del talud este del depósito de material 7 (DM7), iniciando la revegetación de la zona A", conforme se observa en el Informe de Supervisión indicado, cuyo contenido se presume cierto, salvo prueba en contrario, de conformidad con el artículo 14º del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, siendo importante precisar que la administrada no ha presentado medio probatorio fehaciente que desvirtúe lo constatado en dicho Informe.

De lo expuesto, esta Sala comparte la opinión de la GSM respecto a que el daño es cualquier menoscabo, detrimento, perjuicio, o afectación a las personas, el ambiente, entre otros. Así las cosas, en el presente caso se ha verificado claramente que el derrame de relaves afectó un área de 1,000 m² aproximadamente, constituido por un talud natural de vegetación, que fue sujeto a una limpieza, precisamente por tratarse de desechos y residuos, constatándose, en consecuencia, un menoscabo en dicho talud.

Por lo tanto, el incumplimiento al literal b) del artículo 38º del RSSO, norma de competencia de OSINERGMIN no es pasible de subsanación por haber generado un daño probado; por lo tanto, no correspondería la aplicación de la eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria de la infracción, de conformidad con el artículo 15º del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, al ser una infracción insubsanable.

De otro lado, respecto a la fiscalización realizada por el OEFA el 16 de diciembre de 2015, de acuerdo a su Reglamento de Supervisión, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 015-2016-OEFA-CD, vigente a la fecha de dicha supervisión, cabe señalar que de la copia del Oficio N° 1057-2016-OEFA/DS, remitido por la administrada, se verifica que dicha entidad le comunicó que emitió el Informe de Supervisión Directa N° 426-2016-OEFA/DS-MIN, el cual no reporta hallazgos de presuntas infracciones administrativas que den lugar a emitir un Informe Preliminar de Supervisión Directa; sin embargo, la recurrente no ha remitido copia alguna del Informe de Supervisión Directa citado, sino solo el Formato de aprobación del mismo por parte de los órganos competentes de dicha entidad.

Sin perjuicio de ello, cabe precisar que la determinación o no de un daño ambiental por parte del OEFA de acuerdo a sus competencias y los parámetros que utilice para realizar dicha calificación, es independiente de las atribuciones de OSINERGMIN para fiscalizar el cumplimiento de las normas del RSSO y verificar si una infracción a dichas normas generó un menoscabo o detrimento; y en consecuencia, por la propia naturaleza de las consecuencias perjudiciales que ha ocasionado, determine que la infracción cometida sea imposible de subsanar.

Por lo tanto, no se configura el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria con anterioridad al inicio del procedimiento sancionador, de conformidad con el numeral 15.3 del artículo 15º del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

En consecuencia, corresponde desestimar estos extremos del recurso de apelación interpuesto por HUDBAY.



De conformidad con el numeral 16.1 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 HUBBAY PERÚ S.A.C. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 256-2018 de fecha 30 de enero 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: Jesús Francisco Roberto Tamayo Pacheco, Héctor Adrián Chávarry Rojas y José Luis Harnes Bouroncle.



JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE

