

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 156-2019-OS/TASTEM-S2

Lima, 14 de mayo de 2019

VISTO:

El Expediente N° 201800007676 que contiene el recurso de apelación interpuesto por PAN AMERICAN SILVER HUARÓN S.A., representada por el señor Mario Giovanni Rubio Gonzáles, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 517-2019 de fecha 28 de febrero de 2019, mediante la cual se la sancionó por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM.



CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución N° 517-2019, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a PAN AMERICAN SILVER HUARÓN S.A., en adelante HUARÓN, con una multa total de 30 (treinta) 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 artículo 164° del RSSO¹ Por no informar a Osinergmin dentro de las 24 horas, la fuga de relaves finos del Depósito de Relaves N° 5, ocurrida el 12 de diciembre de 2017.	Numeral 1.2 del Rubro A ²	15 UIT
2	Infracción al literal e) del artículo 26° del RSSO³ Por no presentar a Osinergmin dentro de los 10 días calendario, el informe detallado de la investigación de la fuga de relaves finos del Depósito de Relaves N° 5, ocurrida el 12 de diciembre de 2017.	Numeral 1.4 del Rubro A ⁴	15 UIT
TOTAL			30 UIT



¹ 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; (...)

² 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 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

³ 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. (...)

⁴ 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

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

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

Sanción: Hasta 15 UIT

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- a) A las 04:10 horas del día 12 de diciembre de 2017, el operador [REDACTED] supervisaba el Depósito de Relaves N° 5 cuando notó la presencia de relaves finos en la descarga del vertedero de HDPE de 1.5 m de diámetro, y de un pequeño vórtice en el espejo de agua. La fuga se controló a las 04:30 horas, luego de activado el plan de contingencia de la planta de beneficio.
- b) Del 15 al 17 de diciembre de del 2017, se efectuó una visita de supervisión a la unidad minera "Huarón"⁵ de titularidad de HUARÓN.
- c) Mediante Oficio N° 1649-2018⁶ notificado a HUARÓN el 12 de junio de 2018, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador, al cual se adjuntó el Informe de Instrucción Inicio de PAS N° 1623 de fecha 30 de mayo de 2018 y se le otorgó el plazo de siete (7) días hábiles para la presentación de sus descargos.
- d) Por escrito presentado el 20 de junio de 2018, registrado por Osinergmin en el Expediente N° 201800007676, HUARÓN presentó sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- e) Mediante el Oficio N° 516-2018-OS-GSM⁷ notificado el 19 de octubre de 2018, se remitió a HUARÓN el Informe Final de Instrucción N° 2214-2018 del 15 de octubre de 2018.
- f) A través del escrito presentado el 26 de octubre de 2018, registrado por Osinergmin en el Expediente N° 201800007676, la recurrente presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción.
2. Mediante escrito presentado del 21 de marzo de 2019, registrado por Osinergmin en el Expediente N° 201800007676, HUARÓN interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 517-2019, de acuerdo con los siguientes fundamentos:

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la falta de competencia de Osinergmin

- a) HUARÓN señala que Osinergmin no era competente para iniciar el procedimiento administrativo sancionador ni mucho menos para sancionar por los hechos imputados, ya que, si bien mediante la Ley N° 28964 se otorgaron a Osinergmin las facultades para fiscalizar las actividades mineras, dicho otorgamiento fue posteriormente derogado y sólo fueron restituidas a Osinergmin las facultades para supervisar y fiscalizar la seguridad de la infraestructura.

De acuerdo a ello, Osinergmin quedó sin competencia en materia minera, toda vez que, en el caso ambiental, OEFA es la única entidad competente para supervisar, fiscalizar y sancionar el cumplimiento de dichos asuntos por parte de los titulares de actividades mineras.

⁵ La unidad minera Huarón se encuentra ubicada en el distrito de Huayllay, provincia y departamento de Pasco.

⁶ Documento notificado con la Cédula de Notificación N° 165-2018-OS-GSM que obra a fojas 7 del expediente.

⁷ Documento notificado con la Cédula de Notificación N° 418-2018-OS-GSM que obra a fojas 28 del expediente.



Por lo tanto, si bien la Ley N° 29901 restituyó a Osinergmin algunas de las competencias que ejercía con anterioridad, las competencias restituidas están referidas únicamente a fiscalización de la seguridad de la infraestructura. Cualquier otra norma de inferior rango que, pretendiendo "desarrollar" dicha ley vaya más allá de tales competencias específicas, es ilegal e inaplicable. En este sentido, aunque la Primera Disposición Complementaria Final de Ley N° 29901 dispuso que se aprobara el "listado de funciones técnicas que quedan bajo la competencia de este organismo", tales "funciones" debían ser de orden técnico ("funciones técnicas") y en ningún modo podían exceder el marco de la "seguridad de la infraestructura" previsto por la norma de rango superior.

Sin embargo, en este caso, las presuntas infracciones son totalmente ajenas a la seguridad de la infraestructura, ya que están referidas a un derrame ocurrido dentro de la zona de operaciones y los relaves que se descargaron en una poza de contención (Trapiche Antiguo), afectando un área de 900 m².

Por ello, HUARÓN señala que se le pretende sancionar por un supuesto incumplimiento de carácter administrativo, el cual se trata de relacionar a la infraestructura que debe ser fiscalizado por Osinergmin, cuando, en concreto, lo constatado en la visita de supervisión sería una fuga de relave finos ocurrido dentro de la zona de operaciones, los que se descargaron en una poza de contención⁸.

Además, refiere que los organismos del estado deben actuar dentro de las facultades que expresamente les han sido atribuidas por ley. En el caso de Osinergmin, sus facultades se limitan expresamente a la supervisión y fiscalización de la seguridad de la infraestructura y no a actividades de supervisión y fiscalización de competencia de OEFA y ANA. En consecuencia, Osinergmin no tiene competencia para haberle iniciado este procedimiento administrativo sancionador ni mucho menos para imponer una doble sanción por ello.



Sobre las presuntas infracciones al artículo 164° y al literal e) del artículo 26° del RSSO

- b) HUARÓN indica que se ha realizado una incorrecta interpretación de las obligaciones previstas en el artículo 164° y literal e) del artículo 26° del RSSO, ya que, en el presente caso, no tenía la obligación de presentar la comunicación ni el informe de investigación por el evento ambiental ocurrido en diciembre de 2017. Indica que en la resolución apelada se realiza un análisis parcial de las obligaciones previstas en el RSSO y no se consideran otras normas de igual o mayor jerarquía para determinar si el evento se trató de un incidente peligroso o una situación de emergencia que debía ser comunicada o estar sujeta a la presentación de un informe.

Señala que la norma establece una obligación para el género incidente y la especie incidente peligroso⁹, siendo necesario, cuando la administración lo ha obviado en la resolución impugnada, recordar primero qué ha definido el RSSO como "incidente":

⁸ La recurrente cita al artículo 3° del TUO de la LPAG: "(...) 1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión."

Asimismo, también refiere el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG: "1.1. Principio de Legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas."

⁹ RSSO

Artículo 26.- Son obligaciones generales del titular de actividad minera:

Incidente

Suceso con potencial de pérdidas acaecido en el curso del trabajo o en relación con el trabajo, en el que la persona afectada no sufre lesiones corporales.



Si bien es cierto que se señala que “incidente” es un suceso con potencial de pérdidas, esto se circunscribe a que exista una persona afectada que no sufra lesiones corporales; sin embargo, en el presente caso, no existió persona afectada, dado que el evento se produjo en la zona de operación, en la que únicamente se encuentran ubicadas tuberías y taladros de drenaje; es decir, en una zona donde no hay personas afectadas ni potencialidad de pérdidas como refiere la definición prevista en la norma.

Asimismo, precisa que es indispensable indicar qué se entiende por “incidente peligroso”, al cual se hace referencia en el Oficio N° 516-2018-OS-GSM y en la resolución impugnada:

Incidente peligroso y/o situación de emergencia

Todo suceso potencialmente riesgoso que podiera causar lesiones o enfermedades 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.



Al respecto, manifiesta que, de acuerdo a las normas antes citadas, sólo se encontraba obligada a comunicar y presentar un informe respecto de los incidentes peligrosos que pudieran ocurrir en su unidad minera. En ese sentido, considerando que el evento ocurrido en diciembre de 2017 no generó ni pudo generar lesiones y no se trató de un evento con pérdidas materiales, no calza dentro de la definición de incidente peligroso.

Agrega que el Oficio 516-2018-OS-GSM y la resolución apelada han señalado también que en este caso se trataría de un derrame de relaves, toda vez que el agua con finos se estaría considerando como un material peligroso, apreciación que no se ajusta ni a los hechos ni a la normativa aplicable. Sostiene que se trató de una fuga de agua con finos, lo cual fue indicado de esta manera en el Reporte Preliminar de Emergencias Ambientales presentado a OEFA.

Señala que, según Osinergmin, la fuga de agua con finos constituye un material peligroso, el cual es definido por el RSSO de la siguiente manera:

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.

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:

- a) Al Ministerio de Energía y Minas, a través de su página web <http://extranet.minem.gob.pe>
- b) Al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a través de su portal institucional www.trabajo.gob.pe;
- c) Al OSINERGMIN, según procedimiento de reporte de emergencias correspondiente;
- d) A los Gobiernos Regionales, según corresponda.

(...)

El titular de actividad minera está obligado a presentar un informe detallado de investigación en el formato del ANEXO N° 22, dentro del plazo de diez (10) días calendario de ocurrido el accidente mortal, a las siguientes entidades:

- Al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a través de su portal institucional www.trabajo.gob.pe;
- Al OSINERGMIN, según procedimiento de reporte de emergencias correspondiente;
- A los Gobiernos Regionales, según corresponda.

Material peligroso

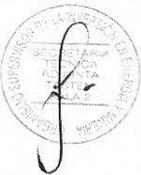
Aquél que por sus características físico-químicas y biológicas o por el manejo al que es o va a ser sometido, puede generar o desprender polvos, humos, gases, líquidos, vapores o fibras infecciosos, irritantes, inflamables, explosivos, corrosivos, asfixiantes, tóxicos o de otra naturaleza peligrosa o 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". (Subrayado por la administrada)



En ese sentido, conforme lo establece el RSSO, el material debe tener determinadas características físico-químicas y biológicas; sin embargo, de la revisión del Oficio N° 516-2018-OS-GSM y la resolución impugnada, no se aprecia que, durante el trámite del presente procedimiento ni en la etapa de supervisión, Osinergmin haya realizado prueba o ensayo alguno donde se determinen las características físico-químicas y/o biológicas del agua con finos, para que se concluya que se trataba de un material peligroso.

Argumenta que, para determinar que existía un material peligroso, no sólo se debió evaluar dicho material, sino también establecer si el contenido del mismo podía calificarse como peligroso. La normativa que establece los componentes que debería tener un residuo para ser considerado como peligroso es el Reglamento de la Ley de Residuos Sólidos, el cual en su Anexo III indica expresamente una lista de residuos peligrosos; sin embargo, en el presente caso, no se han realizado los análisis necesarios para establecer el contenido del agua con finos y si este clasificaba como un residuo peligroso.

Por lo contrario, la GSM realizó una suposición y, en base a esta, procedió a sancionarla, por lo que no adoptó las medidas probatorias necesarias que la ley lo faculta, vulnerando los principios de Debido Procedimiento y Verdad Material.



Sobre la presunta vulneración a los principios de Verdad Material y Tipicidad

- c) HUARÓN indica el principio de Verdad Material postula que el órgano administrativo está obligado a realizar todas las diligencias probatorias que tiendan a la averiguación de los hechos para luego fundamentar la decisión prescindiendo de la alegación y demostración por el particular.

Asimismo, sostiene que, si bien Osinergmin tiene competencia en el ámbito de seguridad minera (sólo respecto a infraestructuras), dicha competencia no le permite actuar ignorando las actuaciones de otras entidades públicas que, en el marco de sus competencias y atribuciones, aprecian los mismos hechos. Ignorar dichas apreciaciones, como lo ha hecho Osinergmin, supone atentar contra el principio de seguridad jurídica¹⁰ y predictibilidad.

HUARÓN señala que la resolución impugnada atenta contra la seguridad jurídica, debido a las siguientes razones: (i) se asumió como un hecho cierto que estaba en la obligación de informar a Osinergmin, pese a que demostró que no existió incidente peligroso de su competencia, (ii) Osinergmin indica que era competente para conocer el hecho ocurrido; sin embargo, esto no es correcto; además, si informó a los entes competentes como la OEFA y ANA, y (iii) Osinergmin

¹⁰ La recurrente señala que en el Expediente N° 016-2002-AI/TC, el Tribunal Constitucional consideró respecto a la seguridad jurídica que: "(...) es un principio consustancial al Estado constitucional de derecho, implícitamente reconocido en la Constitución. Se trata de un valor superior contenido en el espíritu garantista de la Carta Fundamental, que se proyecta hacia todo el ordenamiento jurídico y busca asegurar al individuo una expectativa razonablemente fundada respecto de cuál será la actuación de los poderes públicos y, en general, de toda la colectividad, al desenvolverse dentro de los cauces del Derecho y la legalidad."

pretende establecer y crear una ficción, respecto al hecho "no haber informado dentro de las 24 horas", lo cual generó una infracción, que se complementaría con "no informar dentro de los 10 días de ocurrido el hecho"; sin embargo, este se trata de un mismo hecho y no genera una doble infracción.

En tal sentido, le resulta arbitraria la actuación de Osinergmin y ajena al principio de Verdad Material¹¹, por lo que se debe declarar fundado su recurso de apelación y la nulidad de la resolución apelada.

- d) Por otro lado, HUARÓN manifiesta que, en el presente caso, Osinergmin aplicó extensivamente una norma sancionadora a un supuesto no contemplado dentro del ratio fáctico de la norma¹². Al respecto, señala que la administración se encuentra impedida de imponer sanciones si es que el administrado no incurrió exactamente en la conducta que la norma prohíbe; asimismo, tampoco podrá aplicar interpretaciones extensivas o analógicas que tengan por finalidad subsumir un hecho concreto en el supuesto de una norma que no establece como pasible de sanción¹³.

Agrega que la labor de instrucción y fiscalización debe ser llevada correctamente por la administración, recabando los medios probatorios e investigando adecuadamente. La falta de diligencia de tal investigación frustrará cualquier imputación y sanción, toda vez que no se podrá probar las imputaciones que se efectúen.

Por ello, manifiesta que el artículo 26° del RSSO contempla que la obligación de informar se genera al establecer de manera objetiva que se trata de un incidente peligroso y que se debe además presentar un informe de la investigación en el plazo de 10 días de ocurrido el suceso. Alega que lo ocurrido no es un evento peligroso, ya que en la visita realizada entre el 15 al 17 de diciembre de 2017 pudo evidenciarse que la supuesta inconducta no se enmarcaba dentro de los supuestos de la norma para que pueda ser pasible de sanción.

En consecuencia, manifiesta que la autoridad resolutoria debe considerar que sancionar a un administrado por una conducta que no constituye infracción administrativa implica una vulneración al Principio de Tipicidad y a las normas contempladas en el Decreto Legislativo N° 1272¹⁴.

¹¹ En relación al Principio de Verdad Material, la recurrente cita lo siguiente:

"Como sabemos, el Principio de Verdad Material consiste en que las actuaciones administrativas deben estar dirigidas a la identificación y esclarecimiento de los hechos reales producidos y a constar la realidad, independientemente de cómo hayan sido alegadas, y, en su caso, probadas por los administrados." CASSAGNE, Juan Carlos. Procedimiento y Proceso Administrativo. 1ra. Ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2005, p. 75.

Asimismo, refiere lo siguiente: A la Administración Pública, en su calidad de acusador, "(...) le compete ofrecer una actividad probatoria de cargo que resulte mínima, suficiente e idónea para destruir la verdad interna que, en propia calificación de la jurisprudencia, comporta la presunción de inocencia" [de manera que] "(...) cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano decisor, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio pues el derecho se vulnera cuando sin prueba o prescindiendo de la prueba se declara la culpabilidad." BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción. LA prueba en el procedimiento administrativo. Sevilla: Aranzandi Editorial, 2001. p. 212.

¹² La recurrente cita al literal d) del numeral 24) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, el que señala:

"Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley."

Asimismo, menciona numeral 4) del artículo 248° del T.U.O. de la Ley N° 27444, en relación al Principio de Tipicidad:

"Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía."

¹³ La recurrente cita la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 010-2002-AI-TC, fundamento N° 46:

"(...) el principio de determinación del supuesto de hecho previsto en la Ley es una prescripción dirigida al legislador para que éste dote de significado unívoco y preciso al tipo (...), de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en la norma sea verificable con relativa certidumbre."

¹⁴ T.U.O. de la Ley N° 27444

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

En cuanto a la supuesta contravención al Principio de interdicción de la Arbitrariedad

- e) HUARÓN indica que el principio de Interdicción de la Arbitrariedad constituye una obligación dirigida a los poderes públicos, a fin de que funden en razones objetivas y justas toda decisión susceptible de afectar la esfera jurídica patrimonial de los particulares, desterrando así todo intento de arbitrariedad en la actuación pública. Solamente podrá adoptarse una decisión justa si se realiza una interpretación razonable de las normas jurídicas y si estas se aplican considerando los hechos que rodean al caso¹⁵.

Por ello, HUARÓN sostiene que la resolución impugnada vulnera el principio de Interdicción de la Arbitrariedad, ya que considera que Osinergmin actuó de forma irrazonable y arbitraria en la interpretación de los artículos materia de sanción, que sirvieron para la aplicación de la multa impuesta. Este proceder, no solo supondría desconocer la realidad de los hechos, sino que esa renuncia a evaluar la realidad de los hechos puede derivar en una sanción absolutamente injusta y arbitraria, como precisamente ha sucedido.

Además, agrega que se descartaron los argumentos que expuso a lo largo del procedimiento administrativo y se ignoraron las pruebas en contrario que aportó, lo cual es irrazonable, por lo que la decisión de sancionarla es antijurídica.

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

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.

4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria. A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda. En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras.

8. Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

¹⁵ La recurrente refiere la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 090-2004-AA-TC:

Fundamento N° 12: "De allí que desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado:

a) En un sentido clásico y genérico, **la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho.**

b) En un sentido moderno y concreto, **la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión.** Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, **lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad.**" (El resaltado y subrayado son de la administrada)

""El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Por lo tanto, según lo expone Fernando Sainz Moreno (vide supra), **"una decisión arbitraria, contraria a la razón** (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), **es esencialmente antijurídica**". (El resaltado y subrayado son suyos)

Fundamento N° 17: "Aunque no explícitamente, al reconocer en los artículos 3° y 43° de la Constitución, el Estado social y democrático de Derecho, se ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta. Este principio tiene un doble significado: (i) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; (ii) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo".

Respecto a la vulneración al Principio de Non Bis In Ídem

- f) HUARÓN señala que, en la resolución impugnada, se han limitado a establecer que en el presente caso no existe una vulneración al Principio de Non Bis In Ídem, dado que no se habría cumplido, supuestamente, con los requisitos de identidad de sujeto, hecho y fundamento; sin embargo, esto es falso. Indica que, mediante la resolución impugnada, se le pretende imponer una sanción por el hecho de no haber supuestamente informado a Osinergmin, el cual configuraría dos supuestas infracciones por un mismo hecho.

Es decir, se pretende establecer que las obligaciones contenidas en el literal e) del artículo 26° y el artículo 164° del RSSO son situaciones distintas por hechos diferentes, cuando de la lectura de estas se aprecia que se trataría de un solo supuesto incumplimiento, consistente en no enviar información a Osinergmin. Agrega que, en este caso, no se puede establecer que, si no informó a las 24 horas de ocurrido el evento, estaba también en la obligación de hacerlo dentro de los 10 días de su ocurrencia, más aún si el evento está relacionado a un tema ambiental.

Por ello, afirma que se trata de un solo evento consistente en la "fuga de relaves finos a través del vertedero de 1.5 metros de diámetro del Depósito de Relaves N° 5 de la unidad minera Huarón" y no dos eventos como sostiene Osinergmin. En ese sentido, de haber existido alguna obligación suya de informar el evento ambiental ocurrido el 12 de diciembre de 2017, esta se debe configurar como una sola infracción.

En consecuencia, HUARÓN menciona que si se presenta la identidad de sujeto, hecho y fundamento, por lo que se ha vulnerado el principio de Non Bis In Ídem recogido en el numeral 11 del artículo 248° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en adelante T.U.O. de la Ley N° 27444¹⁶.

Respecto a que el informe final de instrucción adolece de errores respecto de su contenido

- g) La recurrente afirma que en el Informe Final de Instrucción se indicó que: *"Por otro lado, HUARÓN afirma que el derrame ocurrió dentro de la zona de operaciones y los relaves se descargaron en una poza de contención (Trapiche Antiguo); sin embargo, el "Reporte Preliminar de Emergencias Ambientales" elaborado por HUARÓN para el OEFA indica expresamente un "área afectada" de 900 m² (fojas 4)."*¹⁷

¹⁶ T.U.O. de la Ley N° 27444

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

11. Non bis in idem.- No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7.

La recurrente cita la Sentencia recaída en el Expediente N° 03706-2010-AA, el cual señala: "[...] corresponde recordar que el principio non bis in idem, en su dimensión material, expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción; y en su dimensión procesal, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto.

En buena cuenta, el principio non bis in idem veda la imposición de una dualidad de sanciones o la iniciación de una duplicidad de procesos sancionadores en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento."

¹⁷ Además, agrega que según la información presentada en sus descargos, se aprecia que en la zona donde se produjo el evento ambiental corresponde a una de actividad minera, específicamente al circuito de contingencia donde se desplaza la línea de conducción de agua "sobre nadante" de la presa de relaves N° 05 que es tratada en la Planta de Tratamiento de Agua de Mina San José (PTAM-San José). Manifiesta que dicha zona cuenta con canales de contingencia para atender cualquier emergencia, la cual tiene un área de 900m² como bien señala el Reporte Preliminar de Emergencias Ambientales. Además, precisa que esto es un dato que exige el reporte mismo y que por lo tanto no implica el reconocimiento de algún tipo de afectación ni real ni potencial al ambiente, a la población y a los trabajadores.

Indica que el evento ambiental implicó una pequeña fuga de agua con finos que automáticamente Osinergmin procedió a considerar como relaves y, por ende, a aplicar, erróneamente, los tipos de infracción materia del presente procedimiento; sin embargo, el agua con sólidos suspendidos fue conducida a través de las estructuras hidráulicas a la PTAM-San José y no representa riesgo a los componentes ambientales ni a la población. Reitera que el agua con sólidos suspendidos no puede ser catalogada como material peligroso, debido a que no acreditó mediante análisis de laboratorio que se trata de un material peligroso.

Al respecto, indica que, con dicha observación, Osinergmin pretendería sustentar que el derrame de relaves constituiría un incidente peligroso, lo que no es cierto, ya que HUARON señaló que el derrame ocurrió en la zona de operaciones y que el área "afectada" fue de 900m².



Argumentos adicionales

- h) HUARÓN refiere que la subsanación realizada debe ser considerada como un eximente, al no ser responsable como administrado del hecho imputado.
3. A través del Memorandum N° GSM-212-2019, recibido el 9 de abril de 2019, la GSM remitió a la Sala 2 del TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la supuesta falta de competencia de Osinergmin

4. En cuanto a lo sostenido en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, se debe indicar que de acuerdo al Principio de Legalidad previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas¹⁸. De otro lado, el numeral 72.1 del artículo 72° y numeral 76.1 del artículo 76° del T.U.O. de la Ley N° 27444 establecen que las competencias de las entidades tienen su fuente en la Constitución y en la ley, por lo que su ejercicio es una obligación directa del órgano administrativo que la tiene atribuida como propia.



En este contexto, es pertinente acotar que mediante Ley N° 28964, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 24 de enero de 2007, se transfirieron a Osinergmin las competencias de fiscalización de las actividades mineras definidas en la Ley N° 27474, Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras, cuyo artículo 2° establecía que el ámbito de la fiscalización involucraba, entre otros, las disposiciones legales, normas técnicas y procedimientos administrativos sobre aspectos referidos de seguridad e higiene minera¹⁹.

Posteriormente, a través de la Segunda y Séptima Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, publicada con fecha 20 agosto 2011, se dispuso la transferencia de competencias de fiscalización de las actividades mineras previstas en la Ley N° 28964, del regulador al MTPE y, asimismo, la derogación de la referida ley²⁰.

¹⁸ TUO de la Ley N° 27444.

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo (...)

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

¹⁹ Ley N° 28964.

Artículo 2.- De la transferencia de funciones al organismo competente

Transfírase las competencias de fiscalización minera, establecidas en la Ley N° 27474, Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras, al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería."

Ley N° 27474.

Artículo 2°.- Ámbito de aplicación de la ley

Las disposiciones legales, normas técnicas y procedimientos administrativos, aplicables en la labor a que se refiere el artículo anterior corresponden a:

1. Normas de seguridad e higiene mineras. (...)"

²⁰ Ley N° 29783

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

RESOLUCIÓN N° 156-2019-OS/TASTEM-S2

En dicho contexto, el artículo 2° de la Ley N° 29901, Ley que precisa competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, publicada con fecha 12 de julio de 2012, definió el alcance de las citadas disposiciones de la Ley N° 29783, estableciéndose que la transferencia de competencias se limitó únicamente a la supervisión, fiscalización y sanción en materia de seguridad y salud en el trabajo en el subsector minero, por lo que la derogación de la Ley N° 28964 sólo se refirió a la supervisión y fiscalización de las disposiciones legales y técnicas en dicho ámbito.²¹ (Subrayado agregado).

Igualmente, por medio del artículo 3° y la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29901, se estableció que este Organismo es competente para supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con la actividad minera; manteniendo las competencias en temas de seguridad de la infraestructura de dicho subsector; y, que mediante Decreto Supremo se aprobaría el listado de funciones bajo el ámbito de competencia de Osinermin²².

Además, se aprobó mediante el Decreto Supremo N° 088-2013-PCM, publicado con fecha 10 de agosto de 2013, el listado de funciones técnicas de Osinermin, cuyo numeral 6 del Anexo 2, establece como función del regulador la de supervisar y fiscalizar el incumplimiento de obligaciones sobre seguridad de las actividades mineras; así como de las disposiciones legales y normas técnicas relacionadas con la gestión de la seguridad de la infraestructura, instalaciones, y de las operaciones mineras; lo cual es ratificado por el artículo 2° de la citada disposición reglamentaria²³ (subrayado agregado).

SEGUNDA. Transfíranse las competencias de fiscalización minera, establecidas en la Ley 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinermin, al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (...)
SÉPTIMA. Derógase la Ley 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinermin, del 24 de enero de 2007.

Cabe acotar que el OSINERGMIN solicitó asesoría jurídica a la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia a efectos de que emita pronunciamiento sobre los alcances de las citadas disposiciones de la Ley N° 29783; por lo que mediante Consulta Jurídica N° 002-2012-JUS-DNAJ de fecha 06 de enero de 2012, la aludida entidad concluyó, entre otros, que no fueron materia de transferencia las competencias generales de fiscalización de obligaciones legales, contractuales o técnicas no referidas a la seguridad y salud en el trabajo en el subsector minero; haciendo énfasis en que este organismo mantenía la función supervisora y fiscalizadora respecto a las disposiciones de seguridad de la actividad. Y, adicionalmente, acotó que no se derogó íntegramente la Ley N° 29324, sino únicamente en el extremo referido a la fiscalización de la seguridad y salud en el trabajo en el citado subsector.

La Consulta Jurídica N° 002-2012-JUS-DNAJ de fecha 06 de enero de 2012 de la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia se encuentra disponible en: <http://spji.miniუს.gov.pe/Graficos/Peru/2007/Enero/24/CJ-002-2012-JUS-DNAJ.pdf>

²¹ Ley N° 29901

Artículo 2. Precisiones de la segunda disposición complementaria final y de la séptima disposición complementaria modificatoria de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo

Precítese que la transferencia de las competencias de fiscalización minera al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, establecida en la segunda disposición complementaria final de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, se limita únicamente a la supervisión, fiscalización y sanción en materia de seguridad y salud en el trabajo en los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos.

Asimismo, entiéndase que la derogación de la Ley 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinermin, dispuesta por la séptima disposición complementaria modificatoria de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, comprende únicamente las disposiciones referidas a la supervisión y fiscalización del cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo, que es materia de competencia del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

²² Ley N° 29901

Artículo 3. Competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinermin) para supervisar y fiscalizar

En concordancia con las precisiones establecidas en el artículo 2, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinermin) es competente para supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos; manteniendo las competencias para fiscalizar la seguridad de la infraestructura de los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Funciones técnicas del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinermin)

En un plazo no mayor a sesenta días, a propuesta del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinermin) y mediante decreto supremo, con el voto favorable del Consejo de Ministros, se aprobará el listado de funciones técnicas que quedan bajo la competencia de este organismo.

²³ Decreto Supremo N° 088-2013-PCM

Artículo 2.- Disposiciones legales y técnicas materia de competencia del OSINERGMIN.-

Las disposiciones legales y técnicas en las actividades de los sectores de energía y minería materia de competencia de OSINERGMIN están referidas a los aspectos de seguridad de la infraestructura, las instalaciones y la gestión de seguridad de sus operaciones; y, cuando corresponda, a la calidad. Tales disposiciones incluyen los aspectos indicados en los Anexos aprobados en el artículo 1 del presente Decreto Supremo (...)

De lo anterior, queda claro que los efectos de la derogación dispuesta por la Segunda y Séptima Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29783 solo comprendieron los aspectos de la Ley N° 28964, relacionados a la supervisión, fiscalización y sanción en materia de seguridad y salud en el trabajo en el subsector minero; mas no las actuales competencias de Osinergmin, descritas en el párrafo anterior.



Por otro lado, cabe precisar que, mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 14 de mayo del 2008, se creó el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA), como organismo público técnico especializado, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental.

Asimismo, mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 21 de enero de 2010, se reglamentó la transferencia de atribuciones en materia ambiental de fiscalización de Osinergmin a OEFA, de conformidad con lo dispuesto en la indicada Segunda Disposición Complementaria Final. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD²⁴, se aprobaron los aspectos objeto de la transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería de Osinergmin a la OEFA, las mismas que están directamente vinculadas al ejercicio de las funciones de supervisión y fiscalización según la definición contenida en la Ley N° 27332, en materia de conservación y protección al medio ambiente, así como a los procedimientos que desarrolla Osinergmin para dicho ejercicio.



De lo anterior, queda claro que los efectos de la derogación dispuesta por la Segunda y Séptima Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29783 solo comprendieron los aspectos de la Ley N° 28964, relacionados a la supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental en el subsector minero; mas no las actuales competencias de OSINERGMIN, descritas en el sétimo párrafo del numeral 4 de la presente resolución, por lo que la citada norma se encuentra vigente y, por lo tanto, resulta de obligatorio cumplimiento para los administrados que realizan actividades de minería.

De lo expuesto se desprende que la omisión de información afecta el ejercicio de las funciones del regulador, dado que, al no tomar conocimiento oportuno de la situación de emergencia, Osinergmin se ve imposibilitado de verificar el cumplimiento de las disposiciones bajo su ámbito de competencia. A lo que se debe agregar que la labor de determinación de la naturaleza jurídica de la situación de emergencia es de la Administración Pública y no de los administrados.

En ese sentido, la participación de OEFA, respecto a la situación de emergencia, en ningún caso afecta el ejercicio de la función supervisora a cargo de Osinergmin, por lo que el reporte presentado por HUARÓN ante OEFA no sustituye la obligación exigida, conforme al artículo 164° y literal e) del artículo 26° del RSSO.

A mayor abundamiento, se debe indicar que, como bien se ha señalado en la resolución apelada, el hecho de que la normativa vigente permita la actuación de más de una entidad pública, en relación con una situación de emergencia y que se hubiese comunicado tal hecho ante el OEFA y la Administración Local de Agua Pasco, no exime a HUARÓN de su obligación de reportar ante

²⁴ Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD

Artículo 1°.- Aprobar los aspectos objeto de la transferencia de la función de supervisión, fiscalización y sanción en materia de minería entre el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN, y el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA (...).

Osinerghmin en el plazo legal establecido conforme lo exige el artículo 164° y literal e) del artículo 26° del RSSO del RRSO, al resguardar cada una de estas entidades bienes jurídicos distintos.



Adicionalmente, es importante señalar que en el Reporte Preliminar de Emergencias Ambientales y en el Reporte Final de Emergencias Ambientales, elaborados por HUARON, obrantes a fojas 15 a 16 y 18 a 20 del expediente, se reconoce el suceso de una situación de emergencia que requirió la activación de su Plan de Contingencia por la fuga de relaves del depósito de relaves N° 5. Asimismo, dichos reportes describen las acciones correctivas realizadas, como la clausura definitiva de la quena de evacuación de agua y el cambio del sistema de agua sobrenadante del referido depósito de relaves; circunstancias que inciden en el ámbito de supervisión de Osinerghmin al estar relacionadas a la seguridad de la infraestructura minera.

Por lo tanto, todas las actuaciones relacionadas al presente procedimiento administrativo sancionador fueron emitidas en el marco del ejercicio válido de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en el ámbito de las actividades mineras; correspondiendo desestimar lo alegado por HUARÓN en este extremo.

Con relación a las presuntas infracciones al artículo 164° y al literal e) del artículo 26° del RSSO

5. Respecto a lo señalado en el literal b) del numeral 2 de la presente resolución, cabe precisar que el artículo 164° del RSSO establece lo siguiente:

“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; (...)”
(subrayado agregados)



Al respecto el artículo 7° del RSSO define como “incidente peligroso y/o situación de emergencia”, lo siguiente:

“Incidente peligroso y/o situación de emergencia

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.

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)

Por su parte, el “Procedimiento para reporte de emergencias en las actividades mineras” aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 013-2010-OS/CD, define “Emergencia”, de acuerdo al siguiente detalle:

“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, habiendo Osinergmin 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, la fuga de relaves (material peligroso)²⁵ ocurrido el 12 de diciembre de 2017 en la unidad minera "Huaron" se encuentra comprendida dentro de los alcances de la norma como incidente peligroso y/o situación de emergencia.



De acuerdo a lo expuesto, HUARON debió: i) comunicar a Osinergmin el evento ocurrido el 12 de diciembre 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.

Por otro lado, la recurrente sostiene que no se ha realizado alguna prueba o ensayo alguno de las características físico-químicas y/o biológicas de los relaves finos para determinar que se trataba de un material peligroso. Al respecto, como bien ha señalado la GSM en la resolución apelada, constituye un hecho público que los relaves son desechos tóxicos resultantes de los procesos de beneficio minero, debido a que contienen metales pesados y residuos de los reactivos utilizados en la flotación, así como otros constituyentes en solución como sulfatos y cloruros. Esta caracterización química es independiente de la dimensión de las partículas de relaves en gruesos o finos.

Además, de acuerdo al Informe Técnico Sustentatorio del proyecto "Mejora Tecnológica de los circuitos de flotación (bulk y zinc) de la Planta Concentradora Francios" elaborado por la empresa consultora Geoestudios Ambientales el año 2017, obrante a fojas 38 del expediente, los relaves

²⁵ RSSO

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

Material peligroso

Aquél 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.

del Depósito de Relaves N° 5 contienen plomo, que es un residuo sólido peligroso, tal como lo establece el numeral 2 del artículo 16° del Reglamento Nacional de Transporte Terrestre de Materiales y Residuos Peligrosos aprobado por Decreto Supremo N° 021-2008-MTC. Por lo tanto, los relaves finos derramados constituyen un material peligroso, sin que sea necesario realizar una prueba o ensayo, lo que no significa una vulneración a los Principios de Verdad Material y del Debido Procedimiento.

En atención a las consideraciones expuestas, este Tribunal considera que la autoridad de primera instancia actuó de acuerdo a la normativa vigente y que, contrariamente a lo argumentado por la recurrente, la resolución impugnada fue expedida sin vulneración a los Principios de Verdad Material, del Debido Procedimiento y Tipicidad, y los demás principios establecidos en el Título Preliminar y en el artículo 248° del T.U.O. Ley N° 27444. Por lo tanto, la Primera Instancia ha emitido una decisión motivada y fundada en derecho y no adolece de vicios que causen su nulidad, por lo que corresponde declarar infundado este extremo del recurso de apelación.

En cuanto a la presunta vulneración a los principios de Verdad Material y Tipicidad

6. Sobre lo sostenido en los literales c) y d) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde señalar que, conforme se expuso en el numeral precedente, quedó acreditado que el derrame de relaves finos en el Depósito de Relaves N° 5 de la unidad minera "Huarón" el 12 de diciembre de 2017 se trató de un incidente peligroso y/o situación de emergencia, por lo que era responsabilidad de HUARON: i) comunicar a Osinergmin el evento ocurrido el 12 de diciembre 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 artículo 164° y literal e) del artículo 26° del RSSO, respectivamente, lo cual no efectuó. En ese sentido, no existió vulneración al Principio de Verdad Material.

Por otra parte, en cuanto al Principio de Tipicidad, corresponde señalar que mediante 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 concesión²⁶.

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

²⁶ Ley N° 27332

Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privadas 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; (...)

las sanciones, así como aprobar su respectiva escala de multas y sanciones²⁷. (Subrayado agregado)

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 al RSSO, y se establece las sanciones aplicables.

En ese sentido, los requisitos de precisión y claridad en la descripción de la conducta ilícita son exigibles a aquellas normas que tipifican las infracciones imputadas a los administrados dentro del procedimiento sancionador, en la medida que son éstas las que definen aquellas actuaciones u omisiones que se encuentran prohibidas por transgredir la legislación y cuya configuración acarrea la imposición de una sanción administrativa.

Sobre el particular, en el presente caso se inició procedimiento administrativo sancionador contra HUARÓN por la comisión de las infracciones tipificadas en los numerales 1.2 y 1.4 del Rubro A del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD, conforme al siguiente detalle:

TIPIFICACIÓN	BASE LEGAL	IMPUTACIÓN
Numeral 1.2 del Rubro A del Anexo de la Resolución N° 039-2017-OS/CD	Artículo 164° del RSSO	HECHO
Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD Anexo: Cuadro de Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera Rubro A - <u>Incumplimiento de normas sobre avisos, informes, registros, autorizaciones y otros</u> 1. <u>Incumplimientos por no presentar avisos e informes sobre accidentes y emergencias</u> 1.2 <u>Aviso de incidente peligroso y/o situación de emergencia</u> 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: 15 UIT	<i>RSSO</i> <i>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: (...)</i> <i>c) Al OSINERGMIN, según procedimiento de reporte de emergencias correspondiente;</i> <i>(...)</i>	Por no informar a Osinergmin dentro de las 24 horas, la fuga de relaves finos del Depósito de Relaves N° 5, ocurrida el 12 de diciembre de 2017.
Numeral 1.4 del Rubro A del Anexo de la Resolución N° 039-2017-OS/CD	Literal e) del artículo 26° del RSSO	HECHO
Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD Anexo: Cuadro de Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera Rubro A - <u>Incumplimiento de normas sobre avisos, informes, registros, autorizaciones y otros</u> 1. <u>Incumplimientos por no presentar avisos e informes sobre accidentes y emergencias</u> 1.4 <u>Informe de investigación de incidente peligroso y/o situación de emergencia</u> Base legal: Art. 9° de la Ley N° 28964 y art. 26° literal e) del RSSO, arts. 4° y 5° de la Resolución CD N° 013-2010-OS/CD. Sanción: 15 UIT	<i>RSSO</i> <i>Artículo 26.- Son obligaciones generales del titular de actividad minera: (...)</i> <i>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. (...)</i>	Por no presentar a Osinergmin dentro de los 10 días calendario, el informe detallado de la investigación de la fuga de relaves finos del Depósito de Relaves N° 5, ocurrida el 12 de diciembre de 2017.

²⁷ 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.



Como puede advertirse, el numeral 1.2 del Rubro A del Anexo de la Resolución N° 039-2017-OS/CD tipifica como infracción administrativa sancionable con multa de 15 (quince) UIT, el incumplimiento a la obligación de dar aviso del incidente peligroso y/o situación de emergencia dentro de las veinticuatro (24) horas de ocurrido, la cual se encuentra prevista en el artículo 164° del RSSO. Asimismo, el numeral 1.4 del Rubro A del Anexo de la citada Resolución tipifica como infracción administrativa sancionable con multa de 15 (quince) UIT, el incumplimiento a la obligación de presentar el informe de investigación del incidente peligroso y/o situación de emergencia dentro de los diez (10) días calendario de ocurrido el suceso, la cual se encuentra prevista en el literal e) del artículo 26° del RSSO.

En este contexto, se verifica que, tanto los supuestos de hecho de las infracciones tipificadas en los numerales 1.2 y 1.4 del Rubro A del Anexo de la Resolución N° 039-2017-OS/CD, como las obligaciones cuyos incumplimientos le sirven de base legal, contienen una descripción clara, precisa y de fácil comprensión. Además, los hechos imputados sí se subsumen en las conductas típicas descritas en los numerales 1.2 y 1.4 del Rubro A del Anexo de la Resolución N° 039-2017-OS/CD (incumplimiento de la obligación de dar aviso del incidente peligroso y/o situación de emergencia dentro de las veinticuatro (24) horas de ocurrido y presentar el informe de investigación de incidente peligroso y/o situación de emergencia dentro de los diez (10) días calendario de ocurrido el suceso).



En atención a lo expuesto, queda acreditado que la norma sancionadora aplicada en el presente procedimiento cumple con las exigencias derivadas de los Principios de Legalidad y Tipicidad; y, además, los hechos imputados se subsumen en los tipos infractores materia de sanción, sin haberse aplicado extensivamente la norma sancionadora.

Por lo tanto, la resolución de sanción no incurrió en causal de nulidad, correspondiendo desestimar este extremo del recurso de apelación.

Respecto a la supuesta contravención al Principio de interdicción de la Arbitrariedad

7. Con relación a lo manifestado en el literal e) del numeral 2 de la presente resolución, se debe indicar que en el literal e) del numeral 2, de acuerdo a lo expuesto por el Tribunal Constitucional en las sentencias dictadas en los Expedientes N° 2192-2004-AA/TC y N° 00535-2009-PA/TC, el Principio de Razonabilidad reconocido en los artículos 3°, 43° y 200° de la Constitución Política de 1993, es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho y se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias²⁸.

Por otra parte, cabe precisar que en la resolución impugnada se valoraron los descargos presentados por HUARÓN durante el trámite del procedimiento administrativo sancionador y se expusieron los fundamentos de hecho y de derecho por los cuales se encontró acreditada su responsabilidad administrativa por infringir el artículo 164° y el literal e) del artículo 26° del RSSO. En tal sentido, la citada resolución se encuentra debidamente emitida, cumpliendo con los requisitos de motivación del acto administrativo y los Principios del Debido Procedimiento.

En consecuencia, no se ha producido vulneración al Principio de Razonabilidad ni hubo una

²⁸ Las sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en los Expedientes N° 2192-2004-AA /TC y N° 00535-2009-PA/TC, se encuentran disponibles en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02192-2004-AA.html> y <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00535-2009-AA.pdf>

actuación arbitraria de esta entidad, ya que en el presente procedimiento se calificó como infracciones los incumplimientos al artículo 164° y al literal e) del artículo 26° del RSSO, previstos 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 obligaciones no establecidas en los supuestos normativos, sino aquellas previstas por la propia norma que deben ser cumplidas por los titulares mineros.



En ese sentido, se debe declarar infundado el recurso de apelación en este extremo.

Sobre la supuesta vulneración al Principio de Non Bis In Ídem

8. En cuanto a lo alegado en el literal g) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que por disposición del Principio Non Bis In Ídem previsto en el numeral 11 del artículo 248° del T.U.O. de la Ley N° 27444²⁹, en concordancia con el fundamento N° 19 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC, ningún administrado podrá ser sancionado ni juzgado dos veces por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento³⁰.

En tal sentido, mediante el presente principio se busca dar a la persona la seguridad de que el Estado no ejercerá de manera abusiva su potestad sancionadora cuando nos encontremos ante la comisión de un hecho ilícito que ya ha merecido la aplicación de una sanción o que es materia de un proceso o procedimiento sancionador.

Ahora bien, en el presente caso, HUARÓN refiere que se habría transgredido el Principio Non Bis In Ídem, puesto que se trata del mismo sujeto, el mismo hecho (información a Osinergmin del evento) y el mismo fundamento.



Para la aplicación de este principio se requiere que nos encontremos ante tres elementos concurrentes: i) identidad de sujeto, ii) identidad de hecho, e iii) identidad de fundamento; lo cual no se cumple en el presente caso, al no existir identidad respecto del fundamento, toda vez que la infracción al artículo 164° del RSSO está relacionada a la obligación de dar aviso de la ocurrencia del incidente peligroso y/o situación de emergencia, y la infracción al literal e) del artículo 26° el RSSO está vinculada a la presentación del informe de investigación del incidente peligroso y/o situación de emergencia.

²⁹ T.U.O. de la Ley N° 27444.

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

11. Non bis in ídem. - No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7.

³⁰ La sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 02050-2002-AA/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02050-2002-AA.html>

La parte pertinente del fundamento N° 19 de la citada resolución, es la que sigue:

"(...) 19. El principio de bis in ídem tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal:

a. En su formulación material, el enunciado según el cual, «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento (...)

b. En su vertiente procesal, tal principio significa que «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos», es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo). (...)"

Siendo así, considerando que ambas infracciones tienen sustentos legales y fácticos distintos, no se ha verificado transgresión alguna del Principio de Non Bis in Ídem, por lo que se debe desestimar este extremo del recurso de apelación.

Con relación a que el Informe Final de Instrucción adolece de errores respecto de su contenido

9. Respecto a lo sostenido en el literal g) del numeral 2 de la presente resolución, se debe referir que el "área afectada de" 900 m², indicada por HUARON en el Reporte Preliminar de Emergencias Ambientales que elaboró para OEFA, no sustentó el pronunciamiento del órgano instructor para determinar que el derrame de relaves finos se trató de un "incidente peligroso y/o situación de emergencia". En efecto, en el Informe Final de Instrucción se concluyó que el derrame de relaves (material peligroso, dada su composición), no sólo significaba un suceso potencialmente riesgoso para los trabajadores de la planta de beneficio, sino para la población en general.

Por lo tanto, independientemente de la cantidad o las áreas afectadas, era responsabilidad de HUARON cumplir con informar y reportar a Osinergmin lo ocurrido de acuerdo a lo previsto en el artículo 164° y literal e) del artículo 26° del RSSO, lo cual no sucedió.

Asimismo, cabe señalar que los descargos de HUARON al contenido del Informe Final fueron debidamente evaluados y desvirtuados, tal como se verifica de los considerandos 3.1, 4.1 y 4.2 de la resolución apelada.

En consecuencia, se debe declarar infundado este extremo del recurso de apelación.

Argumentos adicionales

10. Sobre lo indicado en el literal h) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde indicar que, conforme a lo sustentado en los párrafos anteriores, ha quedado debidamente determinada la responsabilidad de la recurrente en los ilícitos administrativos imputados.

Además, es importante informar que conforme a lo establecido en el literal c) del numeral 15.3 del artículo 15° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD, las infracciones imputadas no son pasibles de subsanación, por lo que no procede la aplicación del supuesto de eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria.

Por lo tanto, se debe desestimar este extremo del recurso de apelación.

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 PAN AMERICAN SILVER HUARÓN S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 517-2019 de fecha 28 de febrero de 2019 y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus extremos por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.



Artículo 2°.- Declarar agotada la vía administrativa.

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


HÉCTOR ADRIÁN CHAVARRY ROJAS
PRESIDENTE