

ES COPIA AUTENTICADA

Heber Pessano Velasco
Secretario Técnico Adjunto
JARU - OSINERGMIN

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

SALA 2

000315

RESOLUCIÓN N° 052-2011-OS/TASTEM-S2

Lima, 07 de abril de 2011

VISTO:

El Expediente N° 1657911 que contiene el recurso de apelación interpuesto por la empresa COMPAÑÍA MINERA ARES S.A.C., representada por el señor Eduardo Ramírez Patrón contra la Resolución de Gerencia General N° 002965 de fecha 12 de junio de 2009, mediante la cual se le impuso una multa por incumplir normas de seguridad del Reglamento de Seguridad e Higiene Minera, aprobado por Decreto Supremo N° 046-2001-EM, en adelante el RSHM.

CONSIDERANDO:

1. Por Resolución N° 002965 de fecha 12 de junio de 2009, la Gerencia General sancionó a la empresa COMPAÑÍA MINERA ARES S.A.C., en adelante ARES, con una multa ascendente a 10 (Diez) UIT, por incumplir normas técnicas de seguridad establecidas en el RSHM, conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN AL RSHM	TIPIFICACIÓN POR RESOLUCIÓN N° 353-2000-EM/VMM	SANCIÓN
Infracción a los artículos 172° y 173° del RSHM ¹ . Se verificó que el suministro de agua potable a los comedores de trabajadores y empleados no cumple el debido tratamiento y potabilización.	Numeral 2.1 ²	10 UIT

Cabe señalar que el presente procedimiento se vincula a la visita de supervisión realizada en la U.E.A. "Arcata", de titularidad de ARES, del 20 a 27 de noviembre

¹ RSHM

"Artículo 172°.- Se debe proporcionar instalaciones que aseguren el suministro adecuado de agua potable en las áreas activas de trabajo.

Artículo 173°.- Se deberá conocer y analizar con todo cuidado las fuentes de abastecimiento de agua potable. El sistema de distribución y los depósitos estarán debidamente supervisados, conservados, señalizados y protegidos contra cualquier contaminación."

² A través de la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM-VMM, se aprobó la Escala de Multas y Penalidades a aplicarse por incumplimiento de las disposiciones del TUO de la Ley General de Minería y sus Normas Reglamentarias. Al respecto, el 2.1. de la referida escala tipifica como infracción:

"2.1. Infracciones de las disposiciones establecidas en el TUO, Reglamento de Seguridad e Higiene Minera, aprobado por D.S. N° 023-92-EM; Reglamento de Diversos Títulos del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por D.S. N° 03-94-EM; D. Ley N° 25763, Ley de Fiscalización por Terceros y su Reglamento aprobado por D.S. N° 012-93-EM y otras normas modificatorias y complementarias, que sean detectadas como consecuencia de la fiscalización, exámenes especiales, inspecciones o peritajes; el monto de la multa será de 10 por cada infracción, hasta un máximo de 100 UIT. En los casos de Pequeño Productor Minero (PPM) la multa será de 2 UIT por infracción. (...)".

ES COPIA AUTENTIZADA

Hebert Tascari Telechaga
Secretaría Técnica Adjunto
CARU - OSINERGMIN

TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES
EN TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA - TASTEM
OSINERGMIN
SALA 2

RESOLUCIÓN N° 052-2011-OS/TASTEM-S2

de 2006³, por el fiscalizador externo "CONSORCIO GEOSURVEY – SHESA CONSULTING", en adelante el Supervisor Externo, correspondiente al Programa Anual de Fiscalización 2006.

Al respecto, se observó que en los comedores de trabajadores y empleados, el agua de consumo presentaba un alto contenido de Fe, Al, Bacterias Heterotróficas y turbidez, por lo que no cumple con el debido tratamiento y potabilización.

2. A través del escrito de registro N° 1202215 de fecha 13 de julio de 2009, ARES interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 002965, solicitando se declare su nulidad, en atención a los siguientes fundamentos:

Sobre la supuesta infracción a los artículos 172° y 173° del RSHM

- a) En la resolución impugnada se sanciona como infracción la falta de suministro de agua potable en los comedores de empleados y obreros en condiciones de potabilización y tratamiento, sustentando su pronunciamiento en el incumplimiento de los valores establecidos en el Oficio Circular N° 677-2000-SUNASS-INF⁴.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que dicho dispositivo no tiene validez legal al adolecer del requisito de publicidad, por lo que su contenido tiene únicamente el carácter de "Norma Técnica Referencial No Obligatoria", siendo aplicable sólo a las Empresas Prestadoras de los Servicios de Saneamiento, puesto que desarrolla conceptos y parámetros relacionados con dichas entidades⁵.

Adicionalmente, la definición de políticas y aprobación de normas sobre saneamiento ambiental, calidad sanitaria del agua y protección del ambiente, su fiscalización y sanción, se encuentran excluidos de la competencia de SUNASS⁶.

³ La U.E.A. "Arcata", está ubicada en el distrito de Cayarani, provincia de Condesuyos, departamento de Arequipa.

⁴ Cabe señalar que del tenor del Oficio Circular N° 677-2000-SUNASS-INF, se desprende que la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO – SUNASS estableció valores referenciales de los parámetros de control atendiendo a la falta de una norma nacional actualizada, ya que la que se encontraba vigente databa del año 1946 y no consideraba varios parámetros. A estos efectos, en dicho oficio se tomaron en cuenta los valores guía que recomienda la Organización Mundial de la Salud - OMS.

⁵ En cuanto a la referencia que realiza ARES en su apelación, sobre el artículo 132° de la Constitución Política del Perú, este Órgano Colegiado entiende que lo argumentado en ese sentido se encuentra referido al artículo 109° de la misma.

Constitución Política del Perú:

"Artículo 109°.- La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte."

⁶ Reglamento General de la SUNASS – D. S. N° 017-2001-PCM:

"Artículo 49.- Asuntos Excluidos de la Competencia de la SUNASS

(...)

AUTENTICADA

Hebert Tassoni Verochega
Secretario Técnico Adjunto
SARU - OSINERGMIN

000316
TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES
EN TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA - TASTEM
OSINERGMIN
SALA 2

RESOLUCIÓN N° 052-2011-OS/TASTEM-S2

Siendo así, al sustentarse en el Oficio Circular N° 677-2000-SUNASS-INF, la resolución impugnada se encuentra incurso en la causal de nulidad establecida en el numeral 1 del artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444⁷.

- b) OSINERGMIN carece de competencia para supervisar normas referidas a la calidad del agua, así como para imponer sanciones por incumplimiento de las mismas, toda vez que conforme a lo señalado por la Ley General de Salud y la Ley General de Servicios de Saneamiento, el Ministerio de Salud es la única Autoridad Sanitaria competente a efectos de formular dispositivos legales referidos a la calidad de agua para consumo humano en el Perú⁸.

Sobre la contravención al Principio de Tipicidad

- c) La Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, sólo determina las infracciones al Decreto Supremo N° 023-92-EM, sin hacer mención al Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 046-2001-EM, razón por la cual OSINERGMIN ha realizado una interpretación analógica y errónea al imponer sanciones por el incumplimiento de este último cuerpo normativo, lo que contraviene el Principio de Tipicidad.
- d) El numeral 2.1 de la Escala de Multas y Penalidades aprobada por Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/VMM, contiene fórmulas generales e imprecisas,

b. La definición de políticas y aprobación de normas sobre saneamiento ambiental, calidad sanitaria del agua y protección del ambiente, su fiscalización y sanción."

⁷ Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444:

"Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias. (...)"

⁸ La recurrente sustenta su apelación en las siguientes normas:

Ley General de Salud, Ley N° 26842:

"Artículo 105°.- Corresponde a la Autoridad de Salud competente, dictar las medidas necesarias para minimizar y controlar los riesgos para la salud de las personas derivados de elementos, factores y agentes ambientales, de conformidad con lo que establece, en cada caso, la ley de la materia."

Ley General de Servicios de Saneamiento – Ley N° 26338:

"DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS, TRANSITORIAS Y FINALES: (...)

DECIMA PRIMERA.- El Ministerio de Salud, continuará teniendo competencia en los aspectos de saneamiento ambiental, debiendo formular las políticas y dictar las normas de calidad sanitaria del agua y de protección del ambiente."

Reglamento de la Ley General de Aguas – D. S. N° 261-69-AP:

"Artículo 102°.- La Autoridad Sanitaria y la de Vivienda, en su caso, controlarán a las empresas abastecedoras de agua para que cumplan con los requisitos sanitarios en forma suficiente y regular y con los suministros oportunos de los caudales. Igualmente deberán controlar las condiciones de potabilidad de las destinadas al uso doméstico, dentro del abastecimiento de las poblaciones.

Artículo 103°.- Las empresas abastecedoras serán responsables de las irregularidades que se produzcan en el suministro de agua potable a que se refiere el artículo anterior, quedando sujetas a las sanciones previstas en el Título IX de la Ley General de Aguas y su Reglamento."

ES COPIA AUTENTICADA

Hebert Tassano Velasquez
Secretario Técnico Adjunto
JARU - OSINERGMIN

TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES
EN TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA - TASTEM
OSINERGMIN
SALA 2

RESOLUCIÓN N° 052-2011-OS/TASTEM-S2

que carecen de contenido material, toda vez que no se especifica qué conducta constituye infracción, lo que supone una vulneración al Principio de Tipicidad.

3. Por Memorandum N° GFM-414-2009 recibido el 06 de agosto de 2009, la Gerencia de Fiscalización Minera – GFM remitió a la Secretaría Técnica Adjunta del TASTEM el expediente materia de análisis.

Sobre la supuesta infracción a los artículos 172° y 173° del RSHM

4. En cuanto a lo alegado en los literales a) y b) del numeral 2, debe precisarse que en aplicación de lo establecido en el artículo 5° de la Ley N° 28964, Ley que Transfiere Competencias de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Mineras al OSINERGMIN, es este organismo el competente para supervisar y fiscalizar el cumplimiento de los dispositivos legales y normas técnicas del subsector minero⁹.

Siendo así, OSINERGMIN es competente para supervisar el cumplimiento de las normas contenidas en el marco normativo vigente en el subsector minero, como es el caso de los artículos 172° y 173° del RSHM.

Al respecto, el artículo 172° del RSHM establece que es obligación de la titular de la actividad minera proporcionar instalaciones que aseguren el suministro adecuado de agua potable a sus trabajadores.

Por su parte, el artículo 173° del RSHM, dispone la obligación de supervisar que las fuentes de suministro de agua potable, de tal modo que estén libres contaminación.

En tal sentido, los hechos materia de sanción en el presente caso son, de un lado, no contar con instalaciones que suministren agua potable y, de otro lado, la falta de supervisión de dichas instalaciones.

En virtud de ello, no se sancionó a ARES por la contaminación del agua, sino que la constatación del incumplimiento de los valores recomendados referidos a la calidad del agua, era un referente que llevó a concluir que no funcionaban adecuadamente las instalaciones de tratamiento y potabilización del agua y que éstas no habían sido supervisadas, a efectos de que proporcionen agua potable.

⁹ El artículo 2° de la Ley N° 26734, modificado por la Ley N° 28964, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 24 de enero de 2007, señala:

"Artículo 2° "La misión de OSINERGMIN es fiscalizar, a nivel nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores de electricidad hidrocarburos y minería, así como el cumplimiento de las normas legales y técnicas referidas a la conservación y protección del medio ambiente en el desarrollo de dichas actividades."

El artículo 1° de la Ley N° 27699, establece:

"Toda acción u omisión que impide el cumplimiento a las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia de OSINERGMIN constituye infracción sancionable. (...)

La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente, de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN, 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 (...)"

COPIA AUTÉNTICA

TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES
EN TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA - TASTEM
OSINERGMIN
SALA 2

Hebert Tassano Velazcochaga
Secretario Técnico Adjunto
JARU - OSINERGMIN

RESOLUCIÓN N° 052-2011-OS/TASTEM-S2

En efecto, conforme se desprende del Informe de Fiscalización de Seguridad e Higiene Minera, elaborado por el Supervisor Externo, durante la supervisión a la unidad minera "Arcata", se pudo observar que el agua suministrada en los comedores de trabajadores y empleados, no cumplía los requisitos para ser agua potable.

Para determinar que el agua suministrada no calificaba como agua potable, en la resolución impugnada se tomaron en consideración los valores referenciales señalados en el Oficio Circular N° 677-2000-SUNASS-INF.

Al respecto, cabe indicar que los valores referenciales correspondientes a los parámetros Fe Total, Color, Turbiedad y Aluminio, recogidos en el Oficio Circular N° 677-2000-SUNASS-INF, se encontraban concordados con aquellos valores establecidos en el Reglamento de los Requisitos Oficiales Físicos, Químicos y Bacteriológicos que deben reunir las Aguas de Bebida para ser Consideradas Potables, aprobado por Resolución Suprema de 17 de Diciembre de 1946, vigente a la fecha de comisión de la infracción, y en las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud - OMS, conforme se aprecia en el cuadro siguiente:

Parámetros	Valores Oficio SUNASS	Valores Reglamento 1946	Valores OMS 95	Resultados del monitoreo	
				C. Obreros	C. Empleados
Fe Total mg/L	0,3	Fe + Manganeso 0,5	0,3	3,543	5,543
Color UCV - Pt - Co	20	20		150	150
Turbiedad UNT	5		0,1 a 5	1,58	9,27
AL Total mg/L	0,2		0,2*	2,11	2,54

* Para instalaciones pequeñas

Habiéndose constatado que los mencionados parámetros no se encontraban acordes a los valores referenciales, conforme se aprecia en el cuadro precedente, se desprende que el agua que se suministraba en los comedores no cumplía los requisitos para ser considerada potable, lo que lleva a concluir el incumplimiento de las obligaciones contenidas en los artículos 172° y 173° del RSHM, consistentes en no contar con instalaciones que suministren agua potable y, de otro lado, la falta de supervisión de dichas instalaciones.

En consecuencia, carecen de fundamento los argumentos expuestos por la recurrente en estos extremos.

Sobre la contravención al Principio de Tipicidad

- En relación a lo alegado en los literales c) y d) del numeral 2 corresponde indicar que mediante la Resolución Ministerial N° 353-2000-EM/MM, se aprobó la Escala de Multas y Penalidades a Aplicarse por Incumplimiento de Disposiciones del

ES COPIA AUTENTICADA

Hebert Vela Vela
Secretario Técnico Adjunto
JARU - OSINERGMIN

TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES
EN TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA - TASTEM
OSINERGMIN
SALA 2

RESOLUCIÓN N° 052-2011-OS/TASTEM-S2

Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería y sus normas reglamentarias, la cual establece lo siguiente¹⁰:

"2. SEGURIDAD MINERA

2.1. *Infracciones de las disposiciones establecidas en el TUO, Reglamento de Seguridad e Higiene Minera, aprobado por D.S. N° 023-92-EM; Reglamento de Diversos Títulos del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por D.S. N° 03-94-EM; D. Ley N° 25763, Ley de Fiscalización por Terceros y su Reglamento aprobado por D.S. N° 012-93-EM y otras normas modificatorias y complementarias, que sean detectadas como consecuencia de la fiscalización, exámenes especiales, inspecciones o peritajes; el monto de la multa será de 10 por cada infracción, hasta un máximo de 100 UIT. (...)"*

De la tipificación transcrita, se observa que en la mencionada Escala de Multas se hace referencia al Reglamento de Seguridad e Higiene Minera, aprobado por D.S. N° 023-92-EM, también se refiere a las normas modificatorias y complementarias del mismo.

En tal sentido, al haberse derogado el Reglamento anterior incluyéndose modificaciones al mismo, dicha escala también es aplicable para infracciones al Reglamento de Seguridad e Higiene Minera aprobado por Resolución N° 046-2001-EM.

En adición a lo expuesto, el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia recaída en el expediente N° 0010-2002-AI/TC, ha señalado que en la determinación de las conductas infractoras está permitido el empleo de los llamados "conceptos jurídicos indeterminados", siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia¹¹.

En atención a que la normativa del sector minero se encuentra en constante cambio, como resultado de los avances tecnológicos y la difusión de las mejores prácticas industriales, tanto nacionales como extranjeras, resulta técnicamente inviable confeccionar una norma tipificadora exhaustiva que abarque la totalidad de las conductas susceptibles de sanción.

¹⁰ El numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, indica:

"Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)4. *Tipicidad.- Sólo 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 permita tipificar por vía reglamentaria. (...)"*

¹¹ En el considerando 43 de la sentencia, el Tribunal Constitucional señala lo siguiente:

"Esta conclusión también es compartida por la jurisprudencia constitucional comparada. Así, el Tribunal Constitucional de España ha sostenido que "la exigencia de "lex certa" no resulta vulnerada cuando el legislador regula los supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia, y permitan prever con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada" (STC 69/1989).

COPIA AUTENTICADA

Hebert Tassara Molachaga
Secretario Técnico Adjunto
TARU - OSINERGMIN

TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES
EN TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA - TASTEM
OSINERGMIN
SALA 2

RESOLUCIÓN N° 052-2011-OS/TASTEM-S2

Por su parte, las empresas del sector Minería cuentan con capacidad técnica, administrativa y financiera para identificar las obligaciones a las cuales están sujetas, motivo por el cual, resulta razonable considerar que puedan prever qué conductas constituyen infracción en el referido sector.

Así, el contenido material de la infracción tipificada en el numeral 2.1 de la referida Escala de Multas y Penalidades, comprende el incumplimiento de las obligaciones referidas a velar por la salud y seguridad de los trabajadores contenidas en el RSHM.

En atención a lo expuesto, este Órgano Colegiado considera que no se ha vulnerado el Principio de Tipicidad, careciendo de fundamento lo alegado por la recurrente en estos extremos.

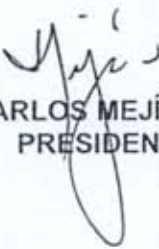
De conformidad con el artículo 19° numeral 1 del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 067-2008-OS/CD, el artículo 2° de la Resolución N° 176-2010-OS/CD y toda vez que no obra en el expediente administrativo mandato judicial alguno al que este Tribunal deba dar cumplimiento.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la empresa COMPAÑÍA MINERA ARES S.A.C., contra la Resolución de Gerencia General N° 002965 de fecha 12 de junio de 2009 y, **CONFIRMAR** dicha resolución en todos sus extremos.

Artículo 2°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Juan Carlos Mejía Cornejo, Eduardo Juan Lionel Llosa Barber y María Timmy Mercedes Chappuis Cardich.


JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO
PRESIDENTE



EXPEDIENTE N° : 1657911
GERENCIA DE ORIGEN : Gerencia de Fiscalización Minera
MATERIA : Procedimiento Sancionador – Fiscalización Minera
APELANTE : COMPAÑIA MINERA ARES S.A.C.
DIRECCIÓN : Calle La Colonia N° 180, Urb. El Vivero – SANTIAGO DE SURCO
RESOLUCIÓN N° : 052-2011-OS/TASTEM-S2
FECHA DE APROBACIÓN: 07/04/2011
AGOTA LA VÍA ADMINISTRATIVA ☒ SI ☐ NO

Cumplo con notificar la resolución de la referencia, emitida por el Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería – TASTEM-S2, para los fines que consideren pertinentes.

RECIBIDO

GERENCIA LEGAL

5 MAYO 2011

GIULIANA SARAVIA
DNI. 25608857

Marcos Guevara Salcedo
Secretario Técnico Adjunto
TASTEM-Sala I

Persona que recibe:

Firma:

Nombres y Apellidos:

Destinatario ☐

Parentesco:

Documento de Identidad (L.E./D.N.I.):

Otros:

Fecha de Recepción:

Hora:

Mensajero: