

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 285-2017-OS/TASTEM-S2

Lima, 13 de noviembre de 2017

VISTO:

El Expediente N° 201600086632 que contiene el recurso de apelación interpuesto por VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A., representada por el señor Jaime Troy Tejada Gurmendi, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 775-2017 de fecha 8 de junio de 2017, mediante la cual se le sancionó por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución N° 775-2017, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A., en adelante VOLCAN con una multa de 12.51 (doce con cincuenta y uno centésimas) UIT, por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM, en adelante RSSO, conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Infracción al literal c) del artículo 395° del RSSO¹ En el balde utilizado en el Pique Roberto Letts se transportaba trabajadores, lo cual está prohibido de acuerdo al reglamento.	Numeral 18.2 del Rubro B ²	12.51 UIT
TOTAL		12.51 UIT³

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- a) Durante los días 7 al 11 de noviembre de 2014 se efectuó una supervisión a la unidad minera "Andaychagua – Colombia y Socavón Santa Rosa", de titularidad de VOLCAN, a cargo de la

¹ RSSO

Artículo 395°.- Las jaulas y los baldes deben ser contruidos con piezas y puertas metálicas. (...)

c) Prohibir el transporte de trabajadores junto con materiales o herramientas, al igual que el transporte de trabajadores en baldes. (...)

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

Anexo: Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras

Rubro B - Incumplimiento de Normas Técnicas de Seguridad Minera

18. Incumplimiento de Normas de Transporte de Personal

18.2 Jaulas

Base legal: Arts. 390°, 391°, 394° y 395° del RSSO

Sanción: Hasta 100 UIT

³ Cabe precisar que para la determinación y graduación de las sanciones se consideró el Anexo que forma parte de la resolución impugnada, en el cual se detallan los criterios, metodología y la probabilidad de detección aplicados, y que fueron aprobados por las Resoluciones de Gerencia General N° 035 y 256-2013 publicadas en el Diario Oficial El Peruano con fecha 03 de febrero de 2011 y 23 de noviembre de 2013, respectivamente.

empresa supervisora Minec S.R.L., en adelante, La Supervisora, designada por OSINERGMIN.

- b) A través del Oficio N° 1148-2016 notificado a VOLCAN el 16 de junio de 2016, que obra a fojas 33 y 34 del expediente, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.
 - c) Por escrito presentado el 27 de junio de 2016, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201600086632, VOLCAN remitió sus descargos.
 - d) Mediante Oficio N° 257-2017-OS-GSM notificado el 11 de mayo de 2017, se notificó a VOLCAN el Informe Final de Instrucción N° 430-2017.
 - e) Con escrito presentado el 17 de mayo de 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201600086632, VOLCAN remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción.
2. Mediante escrito del 11 de julio de 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201600086632, VOLCAN interpuso su recurso de apelación contra la Resolución N° 775-2017 solicitando se declare su nulidad, se deje sin efecto la multa impuesta y se archive el procedimiento, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la supuesta vulneración de los Principios de Legalidad y Tipicidad

- a) El Principio de Legalidad dispuesto en el literal d) del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución y el numeral 1 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, tiene dos matices legales relevantes, pues prevé la jerarquía normativa exigida para: a) la atribución de la potestad sancionadora y b) la previsión de sanciones administrativas. En tal sentido, para que OSINERGMIN ejerza válidamente su potestad sancionadora, ésta debe haberle sido atribuida mediante una norma con rango de ley; y, además, las sanciones que aplique también tienen que estar previstas en normas de esta misma jerarquía.⁴

En este orden de ideas, argumenta que el ordenamiento jurídico nacional ha ido adecuándose a los criterios prescritos en la Ley N° 27444, para evitar contravenir los principios generales de la potestad sancionadora como el segundo matiz del Principio de Legalidad antes mencionado⁵;

⁴ Asimismo, la recurrente cita la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00197-2010-AA., en la que se hace referencia al Principio de Legalidad, tal como se detalla a continuación: "El principio de legalidad constituye una garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos, consagrado por la Constitución en su artículo 2°, inciso 24, literal d) (...).

El principio de legalidad en materia sancionadora impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está determinada por la ley. Como lo ha expresado este Tribunal (Cfr. Expediente N.° 010-2002-AI/TC), este principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (lex scripta), que la ley sea anterior al hecho sancionado (lex praevia), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa).

Se ha establecido, además, que "Dicho principio comprende una doble garantía; la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, que refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes; es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex praevia) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la afección de responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley o norma con rango de ley". (Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional español N° 61/1990). (El subrayado es suyo).

Asimismo, cita al autor MORÓN, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, 8va edición. Lima 2009, p, 687.

⁵ Como ejemplos de adecuación la recurrente menciona los siguientes:

La Ley N° 27987, Ley que faculta al Ministerio de Transportes y Comunicaciones a ejercer su potestad sancionadora en el ámbito de servicios postales; Ley N° 28627, Ley que establece el ejercicio de la potestad sancionadora del Ministerio del Interior en el ámbito funcional de la DICSCAMEC; Ley N° 29080, Ley de Creación del

por lo tanto, para que OSINERGMIN pueda imponer válidamente una multa, esta sanción o infracción tendría que haber sido señalada específicamente.

Sin embargo, ello no ha sido observado para aplicar las sanciones para las infracciones al artículo 236° del RSSO, pues se invocan sanciones de manera enunciativa sin calificar la supuesta conducta posible de infracción, omitiendo una valoración legal de las supuestas infracciones, las cuales estarían contempladas en normas generales y específicas del sector, lo cual contraviene el segundo matiz del Principio de Legalidad.

- b) Adicionalmente, el Principio de Tipicidad, contenido en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, establece que sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en la ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analógica.⁶

Siendo así, de acuerdo a la Ley, Jurisprudencia y Doctrina respecto del Principio de Tipicidad, las entidades públicas, en el ejercicio de su potestad sancionadora, se encuentran facultadas a imponer sanciones por infracciones siempre y cuando éstas se encuentren tipificadas, “redactadas con precisión suficiente” y que “definan de manera cierta la conducta sancionable. Recordando a Morón Urbina, las “leyes sancionadoras en blanco”, son contrarias al Principio de Tipicidad pues consideran como tipificación cualquier violación de la totalidad de una Ley o Reglamento.⁷

En este caso, no se han calificado las supuestas conductas posibles de sanción omitiendo una valoración expresa y legal, siendo un caso típico de ley sancionadora en blanco, careciendo de contenido material y sustancial al no definir la conducta sancionable, pues se ha enunciado de manera vaga y genérica.⁸



Además, el citado principio no sólo abarca la descripción exacta de las conductas atribuidas como ilícito administrativo sino también las sanciones que deben ser impuestas por cada una de éstas, lo que no ha sido considerado en la resolución impugnada.

Por lo tanto, se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el inciso 1 del artículo 10° de la Ley N° 27444 al vulnerar los Principios de Legalidad y Tipicidad.

Respecto a la supuesta infracción al literal c) del artículo 395° del RSSO



- c) Señala que la metodología utilizada para la profundización del pique Roberto Letts era el “conveyance”⁹, por lo que para el transporte de personal y material usaba la cruceta guiadora y la canasta de profundización (antes balde). El “conveyance” se diferencia del balde por su diseño específico que permite traslado de trabajadores y herramientas, este tipo de jaula

Registro de Agente Inmobiliario del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento; Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos y la Ley N° 29622, Ley que modifica la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

⁶ Cita a las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes N° 2050-2002-AA/TC, Fundamento N° 9 y N° 5408-2005-PA/TC, Fundamento N° 13.

⁷ La recurrente cita lo expuesto por el autor Juan Carlos Morón en su libro “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima 2008, p.665.

⁸ Al respecto, el autor Juan Carlos Morón refiere como ejemplo del agravio al Principio de Tipicidad lo dispuesto en la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto N° 28411 que fija responsabilidades y sanciones por incumplimientos a la administración presupuestal.

⁹ Medio de transporte de personal y materiales.

proporcionaba el ascenso y descenso uniforme de personal, es decir, sin movimientos oscilatorios, lo cual evitaba que la canasta de profundización gire cuando ascendía o bajaba.

En ese sentido agrega que el traslado de personal se realizaba de manera segura sin exposición de los trabajadores al vacío. Además, este método contaba con guardacabezas para el desplazamiento seguro, cumpliendo de esta manera lo dispuesto en el RSSO respecto a las jaulas.

- d) Agrega que por haberse tratado de un pique en construcción no se podía hacer uso de una jaula convencional, en tanto la cota de fondo del pique cambia continuamente, por lo que se optó para el transporte seguro de personal el “conveyance”. Refiere que a la fecha utiliza una jaula convencional de dos pisos para el traslado de 24 personas (para trabajadores de la empresa y contratistas) y efectuó el cambio de PETS y otros procedimientos, adecuándolos al nuevo sistema de izaje.
- e) Durante la supervisión se generaron recomendaciones que fueron implementadas oportunamente. Asimismo, cumplió con presentar las subsanaciones dentro de los plazos establecidos.

En cuanto a la vulneración del Principio de Razonabilidad

- f) VOLCAN señala que OSINERGMIN, en el ejercicio de su potestad sancionadora debe sujetarse al Principio de Razonabilidad, consagrado en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, el cual dispone que las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben de adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que debe tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido; en ese sentido, la autoridad no debe exigir más de lo debido y normado en la ley.

Tal es así, que de acuerdo al RSSO, su empresa no ha trasgredido lo dispuesto en el literal c) del artículo 395° del citado reglamento. En consecuencia, la vulneración al principio mencionado afecta su derecho de defensa, por lo que el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador debe ser declarado nulo, al incurrirse en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 10° de la Ley N° 27444.

Con relación al supuesto abuso de poder por parte de OSINERGMIN

- g) OSINERGMIN ha violado uno de los límites de su potestad administrativa sancionadora, como lo es el cumplimiento estricto de los principios del Derecho Administrativo Sancionador. Esta actuación ilegal, demuestra el ejercicio arbitrario y abusivo de la propia potestad sancionadora, delito que se encuentra tipificado en el artículo 376° el Código Penal, que dispone “*el funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete y ordena, en perjuicio de alguien un acto arbitrario cualquiera, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años (...)*”.

Asimismo, refiere que de no ser revocada la resolución impugnada, corresponderá la revisión judicial de la misma, conforme al artículo 148° de la Constitución Política del Perú.



Respecto a la solicitud para que se suspenda la ejecución del acto administrativo impugnado y la posibilidad de ampliar el recurso presentado

- h) Indica que en aplicación del numeral 237.2 del artículo 237° de la Ley N° 27444 no podrá ejecutarse la resolución impugnada hasta que quede agotada la vía administrativa.
- i) Se reserva la posibilidad de ampliar su recurso de apelación de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 161.1 del artículo 161° de la citada Ley.
3. A través del Memorándum N° GSM-311-2017, recibido el 23 de agosto de 2017, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la supuesta vulneración de los Principios de Legalidad y Tipicidad

4. En cuanto a los argumentos contenidos en los literales a) y b) del numeral 2 de la presente resolución, se debe manifestar que de acuerdo al Principio de Legalidad previsto en el numeral 1 del artículo 246° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en adelante el T.U.O. de la Ley N° 27444, 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.¹⁰

A su vez, el Principio de Tipicidad establecido en el numeral 4 del artículo 246° de la citada norma, dispone que 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 o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por vía reglamentaria¹¹.

Dicho esto, se debe 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 Privadas en los Servicios Públicos, se estableció que los Organismos Reguladores 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



¹⁰ T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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. (...)"

¹¹ T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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 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. (...)"

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 concesión¹².

A través del artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, se estableció que el Consejo Directivo de este Organismo se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, graduar las sanciones, así como aprobar su respectiva escala de multas y sanciones¹³.

Acorde con dicho marco legal, el Consejo Directivo de OSINERGMIN emitió la Resolución N° 286-2010-OS/CD, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29 de diciembre de 2010, cuyo Anexo aprobó el Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras, en el cual se tipifica como infracción, entre otras, el incumplimiento de diversas disposiciones del RSSO, y se establece la sanción aplicable.

Por lo tanto, se concluye que 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, en este caso aplicable al ámbito de la gestión de la seguridad de las actividades mineras, y cuya configuración acarrea la imposición de una sanción administrativa.

Sobre el particular, debe advertirse que en el presente caso se imputó a la apelante la infracción tipificada en el numeral 18.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD, conforme al siguiente detalle:

TIPIFICACIÓN	BASE LEGAL	IMPUTACIÓN
ANEXO DE LA RESOLUCIÓN N° 286-2010-OS/CD	RSSO	HECHOS

¹² Ley N° 27332

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; (...)"

¹³ Ley N° 27699

"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."

Rubro B 18. Incumplimiento de Normas de Transporte de Personal 18.2 Jaulas Base legal: Arts. 390°, 391°, 394° y 395° del RSSO Sanción: Hasta 100 UIT	Artículo 395°.- Las jaulas y los baldes deben ser contruidos con piezas y puertas metálicas. (...) c) Prohibir el transporte de trabajadores junto con materiales o herramientas, al igual que el transporte de trabajadores en baldes. (...) 	En el balde utilizado en el Pique Roberto Letts se transportaba trabajadores, lo cual está prohibido de acuerdo al reglamento.
---	--	--

Como puede advertirse, el numeral 18.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD tipifica como infracción administrativa sancionable con una multa de hasta 100 (cien) UIT, el incumplimiento de las obligaciones del RSSO relativas al transporte de personal en jaulas, dentro de las cuales encontramos aquellas previstas en el literal c) del artículo 395° del citado reglamento. En este contexto, se verifica que tanto el supuesto de hecho de la infracción tipificada en el numeral 18.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD, como la obligación cuyo incumplimiento le sirve de base legal contiene una descripción clara, precisa y de fácil comprensión; habiéndose establecido, además, la sanción aplicable para ésta.

En ese sentido, de acuerdo a lo consignado en el Cuadro citado, el hecho imputado sí se adecúa a la conducta típica descrita en el numeral 18.2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD, pues tal como se expuso anteriormente, está vinculado a aspectos de transporte de personal.

En atención a lo señalado, queda acreditado que las normas sancionadoras aplicadas en el presente procedimiento cumplen con las exigencias derivadas de los Principios de Legalidad y Tipicidad citados al inicio del presente numeral; y, asimismo, que los hechos imputados se subsumen en los tipos infractores materia de sanción, por lo que no existen vicios que causen la nulidad de la resolución impugnada ni el archivo del procedimiento. Por lo tanto, se debe declarar infundado el recurso de apelación en estos extremos.

Respecto a la supuesta infracción al literal c) del artículo 395° del RSSO

- Con relación a los argumentos expuestos en los literales c) al e) del numeral 2 de la presente resolución, cabe precisar que el artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, y el artículo 89° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, establecen que la responsabilidad administrativa por el incumplimiento de las disposiciones legales y técnicas bajo el ámbito de competencia de OSINERGMIN es objetiva, por lo que es suficiente que se constate el incumplimiento de la norma para que VOLCAN sea la responsable de la comisión de la infracción administrativa.¹⁴

En este caso, la obligación cuyo incumplimiento se imputa, establece expresamente lo siguiente:

Artículo 395°.- Las jaulas y los baldes deben ser contruidos con piezas y puertas metálicas. (...)
c) Prohibir el transporte de trabajadores junto con materiales o herramientas, al igual que el transporte de trabajadores en baldes. (...)

¹⁴ Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG).

"Artículo 1°.- Facultad de Tipificación

Toda acción u omisión que implique incumplimientos a las leyes, reglamentos y demás normas bajo ámbito de competencia del OSINERG constituye infracción sancionable. (...)"

Decreto Supremo N° 054-2001-PCM

"Artículo 89°.- Responsabilidad del Infractor

La responsabilidad del infractor en caso de procedimientos administrativos sancionadores que se sigan ante OSINERG, debe distinguirse de la responsabilidad civil o penal que se origine, de los hechos u omisiones que configuren infracción administrativa. La responsabilidad administrativa por incumplimiento de las disposiciones legales, técnicas, derivadas de contratos de concesión y de las dictadas por OSINERG es objetiva."

En adición a ello, el numeral 50.1 del artículo 50° del T.U.O. de la Ley N° 27444, prescribe que son documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades públicas; mientras que el artículo 174° del mismo cuerpo normativo señala que constituyen hechos no sujetos a actuación probatoria, entre otros, aquellos que hayan sido comprobados con ocasión del ejercicio de las funciones atribuidas a la autoridad administrativa¹⁵.

Por tales motivos, el numeral 18.6 del artículo 18° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD, en adelante RPAS, vigente al momento de iniciar el presente procedimiento, indica que los informes técnicos, actas probatorias, cartas de visita de fiscalización y actas de supervisión, constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos se presume cierta y que responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario¹⁶.

Al respecto, de acuerdo a lo consignado en el Informe de Inicio de PAS N° 976-2016 del 7 de junio de 2016, el cual fue notificado a VOLCAN junto al Oficio de inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, durante la supervisión realizada del 7 al 11 de noviembre de 2014 en la Unidad minera "Andaychagua – Colombia y Socavón Santa Rosa", la titular minera hizo entrega de los siguientes documentos: i) PETS "Bajada de personal en balde al pique" y ii) Plano del proyecto de construcción del Pique Roberto Letts. Dichos documentos evidencian que el balde utilizado en el referido Pique se transportaba pasajeros.

En efecto, en el PETS "Bajada de personal en balde al pique" que fue aprobado el 5 de junio de 2014 y obra a fojas 15 del expediente, se observa una descripción de la manera cómo debía realizarse el transporte de personal en el balde utilizado en el Pique Roberto Letts, y en el Plano del proyecto de construcción del Pique Roberto Letts que obra a fojas 14 del expediente, se detalla que el balde es usado para el traslado de personal.

Aunado a ello, en el escrito presentado por la propia recurrente el 23 de diciembre de 2014, obrante de fojas 16 a 32 del expediente indicó que: *"El balde profundización utilizado en el proyecto Pique Roberto Letts, es usado para el transporte de trabajadores (5 personas) y materiales. (...)"*. Asimismo, precisó que: *"Cabe señalar que como el Pique Roberto Letts se encuentra en construcción se está utilizando una Cruceta como guiador a través de las guías de madera instaladas, y donde el personal baja hacia el interior del Pique lo realiza en el balde (...)"*

Como puede advertirse, lo descrito anteriormente evidencia que la recurrente venía ejecutando sus operaciones utilizando el balde como transporte de personal, lo cual infringe la obligación dispuesta en el literal c) del artículo 395° del RSSO, la cual prohíbe el uso de estos equipos para el traslado de trabajadores.

¹⁵ T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo 50.- Valor de documentos públicos y privados

50.1 Son considerados documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades."

"Artículo 174.- Hechos no sujetos a actuación probatoria

No será actuada prueba respecto a hechos públicos o notorios, respecto a hechos alegados por las partes cuya prueba consta en los archivos de la entidad, sobre los que se haya comprobado con ocasión del ejercicio de sus funciones, o sujetos a la presunción de veracidad, sin perjuicio de su fiscalización posterior."

¹⁶ Resolución N° 272-2012-OS/CD

Artículo 18.- Inicio del Procedimiento (...)

18.6. Los Informes Técnicos, Actas Probatorias, Cartas de Visita de Fiscalización, Actas de Supervisión constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos se presume cierta y que responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario. (...)

En cuanto a que el transporte de personal se realizaba mediante una canasta de profundización, la cual a diferencia del balde, no permite la exposición del personal abordo hacia el vacío y cuenta con guarda cabezas, cabe señalar que conforme fue expuesto en el numeral 4 de la resolución impugnada: *"i) Cualquier medio de transporte a través del pique está expuesto al vacío ya que existe el riesgo que el sistema de izaje falle y por ende el medio de transporte caiga, cabe precisar que la "canastilla de profundización" no está instalada con leonas¹⁷, ni su infraestructura permite que se las pueda instalar; y ii) La medida de guarda cabezas si bien es un control al riesgo no exigible para baldes, su instalación no condiciona que un balde deje de serlo al tener una guardacabezas, ya que esta implementación también protege de daños que podría haber en la base del balde ante la caída de algún elemento. (...)"*

Asimismo, la primera instancia analizó el plano "Balde y Cruceta para el Traslado de Personal", "Diseño de baldes de profundización" y PETS "Bajada de Personal en Balde al Pique", que obran a fojas 14, 29 y 15 del expediente, respectivamente, concluyendo que el método utilizado por VOLCAN para el transporte de personal permite el ingreso de material de voladura, exige un ingreso y salida de los trabajadores de la parte superior, y no permite la implementación de leonas en la "canasta de profundización" para detener la caída en caso de alguna eventualidad; por lo que se verifica que el medio de transporte usado por la recurrente corresponde a un balde.

Respecto a que una jaula convencional no puede ser aplicada en piques en construcción, cabe reiterar lo expuesto por la primera instancia quien manifestó, que tal situación no era cierta, toda vez que, así como un balde puede bajar por una línea de izaje para el traslado de materiales y herramientas, en esta misma línea se puede instalar una jaula para el traslado de personal. La distancia a bajar está determinada por la forma de trabajo con el cable de izaje a través del operador del winche.

En consecuencia, conforme ha sido sustentado, los hechos imputados a título de infracción se encuentran debidamente acreditados en función al contenido de los documentos antes citados, los cuales fueron recabados durante la labor de supervisión y forman parte del Informe de Inicio de Pas N° 976-2016; en ese sentido, en virtud al Principio de Presunción de Licitud y el numeral 171.2 del artículo 171° del T.U.O. de la Ley N° 27444, correspondía a la apelante presentar las alegaciones y pruebas de descargo que desvirtúen el contenido de éstos y, por consiguiente, su responsabilidad por el ilícito administrativo, lo que no ocurrió¹⁸.

Con relación a que implementó las recomendaciones oportunamente, cabe precisar que la obligación referida al cumplimiento de las recomendaciones en la forma, modo y/o plazo establecido, es distinta a aquellas previstas en el RSSO y su inobservancia, constituye una infracción tipificada en el Rubro 10 del Anexo 1 de la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones aplicable para la supervisión y fiscalización de la actividad minera, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 035-2014-OS/CD. Por ello, en caso de incumplimiento de una recomendación dispuesta por OSINERGMIN podría iniciarse el procedimiento sancionador respectivo.

De acuerdo a ello, el incumplimiento del RSSO y el de una recomendación son infracciones distintas

¹⁷ Sistema de Seguridad de detención aplicados en las jaulas.

¹⁸ T.U.O. de la Ley N° 27444

Artículo 171.- Carga de la prueba (...)

171.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones.

que acarrear sanciones independientes, conforme a los Cuadros de Tipificación aprobados mediante las Resoluciones N° 286-2010-OS-CD y N° 035-2014-OS-CD.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe indicar que la acción correctiva realizada por la recurrente a fin de subsanar el incumplimiento imputado, si bien no la exime de responsabilidad pues fue implementada de manera posterior al inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, sí fue considerada en el cálculo de la multa. En efecto, de acuerdo al numeral 5 de la resolución recurrida, se advierte que la GSM aplicó un atenuante consistente en el descuento del -10% sobre la multa base como parte del criterio de circunstancias de la comisión de la infracción, toda vez que VOLCAN informó en sus descargos del 17 de mayo de 2017, que viene efectuando el transporte de personal en el Pique Roberto Letts mediante una jaula convencional de dos pisos para 24 personas desde el 5 de febrero de 2017.

En ese sentido, en virtud de lo expuesto en los párrafos precedentes, no corresponde dejar sin efecto la resolución impugnada ni el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador, por lo que se debe desestimar el recurso de apelación en este extremo.

En cuanto a la supuesta vulneración al Principio de Razonabilidad

6. Sobre lo sostenido en el literal f) del numeral 2 de la presente resolución, se debe indicar que el Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, dispone que la autoridad administrativa debe prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

En dicho contexto, corresponde señalar que la infracción imputada a VOLCAN se encuentra tipificada en el numeral 18.2 del Rubro B del Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones aprobado por Resolución N° 286-2010-OS/CD, en el cual se prevé como sanción aplicable una multa máxima de hasta 100 (cien) UIT.

Por ello, a efectos de determinar y graduar la sanción, la GSM observó lo establecido en la Resolución de Gerencia General N° 035 publicada el 3 de febrero de 2011, a través de la cual se aprobaron criterios específicos para la aplicación de las sanciones contenidas en el Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD, los mismos que consideran todos y cada uno de los criterios de graduación regulados por el Principio de Razonabilidad en el numeral 3 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444.

Posteriormente, a través del Anexo 1 de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG, publicada con fecha 23 de noviembre de 2013, se aprobaron los valores aplicables al factor probabilidad de detección, para la determinación y graduación de multas realizadas en función a los criterios dispuestos por la citada Resolución de Gerencia General N° 035¹⁹.

En atención a lo expuesto, el marco legal aplicable a las sanciones previstas en el Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones aprobado por Resolución N° 286-2010-OS/CD, viene dado por la Resolución N° 035 y el Anexo 1 de la Resolución N° 256-2013-OS/GG, expedidas por la Gerencia General de este Organismo.

¹⁹ Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA

ÚNICA.- El Anexo 1 aprobado por la presente resolución resulta aplicable para la determinación de las multas, que se gradúen de conformidad con los criterios aprobados en la Resolución de Gerencia General OSINERGMIN N° 035.

En tal sentido, a efectos de determinar y graduar la sanción dentro del tope máximo antes señalado, la GSM, aplicó la mencionada Resolución de Gerencia General N° 035, cuyo contenido dispone la observancia de todos y cada uno de los criterios de graduación comprendidos en el Principio de Razonabilidad; así como el Anexo 1 de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG, en lo relativo al factor de probabilidad de detección.

Cabe precisar que, para determinar la sanción, en el numeral 5 de la resolución recurrida se expusieron los factores utilizados para el beneficio ilegalmente obtenido. Además, se informó el modo en que se han determinado los elementos atenuantes y agravantes, tales como la reincidencia, el reconocimiento de responsabilidad y las circunstancias de comisión de las mismas. De lo señalado en los párrafos precedentes y en la medida que la apelante no ha precisado de manera expresa qué aspectos de la multa impuesta contravienen el Principio de Razonabilidad, esta Sala considera que en el presente caso no se ha verificado transgresión alguna a dicho Principio.

Asimismo, contrariamente a lo manifestado por VOLCAN no se vulneró su derecho de defensa, toda vez que en el oficio de inicio del procedimiento administrativo sancionador se le notificó la infracción imputada y la posible sanción, debiendo señalarse que mediante los escritos del 27 de junio de 2016 y 17 de mayo de 2017, VOLCAN presentó sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador y al Informe Final de Instrucción, respectivamente, aportando los medios de prueba correspondientes, conforme el numeral 171.2 del artículo 171° del T.U.O. de la Ley N° 27444, los cuales fueron evaluados por la primera instancia, tal como se desprende de la lectura de la resolución impugnada.

Por tanto, se concluye que la resolución recurrida fue emitida cumpliendo los requisitos de validez del acto administrativo, lo dispuesto en el RPAS, así como los demás principios establecidos en el Título Preliminar y en el artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444; obteniéndose una decisión motivada y fundada en derecho, no existiendo, vicios que causen su nulidad.

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

Respecto al supuesto abuso de poder de OSINERGMIN

7. Con relación a lo señalado en el literal g) del numeral 2 de la presente resolución, tal como se ha expuesto en el numeral 4, la determinación de la comisión de la infracción imputada se realizó de manera objetiva. Además, debe indicarse que en el presente caso, no existe supuesto de hecho alguno que califique como un delito de abuso de autoridad.

Es importante hacer énfasis que la actuación de OSINERGMIN, como organismo supervisor se enmarca en el fiel cumplimiento de la normativa vigente, la sujeción al Principio de Legalidad y la estricta observancia del Debido Procedimiento Administrativo. Además, en virtud al Principio de Buena Fe Procedimental recogido en el numeral 1.8 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444²⁰, y en concordancia con el numeral 1 del artículo 65° de la citada norma, los

²⁰ T.U.O. de la Ley N° 27444

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

1.8 Principio de buena fe procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. La autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio contemplados en la presente Ley.

Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procedimental."

T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo 65.- Deberes generales de los administrados en el procedimiento

Los administrados respecto del procedimiento administrativo, así como quienes participan en él, tienen los siguientes deberes generales:

administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento deben actuar guiados por la buena fe.

En ese sentido, se exhorta a la recurrente y su representante, dentro del presente procedimiento, que se abstengan de formular expresiones contrarias a la buena fe y al respeto mutuo, así como de plantear afirmaciones carentes de todo sustento, con el ánimo de desmerecer la función desempeñada por OSINERGMIN, la cual, como ha quedado demostrado, se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico vigente.

Finalmente, la recurrente tiene expedito su derecho a recurrir a la vía judicial en caso lo estime conveniente, por lo que corresponde desestimar este extremo de la apelación.

Con relación a la solicitud de suspensión de ejecución del acto administrativo impugnado y la posibilidad de ampliar el recurso interpuesto

8. Sobre lo expuesto el literal h) del numeral 2, cabe señalar que, efectivamente, la resolución impugnada recién será ejecutable al finalizar este procedimiento administrativo sancionador, con la notificación del presente acto administrativo.
9. Respecto a lo citado en el literal i) del numeral 2, se debe indicar que de la revisión del expediente, se verifica que la apelante no amplió los argumentos expuestos en su recurso de apelación.

De conformidad con el numeral 1 del artículo 19° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 067-2008-OS/CD y sus modificatorias, 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 VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A., contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 775-2017 de fecha 8 de junio de 2017; 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: Jesús Francisco Roberto Tamayo Pacheco, Mario Antonio Nicolini del Castillo y Héctor Adrián Chávarry Rojas.




JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE