

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 087-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 03 de abril de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201300189893 que contiene el recurso de apelación interpuesto por MINERA LAS BAMBAS S.A., representada por el señor Claudio Ernesto Cáceres Franco; G y M S.A., representada por Jesús Revilla Delucchi y OVERSEAS BECHTEL INCORPORATED, SUCURSAL DEL PERÚ, representada por Lina Abad González, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 3469-2016 de fecha 14 de diciembre de 2016, 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:

- Mediante Resolución N° 3469-2016, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a MINERA LAS BAMBAS S.A., en adelante LAS BAMBAS, a G y M S.A., en adelante G y M y a OVERSEAS BECHTEL INCORPORATED, SUCURSAL DEL PERÚ, en adelante BECHTEL, con una multa total solidaria de 96.05 (noventa y seis con cinco 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 m) del artículo 38° del RSSO¹ No se designó un supervisor permanente para la labor en altura (2.50 m del suelo) de colocación de acero de refuerzo en el muro 3 de la tolva del almacén de bolas del molino de bolas.	Numeral 5.1.4 del Rubro B ²	27.97 UIT
Infracción al literal c) del artículo 38° del RSSO³ La supervisión no verificó que se cumplan los siguientes procedimientos: - Numeral 6.1 del Instructivo "Preparación y colocación de acero de	Numeral 5.1.3 del Rubro B ⁴	52.42 UIT

¹ RSSO

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

m. Imponer la presencia permanente de un supervisor (ingeniero o técnico) en las labores mineras de alto riesgo, de acuerdo a la evaluación de riesgos. (...)"

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

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

Rubro B: Incumplimientos de Normas Técnicas de Seguridad Minera

5. Incumplimiento de Normas de Supervisión e Inspecciones

5.1. Supervisión

5.1.4 Supervisión permanente

Base legal: Art. 38° literal m), 130° del RSSO

Sanción: Multa hasta 60 UIT

³ RSSO.

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

c. Instruir y verificar que los trabajadores conozcan y cumplan con los estándares y PETS y usen adecuadamente el equipo de protección personal apropiado para cada tarea.

⁴ Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD

Anexo

refuerzo": No se habilitó un andamio para los trabajos de colocación de acero de refuerzo. - Numeral 6.3.4 inciso j) del Instructivo "Preparación y colocación de acero de refuerzo": No se realizó el listado de chequeo de construcción de elementos de concreto armado (formato del Anexo C)		
Infracción al literal m) del artículo 26° del RSSO⁵ No se controló en forma oportuna la condición sub estándar del talud donde se colocó el cáncamo (elemento de arriostre o viento) que servía de anclaje a la estructura de fierro. El talud se encontraba erosionado por las lluvias que se precipitaron en el área de trabajo.	Numeral 2.5 del Rubro B ⁶	15.66 UIT
TOTAL		96.05 UIT⁷

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- a) El día 5 de diciembre de 2013, aproximadamente a las 11:30 horas, un equipo de trabajo de G y M desarrollaba actividades de armado de estructura de fierro de construcción en el área de tolva de bolas para el molino de bolas. La tarea consistía en el armado del muro 3, el cual se encontraba conformado por 2 líneas paralelas de 39 fierros verticales (de 8.23 m de longitud, 0.50 m de pata y 1 pulgada de diámetro, cada uno de ellos) y se disponía a completarlo, instalando líneas horizontales.

Para continuar la tarea, los trabajadores Juan Flores Blas y Edgar Huanca Huillca se ubicaron en una plataforma de 2.50 m de altura, entre las dos líneas paralelas de fierros antes indicadas. En el momento que el señor Edgar Huanca Huillca recibía el tercer horizontal de 2.50 m de longitud del señor Gíber Cáceres, se aflojó el anclaje que se encontraba en el talud, generando el desplazamiento de los extremos superiores de cada uno de los fierros (efecto dominó). El señor Edgar Huanca Huillca quedó atrapado entre los fierros y el señor Juan Flores Blas recibió un golpe leve en su pie izquierdo.

El señor Edgar Huanca Huillca fue auxiliado por sus compañeros, para luego ser evacuado vía aérea a una clínica de la ciudad de Cusco, lugar donde falleció.

- b) Del 6 de diciembre de 2013, mediante escrito de registro N° 201300189560, LAS BAMBAS comunicó a OSINERGMIN el accidente mortal.

Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupaciones para las actividades mineras

Rubro B

Incumplimientos de Normas Técnicas de Seguridad Minera

5. Incumplimiento de Normas de Supervisión e Inspecciones

5.1 Supervisión

5.1.3 Obligaciones del supervisor

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

Sanción: Multa hasta 250 UIT.

⁵ RSSO

Artículo 26°.- Son obligaciones generales del titular minero: (...)

m) Controlar en forma oportuna los riesgos originados por condiciones o actos sub- estándar reportados por su personal, los fiscalizadores, por el Comité de Seguridad y Salud Ocupacional Minera, por los funcionarios de OSINERGMIN, por los funcionarios del Gobierno Regional, de ser el caso. (...)

⁶ 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: Incumplimientos de Normas Técnicas de Seguridad Minera

2. Incumplimientos de Normas de Procedimiento, ejecución de trabajos, IPER, PETS y Equipo de Protección Personal

2.5 Control de Riesgos

Base legal: Arts. 26° literal m) del RSSO.

Sanción: Multa hasta 1500 UIT

⁷ 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.

RESOLUCIÓN N° 087-2018-OS/TASTEM-S2

- c) Los días 8 y 9 de diciembre de 2013, se efectuó una supervisión a la unidad minera "Ferrobamba", de titularidad de LAS BAMBAS⁸, a cargo de la empresa Minera Interandina de Consultores S.R.Ltda., designada por OSINERGMIN, en adelante La Supervisora Externa.
- d) Mediante escrito del 16 y 19 de diciembre de 2013, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201300189560, LAS BAMBAS presentó a OSINERGMIN su informe de investigación del accidente mortal.
- e) A través de los Oficios N° 961-2015, 962-2015 y 963-2015, notificados respectivamente a BECHTEL y G y M el 19 de mayo de 2015, y a LAS BAMBAS el 20 de mayo de 2015, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.
- f) Por escritos presentados el 28 de mayo de 2015 y 18 de marzo de 2016, registrados por OSINERGMIN en el Expediente N° 201300189893, G y M remitió sus descargos y solicitó uso de la palabra.
- g) Mediante escritos presentados el 5 y 8 de junio de 2015, registrados por OSINERGMIN en el Expediente N° 201300189893, BECHTEL remitió sus descargos.⁹
- h) A través de los escritos presentados el 15 de junio de 2015 y 18 de abril de 2016, registrados por OSINERGMIN en el Expediente N° 201300189893, LAS BAMBAS remitió sus descargos y solicitó uso de la palabra.¹⁰
- i) Con Oficio N° 177-2016-OS-GSM notificado el 15 de marzo de 2016, se citó a LAS BAMBAS a la audiencia de informe oral, la cual se llevó a cabo el 23 de marzo de 2016 con la presencia de los representantes de la citada empresa.
- j) Por Oficio N° 313-2016-OS-GSM notificado el 28 de junio de 2016, se citó a G y M a la audiencia de informe oral, la cual se llevó a cabo el 7 de julio de 2016 con la presencia de los representantes de la citada empresa.

2. Mediante escrito del 6 de enero de 2017 registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201300189893, LAS BAMBAS interpuso su recurso de apelación contra la Resolución N° 3469-2016, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Con relación a la aplicación de un reglamento derogado

- a) De acuerdo a lo previsto en el numeral 30.2 del artículo 30° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD, el procedimiento podrá ser archivado por la derogación de la norma que estableció la infracción.

⁸ La Unidad Minera "Ferrobamba" se encuentra ubicado en el distrito de Challhuahuacho, provincia de Cotabambas y departamento de Apurímac.

⁹ Mediante escrito del 27 de mayo de 2015, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201300189893, BECHTEL solicitó ampliación del plazo para presentar sus descargos, lo cual fue concedido a través del Oficio N° 417-2015-OS-GFM notificado a la citada empresa el 28 de mayo de 2015.

¹⁰ Mediante escrito del 1 de junio de 2015, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201300189893, LAS BAMBAS solicitó ampliación del plazo para presentar sus descargos, lo cual fue concedido a través del Oficio N° 476-2015-OS-GFM notificado a la citada empresa el 4 de junio de 2015.

RESOLUCIÓN N° 087-2018-OS/TASTEM-S2

En este caso, el RSSO ha sido derogado por el Decreto Supremo N° 024-2016-EM, publicado el 28 de julio de 2016, a través del cual se aprobó el nuevo Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería. En ese sentido, solicita el archivo del presente procedimiento al haberse imputado infracciones en base a una norma derogada.

En cuanto a la falta de competencia de OSINERGMIN para investigar accidentes mortales

- b) La competencia para la investigación de un accidente mortal corresponde de manera exclusiva a la SUNAFIL, por lo que resulta nula la intervención de OSINERGMIN destinada a investigar sus causas.

La Ley N° 29901 es clara al establecer que OSINERGMIN mantiene competencias para fiscalizar la seguridad la infraestructura del sector minero. El Decreto Supremo N° 088-2013-PCM que aprobó el listado de funciones técnicas de este Organismo, distorsiona lo dispuesto en la citada Ley, al indicar como parte de sus funciones las de supervisar y fiscalizar el cumplimiento 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. Ese último agregado, excede el marco legal, pues de considerarlo el MTPE no tendría competencia alguna en los casos mineros, lo que resulta imposible. (Subrayado de la empresa)

Resulta contradictorio que OSINERGMIN reconozca una competencia paralela del sector trabajo, pues en la resolución impugnada admite la competencia de SUNAFIL con ocasión de accidentes mortales en materia de seguridad y salud de los trabajadores, lo cual resta seguridad jurídica y duplica funciones a entidades del Estado. Lo expuesto, no pretende impedir la realización de las funciones de OSINERGMIN sino exigir la intervención de la entidad competente con arreglo al marco legal aplicable. Además, la competencia de OSINERGMIN no puede concretarse a través de su Tabla de Infracciones, toda vez que la misma no se encuentra actualizada.

En ese sentido, de acuerdo a lo previsto en el artículo 6° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual establece la motivación del acto administrativo, corresponderá al TASTEM demostrar que no existe la superposición de competencias y que no se ha vulnerado el Principio de Non bis in Ídem con la intervención de OSINERGMIN en la investigación y sanción de accidentes mortales, de lo contrario se podría generar un perjuicio irreparable.

Asimismo, de acuerdo al artículo V de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158, las entidades del dicho poder se organizan en un régimen jerarquizado y desconcentrado cuando corresponda, sobre la base de funciones y competencias afines, "(...) evitando la duplicidad y superposición de funciones." OSINERGMIN no estaría respetando lo dispuesto en esta norma al admitir genéricamente su actuación en este procedimiento.

Por lo tanto, afirma que OSINERGMIN carece de competencia para supervisar y sancionar el accidente mortal ocurrido el 5 de diciembre de 2013, pues de acuerdo a la Ley N° 29783, publicada el 20 de agosto de 2011 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 005-2012-TR del 25 de abril de 2012, esta función ha sido asignada al Sector Trabajo y no se encuentra en aquellas asignadas al Organismo Regulador.



Respecto a la supuesta infracción al literal m) del artículo 38° del RSSO

- c) Manifiesta que para la realización de las obras, LAS BAMBAS exigió mediante contrato que BECHTEL, su personal y contratistas, cumplan con todas las normas de seguridad aplicables. Su empresa cumplió con sus deberes durante la ejecución de las obras, contando con un Gerente de Seguridad y un equipo de supervisores que mantenían coordinaciones con BECHTEL en temas de seguridad. Además, tenía para ello los instrumentos de gestión de seguridad previstos en la normativa y estándares internacionales.

De esta manera, se encontraban claramente definidos los canales de comunicación efectivos para que BECHTEL efectuara cualquier reporte de desviaciones en la seguridad y salud ocupacional, los cuales no se remitieron a LAS BAMBAS con anterioridad al accidente. Agrega que su empresa adopta de manera permanente las precauciones previstas en la normativa de la materia a fin de evitar cualquier tipo de accidente.

Al momento de contratar a BECHTEL, quien subcontrató a G y M, se exigió que la primera, así como sus subcontratistas, respeten las normas vigentes, entre otras, tal como se puede observar en el contrato enviado en su oportunidad.¹¹ LAS BAMBAS guardó la debida diligencia en su condición de titular al cumplir con instruir a BECHTEL, y por extensión a sus subcontratistas, para que cuenten con la supervisión oportuna y cumplan la normativa vigente, considerando las condiciones y naturaleza del trabajo realizado.

Sobre la supuesta infracción al literal c) del artículo 38° del RSSO

- d) Sostiene que como titular minero aseguró el cumplimiento del RSSO mediante el contrato suscrito con BECHTEL, acreditado ante la autoridad. Además, siempre se ha preocupado por garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en el desempeño de los aspectos relacionados con su labor, así como el desarrollo de actividades permanentes a fin de perfeccionar los niveles de protección existentes, asegurándose que sus contratistas se comporten de igual modo, lo cual se acreditaría mediante el contrato suscrito con BECHTEL donde se le encargó el diseño y manejo de la construcción de las obras involucradas, y por tanto su supervisión.

Las exigencias antes descritas se extendieron incluso a los subcontratistas designados por BECHTEL, como se aprecia en la cláusula 6.2 (b) del contrato que remitió. Además, el incumplimiento del artículo 38° recae sobre los supervisores, lo cual es sancionado por su jefe inmediato o jefe de área correspondiente, conforme lo previsto en el último párrafo del citado artículo.

¹¹ BECHTEL consigna la traducción de la cláusula 8.2 literal a), según la cual BECHTEL debe:

- (i) Cumplir todas las normas aplicables relativas a la salud y seguridad de las personas dentro o cerca del área del proyecto, de ejecución de los servicios y a las obras de construcción; y,
- (ii) Asegurar (en la medida de lo posible) que los Contratistas Comerciales ejecuten las Obras cumpliendo los requerimientos de las normas antes mencionadas.

Agrega que esto concuerda con el texto original del artículo 26° de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud del Trabajo, publicado el 20 de agosto de 2011, en atención al cual, el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo es responsabilidad del empleador, quien asume el liderazgo y compromiso de estas actividades en la organización; el empleador delega las funciones y la autoridad necesaria al personal encargado del desarrollo, aplicación y resultados del Sistema de Gestión de la seguridad y Salud en el Trabajo, quien rinde cuentas de sus acciones al empleador o autoridad competente, lo que no exime de su deber de prevención.

Con relación a la supuesta infracción al literal m) del artículo 26° del RSSO

- e) Señala que previo al accidente no se reportó ninguna condición o acto sub estándar que le hubiese permitido a su empresa realizar las acciones necesarias para controlar en forma oportuna el riesgo identificado. Tampoco fue notificado, antes de la ocurrencia del accidente, por autoridad administrativa alguna, respecto a infracciones a la norma de seguridad, salud o higiene en el trabajo.

Por lo tanto, reitera que: i) no ha realizado una conducta sancionable que le proporcione ventajas por cumplir las normas presuntamente infringidas; ii) no ha tenido intención de causar perjuicio económico y no es reincidente; iii) contaba con instrumentos de gestión y el trabajador tenía los implementos de seguridad necesarios; iv) no obtuvo ningún beneficio ilegal, ni ha existido intencionalidad en la conducta de su empresa para infringir la norma en su condición de titular minera; v) ha mostrado interés, participación activa y colaboración en el proceso de supervisión encabezado por la alta dirección, como puede verificarse en las Actas remitidas por La Supervisora Externa.

Respecto al cálculo de la multa

- f) Manifiesta que en caso no se disponga el archivo del procedimiento toda vez que la supervisión correspondía a BECHTEL, se deberá tener en cuenta lo siguiente:

- Infracción al literal m) el artículo 38° del RSSO

Su empresa sí contaba con el cargo de Capataz, lo cual se demuestra con las declaraciones y los PETS que tienen presunción de veracidad. Así, la declaración del señor José Vargas Zúñiga, supervisor de área de G y M, indica que la supervisora de seguridad asesora permanentemente. Asimismo, reitera la participación del señor Manuel Ponce, Capataz Fierro de G y M en la coordinación de los trabajos y, agrega que nunca se apartó de su deber de vigilancia, asegurándose que las contratas respetaran y aplicaran estrictamente el RSSO, así como que contaran con personal suficiente y adecuado para la realización de la labor en condiciones legalmente establecidas.

Por ello, no corresponde incluir como costo evitado el valor del sueldo del Jefe de Seguridad y Capataz, pues sí cuenta con dichos trabajadores. Además, la actuación deficiente o ausencia temporal del Jefe de Seguridad y de Guardia o Capataz de la contrata no es razón suficiente para imputar a su empresa la falta de supervisión permanente, por lo que los costos asociados a dichos profesionales no constituyeron inversiones evitadas, no debiendo ser incluidos como parte del escenario de cumplimiento.

Señala que atenta con los Principios de Verdad Material y Presunción de Licitud negar como inversión aquella que ha sido cumplida por el titular, como contar con los profesionales antes citados, los que de manera eventual, por razones ajenas y que se contraponen a sus esfuerzos no se encontraban en el área del accidente. La deficiencia en la supervisión no la hace inexistente y no puede introducirse en este procedimiento, pues la deficiencia no ha sido materia de tipificación sino la falta de designación; en ese sentido, no resulta legítimo sancionar al administrado respecto de hechos por los que no se ha defendido, ni por cargos que no fueron advertidos con anterioridad.

Asimismo, señala que sí contaba con personal mano de obra por lo que se debe excluir de la lista de costos postergados.

- Infracción al literal c) el artículo 38° del RSSO
La multa solidaria se debe reducir de 52.42 UIT a 0.42 UIT, al retirar el concepto de Capataz de Construcción, Ingeniero de Seguridad, Maestro de Servicios Auxiliares y Ayudante, toda vez que la Supervisora Externa pudo verificar la designación previa y expresa de los cargos de supervisor responsable y Capataz.

- Infracción al literal m) del artículo 23° del RSSO
La multa solidaria se debe reducir de 15.66 UIT a 0.99 UIT, al retirar el concepto de Ingeniero de Seguridad e Ingeniero Civil, toda vez que la norma únicamente exige contar con un Ingeniero de Seguridad y la Supervisora Externa pudo verificar la designación previa y expresa de los cargos de supervisor responsable.

- g) De otro lado, indica que no está de acuerdo con el factor de ajuste del periodo transcurrido entre la ocurrencia del accidente y la aprobación del PETS ("Preparación y colocación de acero de refuerzo"), toda vez que no tiene sentido su inclusión porque a la fecha del accidente, esto es el 5 de diciembre de 2013, ya se encontraba aprobado dicho PETS (13 de mayo de 2013).
- h) El cálculo de costos presuntamente evitados, sustentado en hechos que son imputaciones nuevas, que no pudieron ser materia de descargos, resultan una vulneración al Principio del Debido Procedimiento, pues implica una postergación u omisión de inversiones y/o asumir que el beneficio ilícito produjo una utilidad generada como consecuencia del incumplimiento.

Por ello, sustentar la aplicación de los criterios de cálculo en una simple discrecionalidad, asumiendo como probados hechos que no han sido discutidos ni imputados, demuestra arbitrariedad. En ese sentido, de no ajustar el TASTEM directamente la multa impuesta estaría contraviniendo de manera arbitraria el método de análisis de sus propios criterios.

En cuanto a la vulneración de los Principios de Tipicidad, Verdad Material, Razonabilidad, Causalidad, Concurso de Infracciones y la Prohibición de Reforma en Peor

- i) Se ha vulnerado el Principio de Tipicidad pues no se le puede sancionar por falta de supervisión permanente cuando lo evidenciado durante la supervisión, bajo presunción de veracidad, es deficiencia en la supervisión permanente asignada.
- j) No se han evaluado correctamente los hechos que sirvieron de motivo a la decisión adoptada, toda vez que se demostró un hecho (defectos de la supervisión permanente) que no corresponde al tipo legal por el cual se le inició el presente procedimiento administrativo sancionador (infracción al literal m) del artículo 38° del RSSO), transgrediendo de esta manera el Principio de Verdad Material.
- k) De acuerdo al Principio de Razonabilidad las sanciones aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción.
- l) Sin perjuicio de lo expuesto, sobre la discusión de la solidaridad, de acuerdo al Principio de Causalidad, la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable, lo que en el presente caso, no ha correspondido a LAS BAMBAS ya que la supervisión fue encargada a BECHTEL.

RESOLUCIÓN N° 087-2018-OS/TASTEM-S2

- m) La conducta identificada por la Supervisora Externa como deficiencia en la supervisión genera que las dos primeras presuntas infracciones, para efectos de la imposición de sanciones, se subsuman en la tercera imputación. La resolución impugnada lo que hace es identificar distintas normas tipificadoras y no la conducta presuntamente desarrollada, que es el cuestionamiento a la obligación de supervisión.

Así, la conducta imputada es una presunta supervisión defectuosa, por lo tanto, en atención a la Tabla de Infracciones de OSINERGMIN, la infracción de mayor gravedad correspondería a la tercera imputación referida al literal m) del artículo 26° del RSSO.

- n) Manifiesta que de acuerdo al numeral 237.1 del artículo 237° de la Ley N° 27444, no se pueden aceptar hechos distintos de los determinados en el presente procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica. Esto se deberá tener en cuenta en las situaciones nuevas que se plantean al efectuar el cálculo de las multas impuestas.
- o) El TASTEM no puede ocasionar una reforma en peor cuando el sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, pues de acuerdo al numeral 237.3 del artículo 237° de la citada Ley, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado.

Sobre su derecho de ampliar los argumentos de su recurso de apelación

- p) En virtud de lo establecido en el numeral 161.1 del artículo 161 de la Ley N° 27444, se reserva el derecho de ampliar los argumentos expuestos en su recurso de apelación.
- q) Asimismo, solicita se le conceda el uso de la palabra.
3. Con escrito del 6 de enero de 2017 registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201300189893, G y M interpuso su recurso de apelación contra la Resolución N° 3469-2016, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

Inexigibilidad de la responsabilidad solidaria de G y M como subcontratista

- a) Su empresa no califica como contratista minera ni contratista de actividades conexas, toda vez que no ha realizado actividad alguna por encargo del titular de la actividad minera (LAS BAMBAS), limitándose a prestar servicios de construcción a BECHTEL.

Asimismo, en el presente caso no existe nexo necesario entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, por lo que G y M no se encuentra obligada a cumplir las obligaciones que sí son exigibles a los otros agentes como el titular minero (LAS BAMBAS) y el contratista (BECHTEL). La obligación establecida en los literales c) y m) del artículo 38° del RSSO son exigibles al supervisor (ingeniero o técnico) de la contratista quien tiene una relación contractual con el titular minero, por lo que no resulta exigible a la subcontratista, en este caso su empresa.

Agrega que la obligación prevista en el literal m) del artículo 26° del RSSO es exigible a LAS BAMBAS, pues conforme a lo señalado en el Acta de Cierre de Supervisión, como causas del accidente mortal: *"El titular minero no tiene implementado ni diseñado los planos de drenaje en el área de la tolva de bolas de la planta de beneficio a fin de mantener segura y firme las instalaciones"* (Negritas son de la empresa)

RESOLUCIÓN N° 087-2018-OS/TASTEM-S2

Adicionalmente, es incorrecta y contradictoria la clasificación de empresa contratista que OSINERGMIN efectuó respecto de G y M, cuando claramente es BECHTEL quien ostenta dicha condición y su empresa la de subcontratista, lo cual además es confirmado con lo consignado en el numeral 4 de la resolución de sanción.

- b) Su empresa no desarrollaba trabajos propios para la explotación de la concesión minera, pues había sido contratada por BECHTEL, quien en su calidad de contratista tenía una relación directa con la titular minera para prestarle los servicios de construcción. De acuerdo a lo previsto en el artículo 216° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, en adelante el T.U.O. de la LGM, se le excluye de responsabilidad solidaria porque el servicio que prestó a BECHTEL constituye una actividad conexas de índole no minero.

En ese sentido, la responsabilidad solidaria que dispone el citado artículo sería aplicable a los supuestos en los cuales el titular minero establezca contratos de explotación minera atípicos con terceros en virtud de los cuales estos realizan “trabajos propios”, y “por cuenta” del titular minero. Por lo tanto, al evidenciar la ausencia de requisitos de validez en la decisión de la GSM se debe declarar su nulidad de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 10° de la Ley N° 27444.

Respecto a la falta de competencia de OSINERGMIN

- c) OSINERGMIN no es competente para supervisar, fiscalizar y sancionar disposiciones legales y técnicas referidas a la seguridad y salud en el trabajo en el subsector minería, con ocasión de un accidente mortal de trabajo, toda vez que de acuerdo a la Ley N° 29981 que crea la SUNAFIL, su Reglamento de Organización de Funciones aprobado por Decreto Supremo N° 007-2013-TR, y el Decreto Supremo N° 003-2013-TR que precisa la transferencia de competencias y los plazos de vigencia, la SUNAFIL es competente para supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico socio laboral y el de seguridad y salud en el trabajo.

Asimismo, indica que el Decreto Supremo N° 088-2013-PCM no otorga competencia legal a OSINERGMIN para fiscalizar el RSSO, más aún cuando el artículo 2° de dicho reglamento establece que no se encuentra bajo el ámbito de competencia del OSINERGMIN la supervisión y fiscalización de las disposiciones legales y técnicas referidas a la seguridad y salud en el trabajo. Además, en el Anexo 2 del Decreto Supremo denominado “Sector Minero” no contempla como sustento normativo de las funciones técnicas de OSINERGMIN al Decreto Supremo N° 055-2010-EM al estar referido a temas de seguridad y salud en el trabajo.

- d) Además, agrega que la sanción que le fue impuesta se sustenta en un reglamento que actualmente se encuentra derogado por el Decreto Supremo N° 024-2016-EM, por el cual se aprobó el Reglamento de seguridad y Salud Ocupacional en Minería. Esta norma prevé en el artículo 9° que es competencia de SUNAFIL la supervisión y fiscalización del cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con la seguridad y Salud Ocupacional en la Gran y Mediana Minería, en el marco de la Ley N° 29981.

RESOLUCIÓN N° 087-2018-OS/TASTEM-S2

Con relación a la inobservancia del orden de prelación en la aplicación de los criterios de graduación y la aplicación ilegal de la probabilidad de detección en el cálculo de las sanciones

- e) La multa impuesta vulnera el Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, el cual establece la obligatoriedad de observar los criterios de graduación en orden de prelación.
- f) La probabilidad de detección como criterio de graduación recién fue incorporado a partir de la modificación de la Ley N° 27444 mediante el Decreto Legislativo N° 1272, por lo que su aplicación es ilegal, ya que este procedimiento es anterior.

Además, el valor de 30% aplicado como probabilidad de detección carece de fundamento y resulta ilógico, pues lo razonable es que sea de 0% considerando que OSINERGMIN tomó conocimiento de la supuesta infracción al RSSO a partir de la comunicación del accidente mortal remitida por LAS BAMBAS.

- g) En ese sentido, se debe declarar la nulidad de la resolución impugnada, dejando sin efecto la multa impuesta y procediendo al archivo del presente procedimiento.
- h) Finalmente, G y M solicita se le conceda el uso de la palabra.

4. Con escrito del 9 de enero de 2017 registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201300189893, BECHTEL interpuso su recurso de apelación contra la Resolución N° 3469-2016, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

Respecto a la falta de competencia de OSINERGMIN

- a) De acuerdo a la Ley N° 29901, Ley que precisa competencias a OSINERGMIN, norma de rango superior, dicho organismo tiene facultades para supervisar, fiscalizar y sancionar la seguridad de las actividades mineras, únicamente sobre la infraestructura, pero no la seguridad de los trabajadores ni las actividades relacionadas con la gestión de la seguridad, la cual es competencia del MTPE a través de la SUNAFIL.

En este caso, se está supervisando la gestión de la seguridad ocupacional, específicamente si se contaba o no con un supervisor permanente, lo cual no se encuentra dentro de las facultades de supervisión y fiscalización de OSINERGMIN, al ser una obligación de gestión relacionada con la seguridad de los trabajadores. Por lo tanto, se ha vulnerado el requisito de validez del acto administrativo referido a la competencia, así como el Principio de Legalidad recogido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, por lo que se debe declarar la nulidad de la resolución de sanción.

En cuanto a la supuesta infracción al literal m) del artículo 38° del RSSO

- b) El área en la que ocurrió el accidente no constituye una labor ni una actividad minera, sino una obra civil, por lo que la conducta imputada no se ajusta al supuesto de hecho previsto en el literal m) del artículo 38° del RSSO. El accidente mortal se produjo en la zona del molino de la planta, que no es una labor minera. De acuerdo a lo establecido en el artículo 2 del RSSO, las construcciones civiles no constituyen actividades mineras, sino actividades conexas, lo cual ha sido reconocido por la GSM en el numeral 4.1 de la resolución impugnada al señalar que la colocación de acero de refuerzo no es una labor minera, sino una actividad

de construcción civil conexas.

Estos argumentos fueron expuestos en su escrito de descargos; sin embargo, la GSM no lo analiza debidamente, lo cual constituye un defecto de motivación y vulnera el Principio de Debido Procedimiento.



Al tratar de encajar la presunta conducta realizada en el supuesto de hecho de la norma, la GSM refiere la actividad de construcción civil realizada, es decir, la colocación de acero de refuerzo es una labor minera de alto riesgo. Dicha situación vulnera el Principio de Tipicidad establecido en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, toda vez que dicha actividad es conexas a la actividad minera y no una labor minera, no existiendo obligación de designar un supervisor permanente, tal como lo exige el literal m) del artículo 38° del RSSO.

- c) Sin perjuicio de ello, refiere que su empresa designó a un supervisor permanente que era el señor Manuel Ponce, lo cual consta en las manifestaciones tomadas por los supervisores de OSINERGMIN. Ahora la GSM intenta imponer la obligación de contar con un supervisor en todas las zonas de operación al mismo tiempo y vigilando las labores de cada trabajador. Si bien el accidente ocurrió en el muro 3, no significa que el supervisor debía estar en ese muro en todo momento, sino en el área de trabajo a la cual fue designado; por lo tanto, debe revocarse este extremo de la resolución de sanción.



Con relación a la supuesta infracción al literal c) del artículo 38° del RSSO

- d) No se ha analizado lo expuesto en su escrito de descargos, lo cual constituye un defecto de motivación y vulnera el Principio de Debido Procedimiento. Además, el numeral 6.1 del instructivo "Preparación y colocación de acero de refuerzo" es un listado global y general que no imponía a su empresa la obligación de emplear todos los equipos y herramientas detallados en las actividades de preparación y colocación de acero de refuerzo, pues la necesidad de utilizarlas dependía de las etapas de construcción del proyecto minero Las Bambas.

Asimismo, de acuerdo al instructivo, los elementos adecuados para la protección de caídas de los trabajadores son los arneses, cuerdas, entre otros, y no los andamios como incorrectamente ha señalado la GSM. En este caso, el señor Edgar Huanca Huillca se colocó el arnés de seguridad antes de realizar las labores del muro 3, por lo que sí cumplió las medidas de seguridad adecuadas previstas en el instructivo; por lo tanto, no se ha vulnerado el literal c) del artículo 38° del RSSO, debiendo revocarse este extremo de la resolución.

- e) De otro lado, se le sancionó por no haber realizado el listado de chequeo de construcción de elementos de concreto armado previsto en el literal j) del numeral 6.3.4 del instructivo "Preparación y colocación de acero de refuerzo". Se debe considerar que el chequeo constituye una de las etapas finales del proceso constructivo de la estructura en cuestión y se lleva a cabo sólo cuando la preparación y colocación de acero de refuerzo ha sido culminada, ya que es una actividad que forma parte del proceso de entrega de la estructura.

Por lo tanto, es falso que en dicho instructivo se señale que el chequeo se deba realizar antes, durante y después de la colocación del acero, pues dicho documento regula que tal verificación se ejecutará al momento de haber culminado con la estructura. Además, esta actividad está destinada a garantizar su calidad y no a resguardar la seguridad de los trabajadores como erróneamente lo intenta establecer la autoridad, por lo que no habría

vulnerado el literal c) del artículo 38° del RSSO, debiendo revocarse este extremo de la resolución impugnada.

Sobre la supuesta infracción al literal m) del artículo 38° del RSSO

- f) Para que se configure la infracción se requiere de una condición o acto sub estándar reportado y que dicha condición o acto no fue controlado en forma oportuna. En este caso, no hubo reporte de ninguna condición o acto sub estándar con relación a la zona del muro 3 donde ocurrió el accidente, por lo que no se generó el incumplimiento imputado.

La GSM considera al Análisis de Seguridad en el Trabajo (ATS) y a las declaraciones del señor Manuel Ponce Ventura, las cuales adjunta al presente recurso, como “reportes oportunos de condiciones o actos sub estándar”, lo cual es falso. El ATS se elaboró el 5 de diciembre de 2013, es decir, el mismo día que ocurrió el accidente, por lo que describe hechos posteriores al evento y no puede ser utilizado como sustento para determinar que no se controló de manera oportuna los riesgos, pues los hechos ya habían ocurrido, no siendo posible infringir la obligación de controlarlos “en forma oportuna”.

Ahora, la GSM utiliza la manifestación del señor Manuel Ponce Ventura como sustento para señalar que sí se reportó la existencia de una condición o acto sub estándar. Sin embargo, dicho al preguntársele cuál podría ser la causa del accidente, manifestó que: “*Dos días antes el muro ya estaba parado, por la lluvia pienso que la estaca de anclaje (cáncamo) que sujeta el diagonal se debilitó y se salió de la estaca (...)*”. Esto demuestra que el referido señor **pensó** no que **comunicó dicho supuesto riesgo, ni mucho menos que lo informó “de manera oportuna”**. (Negritas y subrayado son de la empresa)

Por tanto, indicar que dicha declaración constituye un reporte y utilizarla para imponerle una sanción es ilegal. No existió una condición o acto sub estándar reportado por el personal, los fiscalizadores, por el Comité de Seguridad y Salud Ocupacional o por otras autoridades que no hubiera sido controlada oportunamente. Agrega que el único Reporte del 1 de diciembre de 2013, que forma parte del informe de supervisión, no contiene información sobre condición o acto sub estándar alguno en la zona del muro 3 donde ocurrió el accidente; en ese sentido, no habría vulnerado el literal m) del artículo 26° del RSSO, debiendo revocarse este extremo de la resolución impugnada.

5. Mediante el Memorándum N° GSM-45-2017, recibido el 25 de enero de 2017, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.
6. A través del escrito presentado el 5 de enero de 2018, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201300189893, G y M presentó argumentos adicionales a su recurso de apelación, de acuerdo a lo siguiente:
 - a) El numeral 23.2 del artículo 23° 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, en adelante el RSFS, dispone que sin perjuicio de lo señalado en el numeral 23.3, la responsabilidad administrativa bajo competencia de OSINERGMIN corresponde ser determinada únicamente respecto del agente supervisado, independientemente que la conducta imputada sea realizada por contratistas o subcontratistas.

Asimismo, el numeral 23.3 del artículo 23° del RSFS, establece que sólo corresponde imputar responsabilidad administrativa solidaria cuando la ley así lo prevé respecto de más de un agente Supervisado; y en casos de accidentes mortales del sub sector minero, respecto a contratistas mineras que realicen trabajos propios de las actividades mineras, inscritas en el Registro correspondiente.

Reitera que G y M no desarrollaba trabajos propios de la actividad minera ni en calidad de contratista, pues fue subcontratada por BECHTEL.

- b) Lo expuesto anteriormente, resulta de aplicación al presente procedimiento de acuerdo a la Primera Disposición Complementaria Transitoria del RSFS, el cual señala que: *"los procedimientos administrativos sancionadores actualmente en trámite continúan rigiéndose por las disposiciones del presente Reglamento que reconozcan derechos o facultades a los administrados frente a la Administración, en lo referido a la tipificación de la infracción, a la sanción y a sus plazos de prescripción (...)"*

Por lo tanto, solicita que se revoque y declare la nulidad de la resolución impugnada, dejando sin efecto la multa impuesta, excluyendo a su empresa presente procedimiento administrativo sancionador.

7. Mediante Oficio N° 10-2018-OS-TASTEM-S2, notificado el 13 de marzo de 2018, se informó a LAS BAMBAS, que se otorgó fecha para hacer uso de la palabra el día 20 de marzo de 2018 por espacio de 10 minutos. Asimismo, con fecha 15 de marzo de 2018 la recurrente cumplió con presentar un escrito designando a sus representantes para asistir al informe oral.

La audiencia de informe oral se llevó a cabo en el día y hora señalada anteriormente, con la presencia de los representantes del TASTEM y LAS BAMBAS, tal como consta en el soporte magnético audiovisual obrante a fojas 658 del expediente, durante la cual la administrada reiteró los argumentos expuestos en su recurso de apelación y agregó los siguientes:

- a) Para la construcción de las instalaciones requeridas para el procesamiento del mineral proveniente de los tajos Ferrobamba, Chalcobamba y Sulfobamba (Planta Concentradora de 140,000 TM/D), suscribió el 1 de diciembre de 2010 un contrato de Ingeniería, Procura, Construcción y Gerencia (EPCM), vigente a la fecha del accidente, con BECHTEL, el cual tiene por objeto que esta por cuenta de LAS BAMBAS desarrolle la ingeniería, procura, construcción, gerencia de la construcción y brinde servicios técnicos y administrativos vinculados a los trabajos. En la ejecución del contrato BECHTEL asume en campo las obligaciones de supervisión en materia de seguridad, sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones de seguridad por parte de LAS BAMBAS.
- b) Asimismo, señala que luego del accidente paralizó las actividades en la zona de trabajo aislando el área, inspeccionó las condiciones sub estándares en las zonas con actividades similares, revisó los procedimientos constructivos de los muros (incluir uso de andamios), revisó los IPERC y PETS respectivos, alineó la supervisión en el estricto cumplimiento de lo estandarizado y el Comité de Seguridad y Salud Ocupacional efectuó la investigación correspondiente y emitió un informe presentado a OSINERGMIN el 13 de diciembre de 2013.
- c) De otro lado, alega que las contratistas o terceros son responsables solidariamente de

RESOLUCIÓN N° 087-2018-OS/TASTEM-S2

acuerdo a lo dispuesto en el artículo 216° del T.U.O. de la LGM y el artículo 3° del RSSO.¹² Asimismo, lo dispuesto en el citado reglamento también alcanza a aquellos terceros, contratistas que realizan trabajos conexos a la actividad minera conforme ha previsto en su artículo 2°. Además, señala que el OSINERGMIN en la Resolución N° 34-2014-OS/TASTEM-S2 y la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 3200-2016 indicó que: *"El segundo supuesto de solidaridad surge de la interpretación en sentido contrario del segundo párrafo de artículo 216° del TUO de la LGM según el cual la responsabilidad alcanza a aquellos terceros, contratistas de empresas mineras que presten servicios conexos de índole minero."*

Además, manifiesta que no se debe aplicar lo dispuesto en los numerales 23.2 y 23.3 del RSFS toda vez que: i) contiene normas sustantivas, que no se encontraban vigentes al momento del accidente mortal ni al inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, ii) desnaturaliza lo establecido en el artículo 216° del T.U.O. de la LGM, iii) deja sin contenido al artículo 3° del derogado RSSO y iv) distingue donde a Ley no distingue.

8. Con escrito del 26 de marzo de 2018, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 20130089893, LAS BAMBAS remitió de manera física, la presentación efectuada en su informe oral llevado a cabo el 20 de marzo de 2018, que contiene los mismos argumentos de su recurso de apelación, así como los citados en el numeral anterior.
9. Posteriormente, con Oficio N° 11-2018-OS-TASTEM-S2, notificado el 22 de marzo de 2018, se informó a G y M, que se otorgó fecha para hacer uso de la palabra el día 2 de abril de 2018 por espacio de 10 minutos. La audiencia de informe oral se llevó a cabo en el día y hora señalada anteriormente, con la presencia de los representantes del TASTEM y G y M tal como consta en el soporte magnético audiovisual obrante a fojas 680 del expediente, durante la cual la administrada reiteró los argumentos tanto en su recurso de apelación como en el escrito del 5 de enero de 2018.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

En cuanto a la determinación de responsabilidad solidaria de BECHTEL y G y M en su calidad de Contratista y Subcontratista, respectivamente

10. Con relación a lo argumentado en los literales a) y b) del numeral 3 y los literales a) y b) del numeral 6 de la presente resolución, cabe señalar que de acuerdo a lo establecido en el numeral 11 del artículo 37° del T.U.O. de la LGM, los titulares de las concesiones, gozan entre otros atributos, el de contratar la ejecución de los trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio, con empresas especializadas inscritas en la Dirección General de Minería. Asimismo, el artículo 216° de la citada norma, dispone lo siguiente:

"Las disposiciones de este Título obligan también a terceros que, por cualquier acto o contrato, resultaren, ejecutando o conduciendo trabajos propios para la explotación de la concesión minera por cuenta del titular de derecho minero. Las obligaciones y responsabilidades son solidarias. Esta disposición no es aplicable a terceros, contratistas de empresas mineras, que presten servicios conexos de índole no minero." (Subrayado agregado)

Por su parte, el artículo 11° del Decreto Supremo N° 005-2008-EM, que reestructura el Registro de Empresas Especializadas de Contratistas Mineros, establece lo siguiente:

¹² La recurrente cita el Principio de Causalidad previsto en el numeral 8 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, según el cual la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

RESOLUCIÓN N° 087-2018-OS/TASTEM-S2

"Empresa contratista minera es la empresa que cuenta con autonomía funcional y patrimonio propio que le permita actuar en las actividades a que se refiere el numeral 11) del Artículo 37° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, y que ostente la calificación como tal, emitida por la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas." (Subrayado agregado)

Además, el artículo 2° del RSSO señala las actividades a las que alcanza dicho reglamento, tales como las siguientes:

a) Las actividades mineras siguientes, desarrolladas en los emplazamientos en superficie o subterráneos:

1. Exploración, desarrollo, preparación y explotación en minería subterránea y a cielo abierto de minerales metálicos y no metálicos.
2. Preparación mecánica, incluido la trituración y molienda.
3. Clasificación de minerales metálicos y no metálicos.
4. Concentración.
5. Depósitos de relaves, desmonte y escorias.
6. Lixiviación o lavado metalúrgico del material extraído.
7. Fundición.
8. Refinación.
9. Labor general.
10. Transporte minero.
11. Depósitos de almacenamiento de concentrados de minerales, refinados y minerales no metálicos.

b) Los trabajos siguientes, conexos a la actividad minera:

Construcciones civiles, instalaciones anexas o complementarias, tanques de almacenamiento, tuberías en general, generadores, sistemas de transporte que no son concesionados, uso de maquinaria, equipo y accesorios, mantenimiento mecánico, eléctrico, comedores, hoteles, campamentos, servicios médicos, vigilancia, construcciones y otros tipos de prestación de servicios.

Cabe precisar que el artículo 3° del RSSO establece que su alcance es de aplicación a toda persona natural o jurídica, pública o privada, que realice actividades mineras y actividades conexas con personal propio o de terceros; las que están obligadas a dar cumplimiento a todas sus disposiciones.

Igualmente, cabe precisar que el artículo 7° del RSSO establece las siguientes definiciones:

"(...)

Empresa Contratista Minera

Es toda persona jurídica que, por contrato, ejecuta una obra o presta servicio a los titulares mineros, en las actividades de exploración, desarrollo, explotación y/o beneficio, y que ostenta la calificación como tal emitida por la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas.

Empresa Contratista de Actividades Conexas

Es toda persona natural o jurídica que realiza actividades auxiliares o complementarias a la actividad minera por encargo del titular minero. (...)" (Subrayado agregado)

Es importante agregar que respecto al requisito de inscripción en el Registro de Empresas Contratistas de la Dirección General de Minería, a fin de considerarse la responsabilidad solidaria, mediante el Informe N° 134-2018-MEM-DGM/DNM del 1 de febrero de 2018, remitido a OSINERGMIN a través del Oficio N° 0369-2018-MEM/DGM con registro N° 201800008474, Dirección General de Minería señaló que las empresas que realizan actividades conexas a la minería no están obligadas a inscribirse en el Registro de Empresas Contratistas Mineras. En ese sentido, de acuerdo a ello, no tendrían la condición de contratista minera. (Subrayado agregado)

De acuerdo a las normas antes citadas y lo dispuesto en el Informe N° 134-2018-MEM-DGM/DNM del 1 de febrero de 2018, podemos concluir lo siguiente:

- Las obligaciones y responsabilidades son solidarias respecto a aquellas personas jurídicas que ejecutan una obra o prestan servicios por cuenta de los titulares mineros, en las actividades de exploración, desarrollo, explotación y/o beneficio.
- Las empresas que realicen las actividades arriba citadas deberán estar inscritas en la Dirección General de Minería, para ostentar la condición de contratista minera.
- Las empresas contratistas que efectúan actividades conexas no realizan trabajos propios de la actividad minera por lo que no se inscriben en el registro de la Dirección General de Minería.

Ahora bien, en ejercicio de sus funciones normativas, dispuestas por el inciso c) 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 Públicos¹³ y el artículo 3° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN¹⁴, mediante el RSFS publicado en el diario oficial El Peruano el 18 de marzo de 2017, se establecieron las disposiciones de obligatorio cumplimiento para OSINERGMIN, las Empresas Supervisores y los Agentes Supervisados, en el marco de las funciones supervisora, fiscalizadora y sancionadora, bajo competencia de este Organismo Regulador.

Así pues, el artículo 7° del RSFS describe las actividades del sector minero bajo competencia de OSINERGMIN, disponiendo lo que se detalla a continuación:

Artículo 7.- Actividades del sector minero bajo competencia de Osinergmin

Osinergmin ejerce sus funciones de supervisión, fiscalización y sanción de las obligaciones legales y técnicas de seguridad de la infraestructura, las instalaciones y la gestión de seguridad de sus operaciones, en las siguientes actividades mineras:

- a) Exploración.
- b) Explotación.
- c) Beneficio.
- d) Transporte minero.
- e) Almacenamiento de concentrado de mineral.

Además, en los numerales 23.2 y 23.3 del RSFS, se dispuso lo siguiente:

"(...)

23.2 Sin perjuicio de lo señalado en el numeral 23.3, la responsabilidad administrativa bajo

¹³ 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."

¹⁴ Ley N° 27699

"Artículo 3.- Procedimientos Administrativos Especiales

El OSINERG, a través de su Consejo Directivo, está facultado para aprobar procedimientos administrativos especiales que normen los procesos administrativos vinculados con la Función Supervisora, Función Supervisora Específica y Función Fiscalizadora y Sancionadora, relacionados con el cumplimiento de normas técnicas, de seguridad y medio ambiente, así como el cumplimiento de lo pactado en los respectivos contratos de privatización o de concesión, en el Sector Energía; para lo cual tomará en cuenta los principios contenidos en la Ley de Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444."

competencia de Osinerqmin corresponde ser determinada únicamente respecto del Agente Supervisado, independientemente que la conducta imputada sea realizada por contratistas o subcontratistas.

23.3 Solo corresponde imputar responsabilidad administrativa solidaria cuando la ley así lo prevé respecto de más de un Agente Supervisado; y en los casos de accidentes mortales del sub sector minero, respecto a contratistas mineras que realicen trabajos propios de actividades mineras, inscritas en el Registro correspondiente. (...)" (Subrayado agregado)

En ese sentido, de acuerdo a lo previsto en el RSFS, respecto a la determinación de la responsabilidad administrativa solidaria para las contratistas mineras, en el ejercicio de las funciones supervisora y fiscalizadora, OSINERGMIN deberá considerar que:

- i) La responsabilidad administrativa únicamente recae sobre el Agente Supervisado; es decir, en el presente procedimiento corresponde a LAS BAMBAS.
- ii) Excepcionalmente se podrá atribuir responsabilidad solidaria a las contratistas mineras para los casos de accidentes mortales, como el presente caso, cuando éstas realicen trabajos propios de las actividades mineras, que se encuentren inscritas en el Registro correspondiente.

Por lo tanto, de acuerdo a la interpretación sistemática de las normas emitidas por el Ministerio de Energía y Minas y lo dispuesto por el RSFS, corresponde evaluar si en el presente procedimiento administrativo sancionador se habría configurado los supuestos para determinar la responsabilidad solidaria de BECHTEL, es decir, si los trabajos realizados por esta fueron propios de la actividad minera en su calidad de contratista, inscrita en el Registro de la Dirección General de Minería.

Ahora bien, en este caso, conforme fue expuesto por la GSM en la resolución de sanción: "(...) G y M fue contratada por BECHTEL para realizar trabajos de construcción de instalaciones requeridas por las BAMBAS para procesar minerales en la unidad minera Ferrobamba, los trabajos se ejecutaban para la habilitación del molino de bolas de la planta concentradora, por lo que se trata de una actividad de construcción civil conexas a la actividad minera." (Subrayado agregado)

En efecto, de acuerdo a lo que también fue señalado por LAS BAMBAS en el "Informe de Investigación del Accidente Mortal", obrante a fojas 23 a 28 del expediente, se advierte que en este caso, BECHTEL (Contratista) que contrató a G y M (Subcontratista) eran las encargadas de realizar actividades de armado de estructuras de fierro de construcción en el área de la tolva para los molinos de bolas, lo que consistía en el armado del muro 3 conformado por 2 líneas paralelas de 39 fierros verticales y líneas horizontales; por lo tanto, en virtud a lo establecido en la normativa antes señalada dicha tarea no configura una actividad propiamente minera, sino una de construcción civil conexas a la actividad minera, pues no implicaba aún la operatividad y funcionamiento del molino de bolas propia de la actividad de beneficio, sino una acción previa.

Aunado a ello, siguiendo lo dispuesto por la Dirección General de Minería, en el Informe N° 134-2018-MEM-DGM/DNM del 1 de febrero de 2018, de la revisión del Registro de Empresas Contratistas Mineras del Ministerio de Energía y Minas que figura en el portal web institucional, se verifica que BECHTEL no se encuentra inscrita en dicho registro, por lo que no tendría la condición de contratista minera, y en consecuencia, no podría determinarse su responsabilidad solidaria en el presente procedimiento administrativo sancionador.

RESOLUCIÓN N° 087-2018-OS/TASTEM-S2

Por lo tanto, se desprende que en el presente procedimiento sancionador no se habrían configurado los supuestos previstos, a fin que BECHTEL sea considerada como contratista minera de responsabilidad administrativa solidaria, pues no realizó trabajos propios de la actividad minera ni estaba inscrita en el Registro de las Empresas Contratistas Mineras del Ministerio de Energía y Minas; en consecuencia, al carecer de tal condición la contratación de G y M por parte de BECHTEL y los trabajos que G Y M realizó tampoco estarían sujetos a la solidaridad antes descrita.

Además, considerando que lo dispuesto en el numeral 23.3 del artículo 23° del RSFS, constituye un elemento de juicio objetivo sobreviniente a la emisión de la resolución de sanción y establece una condición más favorable para BECHTEL y G y M al excluirlas de responsabilidad; es susceptible de evaluación en esta etapa del procedimiento.

Adicionalmente, debe precisarse, que este razonamiento no constituye una condición menos favorable para LAS BAMBAS en tanto que dicha empresa se mantiene como responsable, sin perjuicio de la solidaridad en la multa que inicialmente alcanzó a las contratistas y que en aplicación de una norma posterior, como se ha explicado, ha dejado de involucrarlas.

Al respecto, el Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima previsto en el numeral 1.15 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en adelante el T.U.O. de la Ley N° 27444, dispone lo siguiente:

"(...)

las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables. (Subrayado agregado)

En ese sentido, si bien en otro procedimiento, en la Resolución N° 034-2014-OS/TASTEM-S2 se determinó que la empresa Corema S.R.L. debió ser incluida en el procedimiento administrativo sancionador en calidad de administrada imputada¹⁵, los integrantes de este Colegiado opinan que en virtud de una interpretación sistemática e integral de la normativa vigente antes citada, así como del pronunciamiento expreso del Ministerio de Energía y Minas en el Informe N° 134-2018-MEM-DGM/DNM, lo cual ha sido sustentado debidamente en los párrafos precedentes, la responsabilidad solidaria sólo recaerá sobre empresas que realicen trabajos propios de la actividad minera, inscritos en el Registro de Empresas Contratistas Mineras. Por lo tanto, se deberá excluir del presente procedimiento administrativo sancionador a BECHTEL y G y M en cuanto a su responsabilidad solidaria por las infracciones a los literales c), m) del artículo 38° y literal m) del artículo 26° del RSSO.

De acuerdo a ello, en virtud de los Principios de Legalidad y Debido Procedimiento, así como del numeral 225.1 del artículo 225° del T.U.O. de la Ley N° 27444¹⁶, corresponde declarar fundado

¹⁵ La empresa Corema S.R.L. realizó actividades conexas a la minería, es decir no eran propias de la actividad minera y tampoco se encontraba inscrita en el Registro de Empresas Contratistas Mineras del Ministerio de Energía y Minas.

Cabe señalar que la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 3200-2016 a la que hace referencia LAS BAMBAS no ha sido materia de impugnación ante este Tribunal.

¹⁶ T.U.O de la Ley N° 27444
"Artículo 225.- Resolución

el recurso de apelación interpuesto por G y M, así como disponer el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador respecto a la determinación de responsabilidad y sanciones solidarias impuestas a BECHTEL y G y M.

Finalmente, considerando lo expuesto anteriormente, carece de objeto emitir pronunciamiento respecto a los argumentos señalados en los literales c) al h) del numeral 3 y los literales a) al f) del numeral 4 de la presente resolución.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE APELACIÓN DE LAS BAMBAS

Con relación a la aplicación de un reglamento derogado

11. Sobre lo manifestado en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, cabe precisar que el artículo 103° de la Constitución Política, en concordancia con el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, recoge la regla de la aplicación inmediata de la ley, lo que implica que desde su entrada en vigencia ésta se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. De este modo, los hechos cumplidos bajo la antigua ley se rigen por aquélla, mientras que los efectos o hechos producidos por la nueva ley se rigen por ésta¹⁷.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha reconocido la vigencia y aplicación de dicha regla en nuestro ordenamiento jurídico, entre otros, a través del fundamento N° 72 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional recaída en el expediente N° 00008-2008-PI/TC, cuyo texto es el siguiente¹⁸:

"(...) nuestro ordenamiento adopta la teoría de los hechos cumplidos (excepto en materia penal cuando favorece al reo), de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes' (STC 0606-2004-AA/TC, FJ 2). Por tanto, para aplicar una norma (...) en el tiempo debe considerarse (...) consecuentemente, el principio de aplicación inmediata de las normas". (Subrayado agregado)

A su vez, de acuerdo al artículo 109° de la Constitución Política, las leyes son obligatorias desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la misma que postergue su vigencia¹⁹.

En este contexto, cabe señalar que el RSSO aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM, entró en vigencia con fecha 01 de enero de 2011, por lo que a partir de dicha fecha los titulares de la actividad minera debían cumplir con las obligaciones previstas en el mismo.

225.1 La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas en el mismo o declarará su inadmisión."

¹⁷ Constitución Política de 1993.

Artículo 103°.- (...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. (...)

Decreto Legislativo N° 295. Código Civil.

Título Preliminar

Artículo III.- Aplicación de la ley en el tiempo

La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.

¹⁸ La Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00008-2008-PI/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00008-2008-AI.html#_ftn22

¹⁹ Constitución Política de 1993

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.

RESOLUCIÓN N° 087-2018-OS/TASTEM-S2

En el presente caso, conforme a lo señalado en el Informe de Investigación de las Causas del Accidente Mortal N° 023-2013-MINEC/AM, elaborado por la Supervisora Externa, durante la supervisión realizada en la Unidad Minera "Ferrobamba" de titularidad de LAS BAMBAS con fecha del 8 al 9 de diciembre de 2013, se efectuó una visita de supervisión a efectos de investigar el accidente mortal del señor Edgar Huanca Huillca ocurrido el 5 de diciembre de 2013. En dicha supervisión se detectaron diversos incumplimientos al RSSO a cargo de LAS BAMBAS, razón por la que mediante el Oficio N° 963-2015 notificado el 20 de mayo de 2015 se le inició el presente procedimiento administrativo sancionador por infringir el literal m) del artículo 38°, el literal c) del artículo 38° y el literal m) del artículo 26° del RSSO. (Subrayado es nuestro)

Acorde con lo señalado, queda claro que los ilícitos administrativos aludidos se consumaron antes del 28 de julio de 2016, fecha en que entró en vigencia el Decreto Supremo N° 024-2016-EM, razón por la cual esta última disposición no es aplicable. (Subrayado es nuestro)

Para mayor abundamiento, corresponde indicar que por disposición del Principio de Legalidad previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. 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 conferidas²⁰.

Por ende, considerando que los hechos constitutivos de la infracción se verificaron durante la supervisión realizada los días 8 y 9 de diciembre de 2013, esto es, cuando las disposiciones previstas en el RSSO, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM, se encontraban plenamente vigentes y, por tanto, exigibles a los administrados; correspondía a OSINERGMIN iniciar el presente procedimiento administrativo sancionador y aplicar la sanción respectiva una vez acreditada la responsabilidad de LAS BAMBAS, como ocurrió en el presente caso.

De acuerdo a lo expuesto, se concluye que el regulador actuó de acuerdo a la regulación vigente a la fecha en que ocurrieron los hechos materia de sanción, correspondiendo desestimar lo alegado por la impugnante sobre este extremo.

Respecto a la falta de competencia de OSINERGMIN para investigar accidentes mortales

12. En cuanto a lo sostenido en el literal b) del numeral 2 de la presente resolución, se debe señalar que de conformidad con el Principio de Debido Procedimiento establecido el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, los administrados gozan de todos los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo, que comprenden los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.²¹ (Subrayado es nuestro)

²⁰ T.U.O. de la Ley N° 27444

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho 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.

²¹ T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...)

Por su parte, los artículos 70° y 74° 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, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan, por lo que su ejercicio es una obligación directa del órgano administrativo que la tiene atribuida como propia²².



Ahora bien, mediante la Ley N° 28964, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 24 de enero de 2007, se transfirieron al 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 referidos a aspectos de seguridad e higiene minera²³.



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 el 20 agosto de 2011, se dispuso la transferencia de competencias de fiscalización de las actividades mineras previstas en la Ley N° 28964, de OSINERGMIN al MTPE y; asimismo, la derogación de la referida ley²⁴.

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 (OSINERGMIN), 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 ámbito²⁵.

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

²² T.U.O. de la Ley N° 27444

Artículo 70.- Fuente de competencia administrativa

70.1 La competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan.

Artículo 74.- Ejercicio de la competencia

74.1 El ejercicio de la competencia es una obligación directa del órgano administrativo que la tenga atribuida como propia, salvo el cambio de competencia por motivos de delegación o evocación, según lo previsto en esta Ley.

²³ Ley N° 28964

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

Transfíranse 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. (...)

²⁴ Ley N° 29783

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

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 Osinerg, 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 Osinerg, del 24 de enero de 2007.

²⁵ 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

Precísese 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, por medio del artículo 3° y la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29901, se estableció que OSINERGMIN es competente para supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas, entre otros, 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 del OSINERGMIN²⁶.

En ese sentido, para la fecha en la que se supervisó el accidente materia del presente procedimiento, ya se encontraba vigente la norma de precisión en la que claramente se establecía que OSINERGMIN mantenía las competencias en seguridad de la infraestructura del ámbito minero; lo que abarca la gestión de la seguridad como sería la de los procedimientos de supervisión y el control de los riesgos originados por condiciones o actos subestándares.

Para corroborar lo antes descrito, se aprobó mediante el Decreto Supremo N° 088-2013-PCM, publicado con fecha 10 de agosto de 2013, el listado de funciones técnicas del OSINERGMIN, 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 reglamentaria²⁷ (subrayado agregado).

En el presente caso, las infracciones imputadas a LAS BAMBAS involucran lo siguiente:

- El literal c) del artículo 38° del RSSO es una disposición legal por la cual el titular minero debe instruir y verificar que los trabajadores conozcan y cumplan con los estándares y PETS y usen adecuadamente el equipo de protección personal apropiado para cada tarea.
- El literal m) del artículo 38° del RSSO es obligación del supervisor (ingeniero o técnico) imponer la presencia permanente de un supervisor (ingeniero o técnico) en las labores mineras de alto riesgo.

Asimismo, entiéndase que la derogación de la Ley 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinerg, 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.

²⁶ Ley N° 29901

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

En concordancia con las precisiones establecidas en el artículo 2, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin) 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 (Osinergmin)

En un plazo no mayor a sesenta días, a propuesta del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin) 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.

²⁷ 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 (...) (Subrayado agregado)

Anexo 2

SECTOR MINERO

Funciones Técnicas

(...) 6. Supervisar y fiscalizar, en el ámbito de su competencia, el incumplimiento de:

- Obligaciones sobre seguridad de las actividades mineras.

- Disposiciones legales y normas técnicas de las actividades mineras, relacionadas con la gestión de la seguridad de la infraestructura, sus instalaciones, y de sus operaciones. (Subrayado agregado)

RESOLUCIÓN N° 087-2018-OS/TASTEM-S2

- El literal m) del artículo 26° del RSSO dispone que es obligación del titular minero controlar en forma oportuna los riesgos originados por condiciones o actos sub-estándar reportados por su personal, los fiscalizadores, por el Comité de Seguridad y Salud Ocupacional Minera, por los funcionarios de OSINERGMIN, por los funcionarios del Gobierno Regional, de ser el caso.



En ese sentido, se advierte que las obligaciones dispuestas en los artículos antes citados, desarrollan medidas vinculadas a la gestión de la seguridad en el desarrollo de las operaciones mineras, ámbito respecto del cual OSINERGMIN sí tiene competencias conforme al marco legal antes citado.

Por lo tanto, contrariamente a lo sostenido por la apelante, sí había un respaldo normativo que establecía las competencias de OSINERGMIN para ejercer su función técnica de supervisión y fiscalización de las disposiciones legales relativas a la seguridad de las operaciones mineras; en ese sentido, la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador y los pronunciamientos emitidos dentro del mismo se han realizado de conformidad con el Principio de Legalidad y las funciones atribuidas.



No obstante ello, LAS BAMBAS refiere que a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 29783, el regulador sólo cuenta con competencias para fiscalizar la seguridad de la infraestructura; por lo que se habría atribuirse competencias sobre aspectos vinculados a la gestión de la seguridad de los trabajadores, lo cual corresponde al MTPE.

Sobre el particular, conviene resaltar que la apelante incurre en error al afirmar que el OSINERGMIN sólo cuenta con competencias para supervisar y fiscalizar la seguridad de la infraestructura, dado que como se expuso anteriormente, el artículo 3° de la Ley N° 29901, al precisar las competencias de este Organismo Regulador para supervisar y fiscalizar, estableció claramente que también le corresponde la supervisión y fiscalización de las disposiciones legales y técnicas y la seguridad de la infraestructura de la actividad minera.

Es así que, a través del artículo 2° del Decreto Supremo N° 088-2013-PCM, se acotó que tales disposiciones legales y técnicas del sector no sólo involucraban aquellas referidas a la seguridad de la infraestructura; sino también a las instalaciones y la gestión de la seguridad de las operaciones.

Confirmando lo anterior, en el numeral 48 del Rubro II.5 de la Consulta Jurídica N° 002-2012-JUS-DNAJ de fecha 06 de enero de 2012, expedida por la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia, sobre los alcances de la transferencia de competencias dispuesta por la Ley N° 29783, la aludida entidad concluyó, entre otros, que sólo se transfirieron al MTPE las funciones de supervisión y fiscalización sobre disposiciones en seguridad y salud en el trabajo; por lo que OSINERGMIN conservó aquellas vinculadas a las disposiciones en seguridad de la actividad minera, dejando claro que sus competencias no estaban referidas únicamente a la seguridad de la infraestructura²⁸.

²⁸ 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://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2007/Enero/24/CJ-002-2012-JUS-DNAJ.pdf>

^{II.5} A manera de síntesis: las competencias del OSINERGMIN (...)

48. Finalmente, mediante Ley N° 29783, se ha transferido las competencias de fiscalización en materia de seguridad y salud en el Trabajo del OSINERGMIN hacia el MINTRA, tal como se muestra en el gráfico siguiente:



Sobre la supuesta infracción al literal m) del artículo 38º del RSSO

- “Artículo 38°.- Es obligación del supervisor (ingeniero o técnico): (...)
m. Imponer la presencia permanente de un supervisor (ingeniero o técnico) en las labores mineras de alto riesgo, de acuerdo a la evaluación de riesgos. (...)”*

Adicionalmente, el artículo 33° del RSSO establece que se el titular de la actividad minera deberá elaborar e implementar sus respectivos reglamentos internos de trabajo, estándares y PETS para cada uno de los procesos de la actividad minera que desarrollan, poniendo énfasis en las labores de alto riesgo, tales como: trabajos en altura, piques, chimeneas, espacios confinados, trabajos en caliente, sostenimiento, voladuras, jaulas, entre otros. (Subrayado agregado)



Artículo 1.- El presente reglamento tiene como objetivo prevenir la ocurrencia de incidentes, accidentes y enfermedades ocupacionales, promoviendo una cultura de prevención de riesgos laborales en la actividad minera. Para ello cuenta con la participación de los trabajadores, empleadores y el Estado, quienes velarán por su promoción, difusión y cumplimiento.

Artículo 6.- El presente reglamento tiene por finalidad fijar normas para:

- 24

Bajo este marco legal, OSINERGMIN, en ejercicio de sus funciones, los días 8 y 9 de diciembre de 2013 realizó una visita de supervisión especial en la unidad minera "Ferrobamba", con ocasión del accidente mortal del trabajador Edgar Huanca Huillca, conforme se aprecia del Informe de Supervisión, obrante de fojas 64 a 211 del expediente.

De acuerdo a dicha supervisión y tal como fue expuesto en la resolución impugnada, la infracción imputada se determinó en función a lo siguiente:

- i) En el Acta de Cierre de Supervisión que obra a fojas 88 del expediente se indica como recomendación:

"En la construcción de la tolva de bolas del molino de bolas, imponer la presencia permanente de un supervisor (ingeniero o técnico) en las labores de alto riesgo (...)"

- ii) En los documentos Análisis de Seguridad en el Trabajo y Tarjeta STARRT que obran de fojas 140 a 143 del expediente, se verifica que el señor Manuel Ponce era el Capataz designado para el trabajo de colocación de acero de refuerzo en los muros 1, 3, 4 y 6.

- iii) En las manifestaciones de los siguientes trabajadores:

- Declaración del señor Glober Cáceres Quispe, que obra a fojas 115 del expediente, quien se desempeñaba como Operario Fierro de G y M. Ante la pregunta: *"¿Cómo es el trato de los supervisores?"*, respondió: *"(...) a cargo de la supervisión estaba Manuel Ponce (...)"* (Subrayado agregado)
- Declaración del señor Mauro Llantoy, que obra a fojas 122 vuelta del expediente, quien se desempeñaba como Jefe de Grupo de G y M. ante la pregunta: *"¿Qué orden o instructivo le dio su supervisor inmediato?"*, respondió: *"Coordiné con mi capataz Manolo los trabajos a realizar"*.
- Declaración del señor Manuel Ponce Ventura, que obra a fojas 124 del expediente, quien se desempeñaba como Capataz Fierro de G y M. ante la pregunta: *"Explique cómo sucedieron los hechos"*, respondió: *"Yo Manuel Ponce en el momento del incidente me encontraba en el túnel 1, en el desencofrado de friso de la losa de techo. Estábamos trabajando con la grúa torre (...), luego subí hacia la parte alta del túnel, cuando de repente escuché un fuerte sonido en el tolva de bolas y me acerqué de inmediato al lugar y encontré la malla de acero en el piso y uno de mis compañeros accidentado al pie del talud."*³⁰ (Subrayado agregado)

Lo indicado líneas arriba por la GSM, advierte que el Capataz Manuel Ponce Ventura, era el encargado de la supervisión, durante la ejecución de la labor en altura (alto riesgo)³¹ para la colocación de acero de refuerzo en el muro 3 de la tolva del almacén de bolas del molino de molas el día 5 de diciembre de 2013 (fecha que ocurrió el accidente mortal). En ese sentido, era responsabilidad de la titular minera garantizar su presencia permanente en el área durante el desarrollo de los trabajos, a efectos de verificar que estos se llevaran a cabo en condiciones de seguridad.

³⁰ Se ha corregido los errores ortográficos consignados en la manifestación.

³¹ RSSO

"Definición de Términos

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

Trabajo de Alto Riesgo

Aquella tarea cuya realización implica un alto potencial de daño grave a la salud o muerte del trabajador. La relación de actividades calificadas como de alto riesgo será establecida por el titular minero y por la autoridad minera. (...)."

RESOLUCIÓN N° 087-2018-OS/TASTEM-S2

Sin embargo, ha quedado demostrado por la propia declaración del citado supervisor, que en el momento que ocurrió el accidente se encontraba en el túnel 1, por lo que no estaba supervisando el trabajo en altura de colocación de acero de refuerzo en el muro 3 de la tolva del almacén de bolas del molino de bolas que realizaba el trabajador accidentado, incumpliendo lo exigido en el literal m) del artículo 38° del RSSO.

Adicionalmente, corresponde señalar que no es suficiente la designación de un supervisor, pues es responsabilidad del titular de la actividad minera gestionar de manera eficiente las labores planificadas a fin que aquellas consideradas de alto riesgo, como los trabajos en altura, cuenten con un supervisor permanente, durante el inicio y hasta la culminación de las mismas. Asimismo, conforme ha sido precisado por la GSM en la resolución impugnada, la responsabilidad administrativa del titular minero no se elude ni disminuye por el incumplimiento contractual de las empresas que le presten servicios, pues existe siempre el deber de vigilancia en su calidad de titular minero, que lo hace responsable ante los resultados de una actividad riesgosa, que en el presente caso tuvo una consecuencia mortal.

En consecuencia, encontrándose acreditados los hechos imputados a título de infracción en función al contenido del Informe de Supervisión y demás documentos que lo integran, los cuales constituyen medios probatorios dentro del presente procedimiento administrativo sancionador; 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 LAS BAMBAS 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 ocurrió³².

Por lo tanto, en virtud de lo expuesto en los párrafos precedentes, se debe desestimar este extremo del recurso de apelación.

En cuanto a la supuesta infracción al literal c) del artículo 38° del RSSO

14. Respecto a lo argumentado en el literal d) del numeral 2 de la presente resolución, se debe reiterar que la responsabilidad administrativa del titular minero no se elude ni disminuye por el incumplimiento contractual de las empresas que le presten servicios, pues existe siempre el deber de vigilancia en su calidad de titular minero, que lo hace responsable ante los resultados de una actividad riesgosa, que en el presente caso tuvo una consecuencia mortal.

Asimismo, conforme fue precisado en la resolución impugnada, es deber jurídico del titular de la actividad minera el cumplimiento efectivo de las disposiciones sobre seguridad para la prevención de riesgos conforme el RSSO, lo cual no puede ser traslado al trabajador; en ese sentido, su responsabilidad no se exime o disminuye ante el incumplimiento de sus trabajadores, toda vez que no es materia del presente procedimiento administrativo sancionador el pronunciamiento sobre aspectos de naturaleza civil.

De otro lado, si bien la recurrente refiere contar con profesionales supervisores, es importante precisar que el trabajo que éstos realizan debe incidir directamente en la verificación del cumplimiento de los PETS y estándares de las labores encomendadas a los trabajadores, pues de nada serviría que LAS BAMBAS cuente con profesional técnico especializado si su trabajo no

³² 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.

garantiza la realización de actividades mineras seguras y evita la ocurrencia de accidentes.

Por lo expuesto, corresponde declarar infundado este extremo del recurso de apelación.

Con relación a la supuesta infracción al literal m) del artículo 26° del RSO

15. Sobre lo expuesto en el literal e) del numeral 2 de la presente resolución, cabe manifestar que la obligación cuyo incumplimiento se imputa a LAS BAMBAS dispone lo siguiente:

"Artículo 26°:

Son obligaciones generales del titular minero:

(...)

m) Controlar en forma oportuna los riesgos originados por condiciones o actos sub- estándar reportados por su personal, los fiscalizadores, por el Comité de Seguridad y Salud Ocupacional Minera, por los funcionarios de OSINERGMIN, por los funcionarios del Gobierno Regional, de ser el caso."

Conforme se desprende del artículo antes citado, es necesario el reporte previo a fin que el titular minero adopte las medidas de seguridad necesarias para controlar en forma oportuna los riesgos originados por condiciones o actos sub-estándar.

En este caso, de acuerdo a lo constatado por la Supervisora Externa, durante la visita de supervisión realizada los días 8 y 9 de diciembre de 2013, la primera instancia pudo determinar la comisión de la infracción al literal m) del artículo 26° del RSO, toda vez que en el "Análisis de Seguridad en el Trabajo" elaborado por los trabajadores el día 5 de diciembre de 2013 (fecha del accidente mortal), obrante a fojas 141 del expediente, se identifica el peligro de caída del muro M-3 y se solicita como control asegurar el muro con acero diagonal; también se identifica el peligro de lluvia, vientos o tormenta eléctrica.

Cabe señalar que dicho documento fue suscrito por el trabajador accidentado, por lo que sí existe un reporte previo realizado por los trabajadores a través del cual se comunicó una condición sub-estándar que ameritaba ser controlada considerando los trabajos que habían sido programados dicho día. Sin embargo, en este caso, además de no asegurar el anclaje, se implementó una plataforma entre los fierros, usándolos como soporte, para que los trabajadores realicen amarres internos, lo que aumentó la carga que podía soportar el anclaje y finalmente cedió.

Esta situación se corrobora con la declaración del supervisor Manuel Ponce Ventura, quien en su declaración obrante a fojas 111 del expediente, manifestó que: *"dos días antes el muro ya estaba parado, por la lluvia pienso que la estaca de anclaje (cáncamo) que sujeta el diagonal se debilitó y se salió la estaca (...)"*.

Por lo tanto, contrariamente a lo sostenido por LAS BAMBAS en el "Análisis de Seguridad en el Trabajo", sí se reportó la condición subestándar, lo cual no generó una respuesta de control ni medida de seguridad alguna por parte del titular de la actividad minera, toda vez que a la fecha de la visita de supervisión no se informó al respecto.

De otro lado, cabe manifestar que en caso de determinarse su responsabilidad en el ilícito administrativo imputado, el órgano sancionador tendrá en cuenta los criterios de gradualidad previstos en la Resolución de Gerencia General N° 035, los cuales se sustentan en aquellos establecidos en el Principio de Razonabilidad dispuesto en el numeral 3 del artículo 230° de la

Ley N° 27444.

En efecto, conforme lo señalado en la resolución impugnada, en la Resolución de Gerencia General N° 035 se detallan los criterios de gradualidad, tales como, las circunstancias de la comisión de la infracción donde se evalúa la actuación del infractor por regularizar la situación de incumplimiento que le ha sido imputado; la reincidencia, considerando si en el año anterior el administrado ha sido sancionado por lo menos una vez mediante resolución firme y consentida respecto a la infracción imputada; así como, la gravedad del daño al interés público y el beneficio ilegalmente obtenido.

Por lo tanto, en virtud de lo expuesto en los párrafos precedentes se debe desestimar este extremo del recurso de apelación.

En cuanto al cálculo de la multa

16. Respecto a lo señalado en los literales f) al h) del numeral 2 de la presente resolución, se debe indicar que el Principio de Razonabilidad regulado en el numeral 3 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, indica que 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 graduación³³:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido
- b) La probabilidad de detección
- c) El perjuicio económico causado
- d) La reincidencia
- e) Las circunstancias de la comisión de la infracción
- f) El beneficio ilegalmente obtenido
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor

Sobre el particular, Morón Urbina (2009) sostiene que la determinación y graduación de las sanciones administrativas aplicables al interior de los procedimientos administrativos sancionadores, bajo determinados parámetros claramente definidos por el Principio de Razonabilidad, se encuentra dentro del ámbito de la potestad discrecional con que cuenta la administración para individualizar, en un caso específico, la consecuencia jurídica aplicable una vez verificada la comisión de la infracción administrativa³⁴.

³³ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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.

³⁴ En efecto, sobre la aplicación del Principio de Razonabilidad, el referido jurista nacional explica lo siguiente:

"(...) cuando la ley autoriza a una autoridad pública la aplicación de sanciones administrativas le apodera de una competencia marcadamente discrecional que se trasunta en el margen de apreciación subjetiva que tiene para poder tipificar la conducta incurrida, en determinar las pruebas necesarias, en la valoración

RESOLUCIÓN N° 087-2018-OS/TASTEM-S2

Junto a lo anterior, conviene agregar que el Principio de Tipicidad, contemplado en el numeral 4 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, reconoce a favor de las entidades de la Administración Pública con funciones normativas y sancionadoras, la potestad de emitir disposiciones reglamentarias dirigidas a determinar las sanciones aplicables.

Por tal motivo, el numeral 13.4 del artículo 13° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD, aplicable al presente caso y que tuvo como antecedente el mismo artículo contenido en el derogado Reglamento aprobado por Resolución N° 233-2009-OS/CD; estableció que la Gerencia General se encontraba facultada a aprobar criterios específicos a ser tomados en cuenta por el órgano sancionador para la aplicación de la Escala de Multas y Sanciones, los cuales serán publicados en el diario oficial El Peruano⁽³⁵⁾(³⁶).

Es así que, mediante Resolución N° 035, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 3 de febrero de 2011, se aprobaron los criterios específicos para la aplicación de las sanciones contenidas en el Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras, aprobado por Resolución N° 286-2010-OS/CD.

Posteriormente, a través del Anexo I de la Resolución N° 256-2013-OS/GG, publicada con fecha 23 de noviembre de 2013, se definieron los valores correspondientes al factor probabilidad de detección aplicables en el marco de la determinación y graduación de multas realizadas en función a los criterios aprobados por Resolución N° 035.

Acorde con lo anterior, el marco legal aplicable para la determinación y graduación de 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 del OSINERGMIN.

En atención a ello, en la parte introductoria del Anexo N° 1 de la resolución impugnada se precisó que el cálculo de la multa se realizó en función a la siguiente fórmula:

de las circunstancias agravantes y atenuantes alrededor de la infracción y en la elección de la sanción a aplicarse, dentro del catálogo de sanciones habilitadas por la normativa (...)

Recordemos que las normas sancionadoras suelen calificar que un determinado ilícito sea pasible de aplicarse una sanción determinada (por Ej. Multa o suspensión de derechos) pero delimita sus posibles alcances estableciendo rangos mínimos y máximos para cada tipo de infracción (...) con estos rangos dosifica los mínimos y máximos punitivos, según se trate de infracciones leves, graves y más graves. No obstante, dentro de estos linderos, la Administración preserva un nivel de discrecionalidad para elegir la cuantía de la sanción aplicable (...)"

(Subrayado agregado)

MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador". Lima: Gaceta Jurídica, Octava Edición, 2009. Páginas 693 a 696.

³⁵ Resolución N° 233-2009-OS/CD.

Artículo 13.- Montos Máximos y Gradualidad de la Sanción

13.4 La Gerencia General podrá aprobar criterios específicos que serán tomados en cuenta por el órgano sancionador para la aplicación de la Escala de Multas y Sanciones, los cuales serán publicados en el Diario Oficial El Peruano.

Resolución N° 272-2012-OS/CD.

Artículo 13.- Montos Máximos y Gradualidad de la Sanción. (...)

13.4. La Gerencia General podrá aprobar criterios específicos a ser tomados en cuenta por el órgano sancionador para la aplicación de la Escala de Multas y Sanciones, los cuales serán publicados en el diario oficial El Peruano.

³⁶ Se hace referencia al Reglamento aprobado por Resolución N° 233-2009-OS/CD, debido a que si bien el reglamento sancionador aplicable al presente caso es el aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD; aquél se encontraba vigente a la fecha en que se aprobaron los criterios específicos previstos en la Resolución N° 352.

$$M_{\text{ex-ante}} = \left(\frac{B}{p} \right) * A$$

Donde “B” es igual al beneficio ilegalmente obtenido, “p” corresponde a la probabilidad de detección y “A” representa los factores agravantes y atenuantes.

En este contexto, es preciso acotar que LAS BAMBAS sólo ha cuestionado aspectos relacionados a los factores “B” y “A”; razón por la cual, en aplicación del Principio de Congruencia Procesal, este Tribunal Administrativo sólo emitirá pronunciamiento sobre dichos aspectos³⁷.

Así pues, respecto al beneficio ilegalmente obtenido la apelante indica que el número de profesionales considerados para la elaboración de los estándares, PETS y Plan de preparación y respuesta para emergencias es desproporcionado y no se ajusta a la dimensión de su proyecto minero.

Al respecto, conviene anotar que según el literal e) del rubro II de los criterios aprobados por Resolución de Gerencia General N° 035, el factor “B” debe incluir los “costos evitados”, que se relacionan con la postergación (costo postergado) u omisión de las inversiones (costos evitados en sentido estricto) destinadas a garantizar las condiciones de seguridad de las operaciones mineras; y/o el “beneficio ilícito”, esto es, la utilidad generada como consecuencia del incumplimiento.

De esta manera, para la estimación del factor en mención deben considerarse los costos de todos los recursos (humanos y materiales) necesarios para garantizar la vigencia y observancia de las normas de seguridad, esto es, mediante el desarrollo de un escenario de cumplimiento que identifique el flujo esperado del costo de ejecutar la obligación en la forma, modo y/o oportunidad establecidas (costos evitados y postergados); así como la utilidad o ventaja económica producida a favor del infractor por la comisión de la infracción (beneficio ilícito).

Ahora bien, de la revisión del Anexo de la resolución recurrida se desprende que la GSM calculó el factor “B” considerando únicamente los costos evitados y postergados vinculados a las infracciones sancionadas, excluyendo la utilidad o beneficio ilícito derivado del mismo, razón por la cual no se hará referencia a este último en lo posterior.

Dicho ello, conviene anotar que de la revisión del numeral 1 del Anexo de la resolución de sanción se advierte que para la estimación de los costos evitados y postergados se consideró lo siguiente:

³⁷ En atención al Principio de Congruencia Procesal, que forma parte del Principio de Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, los pronunciamientos de las entidades deben guardar relación con aquello que es materia de controversia dentro del procedimiento.

Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Título Preliminar

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

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

A mayor abundamiento, el Principio de Congruencia se encuentra reconocido, a su vez, en el artículo VII del Título Preliminar y numeral 6 del artículo 50° del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, aplicable de manera supletoria de conformidad con su Primera Disposición Final.

RESOLUCIÓN N° 087-2018-OS/TASTEM-S2

- Para la infracción al literal m) del artículo 38° del RSSO: Se utilizó la metodología de costo evitado debido a que este representa el costo no incurrido en la participación del especialista encargado que realice una supervisión permanente en las labores de alto riesgo.

En ese sentido, bajo un escenario de cumplimiento se consideró la participación de un Capataz, quien es responsable de verificar permanentemente que las actividades de alto riesgo, como la colocación de acero de refuerzo en el muro tolva del almacén de bolas (trabajos en altura), se desarrollen en cumplimiento del RSSO.

- Para la infracción al literal c) del artículo 38° del RSSO: Se utilizó la metodología del costo evitado debido a que este representa el costo no incurrido en la participación de los especialistas que garanticen la verificación del cumplimiento de los PETS en lo relativo a la habilitación de andamios, así como la realización del listado de chequeo de construcción de elementos de concreto armado en el área de la tolva de bolas para los molinos de bolas.

Por lo tanto, bajo un escenario de cumplimiento, se ha considerado la participación de un Capataz y un Ingeniero de Seguridad, el primero es el encargado de verificar las labores operativas de acuerdo a los estándares y procedimientos, según las coordinaciones realizadas en el reparto de guardia, en tanto que el segundo es responsable de verificar los aspectos vinculados a la seguridad de las operaciones, específicamente, el cumplimiento de los numerales 6.1 y 6.3.4 inciso j) del PETS "Preparación y colocación de acero de refuerzo".

Además, para el cumplimiento del citado procedimiento en el muro 3 de la tolva del almacén de bolas del molino de bolas, se considera el costo de la habilitación de andamios en todo el perímetro de la estructura de acero (se costó el alquiler de los andamios y accesorios y la mano de obra necesaria para el armado de los andamios en todo el perímetro de la estructura de acero.

- En la infracción al literal m) del artículo 26° del RSSO: Se utilizó la metodología del costo evitado debido a que este proviene del costo no incurrido en la participación de los especialistas que garanticen el control oportuno de las condiciones sub estándares.

Bajo un escenario de cumplimiento se consideró la participación de un Ingeniero de Seguridad, responsable de verificar los aspectos relacionados con la seguridad de las operaciones, cumplimiento de los estándares y PETS durante la construcción de muros de aceros, en específico gestionar un control oportuno de la condición sub-estándar identificada en el talud. Asimismo, se requiere de un Ingeniero Civil responsable de dirigir el planeamiento, construcción del canal de coronación como control de los riesgos producidos por el suelo erosionado.

Asimismo, se consideró el costo postergado en relación a las actividades de control sobre el riesgo de desplome, por lo que se tomó en cuenta la implementación efectuada por LAS BAMBAS de un canal de coronación que permita el drenaje en el Sector Tolva de Almacenamiento de bolas para el molino de bolas.³⁸

No obstante, LAS BAMBAS sostiene que no debió incluirse la contratación de dichos especialistas encargados, así como la mano de obra, debido a que sí contaba con dicho personal al momento del accidente.

Al respecto, corresponde reiterar que de acuerdo a la Resolución de Gerencia General N° 035, los costos evitados y postergados involucran aquellas inversiones que el titular minero no realizó en su oportunidad para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de seguridad a su cargo; lo que significa que éstos deben incluir todas las actividades (labores o trabajos), elementos materiales (insumos, herramientas, equipos, etc.) y personales (trabajadores) necesarios que

³⁸ Se consideró las medidas realizadas por la recurrente para regularizar la situación de incumplimiento, por lo se tomó en cuenta para el cálculo de la sanción el periodo transcurrido desde la fecha del accidente mortal (5 de diciembre de 2013) hasta la fecha que implementó el canal de coronación (6 de febrero de 2014).

adecuar su comportamiento al RSSO, esto es, aquellos costos que contribuyan y representen el cumplimiento de dicha norma.

En este contexto, queda acreditado que la GSM cumplió con motivar todos los conceptos considerados para la valorización del factor "B" para cada ilícito administrativo; a lo que se debe agregar que dicho costeo se realizó utilizando como insumo información objetiva de mercado, así como de carácter legal.

Por otra parte, en cuanto al factor de ajuste del periodo transcurrido entre la ocurrencia del accidente y la aprobación del PETS ("Preparación y colocación de acero de refuerzo"), cabe señalar que conforme ha sido expuesto en el Anexo de la resolución impugnada, dicho factor corresponde al periodo transcurrido desde que se aprobó el PETS "Preparación y colocación de acero de refuerzo" que fue el 13 de mayo de 2013, hasta la fecha en que ocurrió el accidente (6.87 meses), el cual fue utilizado para valorizar la labor de los especialistas encargados (Capataz de Construcción e Ingeniero de Seguridad), esto es, con el propósito de establecer un límite temporal a unas funciones que son de tipo permanente, plazo que resulta objetivo y no desproporcionado.

Por lo tanto, el cálculo de las sanciones no fue determinado de manera arbitraria, ello queda desvirtuado en función a la fundamentación utilizada para justificar la inclusión de cada uno de los recursos humanos y materiales anteriormente descritos, a lo que se debe agregar que LAS BAMBAS tampoco ha explicado las razones, ni presentado medio probatorio alguno que sustenten desde el punto de vista técnico o legal la existencia de una supuesta arbitrariedad.

Junto a lo anterior, es preciso reiterar que la determinación del escenario de cumplimiento y, con ello, la cantidad de recursos a ser valorizados bajo las metodologías de costos evitados y/o postergados como parte del factor "B", tampoco es de carácter arbitrario; sino que se apoya en la propia norma incumplida, en este caso los literales c), m) del artículo 38° y del literal m) del artículo 26° del RSSO; toda vez que son tales disposiciones las que definen las prestaciones que debieron ser ejecutadas por parte del agente infractor.

Por tal motivo, la cantidad y tipo de recursos a costear dependen de lo exigido por la regulación en materia de seguridad; lo que habilita a OSINERGMIN, en su condición de autoridad supervisora y fiscalizadora, la determinación de los medios necesarios para garantizar su cumplimiento.

Asimismo, cabe precisar que las obligaciones al RSSO antes descritas fueron imputadas como incumplimientos al momento en que se notificó el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, conforme se desprende del Oficio N° 963-2015 remitido a LAS BAMBAS el 20 de mayo de 2015; por lo que esta tuvo conocimiento de las conductas imputadas, la base legal normativa infringida y las posibles sanciones a imponerse en caso de determinarse su responsabilidad administrativa. Tal es así, que mediante los escritos del 15 de junio de 2015 y 18 de julio de 2016, presentó su escrito de descargos a los incumplimientos atribuido a título de infracción y solicitó se le conceda audiencia para informe oral, el cual se llevó a cabo el 23 de marzo de 2016, conforme se observa del documento que obra a fojas 516 del expediente.

En ese sentido, se debe desestimar lo alegado por LAS BAMBAS en estos extremos del recurso de apelación.



Sobre la vulneración de los Principios de Tipicidad, Verdad Material, Razonabilidad, Causalidad, Concurso de Infracciones y la Prohibición de Reforma en Peor



17. Con relación a lo manifestado en los literales i) al o) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar de acuerdo a los argumentos expuestos en el numeral 13 de la presente resolución, de acuerdo a los medios probatorios actuados en el presente en este procedimiento administrativo sancionador, ha quedado acreditado debidamente demostrado que en el momento que ocurrió el accidente, el supervisor se encontraba en el túnel 1, por lo que no estaba supervisando el trabajo en altura (Labor de alto riesgo) de colocación de acero de refuerzo en el muro 3 de la tolva del almacén de bolas del molino de bolas que realizaba el trabajador accidentado.

En el presente procedimiento, se ha llevado a cabo una actividad probatoria suficiente que permite desvirtuar la presunción de inocencia de la cual goza todo imputado, además, la conducta imputada coincide con el supuesto de hecho contemplado en el literal m) del artículo 38° del RSSO, por lo que no se ha vulnerado los Principios de Verdad Material y Tipicidad como alega LAS BAMBAS.



Asimismo, se debe señalar que para la determinación de las sanciones por los incumplimientos al literal c), m) del artículo 38° y literal m) del artículo 26° del RSSO, el órgano sancionador ha tenido en consideración los criterios de gradualidad previstos en la Resolución de Gerencia General N° 035, los cuales se sustentan en aquellos establecidos en el Principio de Razonabilidad dispuesto en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, modificado por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el numeral 3 del artículo 246° del T.U.O de la Ley N° 27444, lo cual puede observarse de lo consignado en los numerales 5.1, 5.2 y 5.3 de la resolución de sanción y en su Anexo (Metodología de Cálculo de la Multa).

En cuanto al Principio de Causalidad, este dispone que la responsabilidad recaerá en quien no cumplió la norma que fundamenta la imputación de la infracción, en este caso LAS BAMBAS. Además, el artículo 3° del RSSO dispone que dicho reglamento es de aplicación a toda persona natural o jurídica, pública o privada, que realiza actividades mineras y actividades conexas con personal propio o de terceros, las que están obligadas a dar cumplimiento a todas sus disposiciones³⁹.

Adicionalmente, en virtud de lo dispuesto en el numeral 23.2 del artículo 23° del RSFS, la responsabilidad administrativa por el incumplimiento de las obligaciones bajo competencia de OSINERGMIN recae únicamente sobre el agente supervisado, en el presente caso, LAS BAMBAS en su calidad de titular de la unidad minera "Ferrobamba", lugar donde ocurrió el accidente mortal y se produjeron los hechos materia de infracción.

Respecto a la aplicación del Principio de Concurso de Infracciones, dicho argumento ya ha sido desvirtuado en la resolución impugnada, en la que se indicó que las imputaciones planteadas en el presente procedimiento administrativo sancionador son distintas. En efecto, la primera imputación, está referida a no realizar una supervisión permanente durante la labor en altura, la cual difiere de la segunda imputación que está relacionada con la supervisión de ciertos aspectos del PETS "Preparación y colocación de acero de refuerzo" respecto a acciones previas al desarrollo de la labor (condiciones de seguridad) y no durante la ejecución de la misma. La

³⁹ RSSO

Artículo 3°. - El alcance de este reglamento es de aplicación a toda persona natural o jurídica, pública o privada, que realice actividades mineras y actividades conexas con personal propio o de terceros; las que están obligadas a dar cumplimiento a todas sus disposiciones.

tercera imputación, está vinculada a una medida de control ante un riesgo reportado, lo cual genera una acción distinta a las antes mencionadas. (Subrayado agregado)

En ese sentido, se trata de tres conductas diferentes que constituyen infracciones distintas y como consecuencia sanciones independientes, y no como sostiene LAS BAMBAS que es un mismo hecho que califica como más de una infracción.

Igualmente, es importante señalar que el pronunciamiento de este Tribunal ha respetado lo establecido en los numerales 237.1 y 237.3 del artículo 237° de la Ley N° 27444, revisando los hechos que han sido materia de imputación y cuestionamiento desde el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, respecto de los cuales LAS BAMBAS ha tenido la posibilidad de ejercer adecuadamente su derecho de defensa y no generando una situación de reforma en peor para LAS BAMBAS, toda vez que conforme ya ha sido expuesto, en su calidad de titular de la concesión minera siempre será responsable de cumplir las obligaciones que le exige la normativa del sector, así como por los incumplimientos a esta que sean detectadas en su unidad minera.

En consecuencia, se concluye la resolución recurrida, fue emitida en estricto cumplimiento de las garantías al debido procedimiento que le asisten a la administrada, por lo que no existe vicio alguno que cause su nulidad, debiendo declararse infundado este extremo del recurso de apelación.

Sobre las medidas implementadas con posterioridad a la ocurrencia del accidente mortal

18. Con relación a lo manifestado en el literal b) del numeral 7 de la presente resolución, cabe señalar que de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 15.3 del artículo 15° del RSFS⁴⁰, los incumplimientos relacionados con la generación de accidentes no son pasibles de subsanación, por lo que no procede el eximente de responsabilidad. No obstante, las medidas realizadas a fin de regularizar la situación de incumplimiento correctivas realizadas de manera posterior a la ocurrencia del accidente sí fueron consideradas en el cálculo de la multa, pues de acuerdo a los numerales 5.1, 5.2 y 5.3 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.

Sin perjuicio de lo expuesto, se debe indicar que los artículos 51°, 103° y 109° de la Constitución Política de 1993⁴¹, disponen que el cumplimiento de las normas son de carácter obligatorio desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial; en ese sentido, las normas del sector minería, desde que entran en vigencia vinculan a toda persona natural o jurídica, pública o privada, que realice actividades mineras; las que están obligadas a dar cumplimiento a todas sus disposiciones, entre las que se encuentra LAS BAMBAS.

⁴⁰ RSFS

"Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción (...)

15.3 No son pasibles de subsanación:

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

⁴¹ Constitución Política del Perú 1993

Artículo 51.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.

Artículo 103°. - (...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. (...)"

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.

Respecto a lo resuelto en la Resolución N° 34-2014-OS/TASTEM-S2 y a la inaplicabilidad del RSFS

19. Sobre lo argumentado en el literal c) del numeral 7 de la presente resolución, cabe señalar que la aplicación de lo dispuesto en el RSFS y lo resuelto en la resolución N° 034-2014-OS/TASTEM-S2 ha sido desarrollada en los fundamentos expuestos en el numeral 10 de la presente resolución, por lo que se debe hacer referencia al mismo.

En cuanto a su derecho de ampliar los argumentos de su recurso de apelación y se le conceda el uso de la palabra

20. Respecto a lo sostenido en el literal p) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde precisar que de la revisión del expediente, se verifica que los documentos presentados por la apelante de manera posterior a su recurso de apelación han sido evaluados. Asimismo, se observa que luego de la presentación del escrito del 26 de marzo de 2018, la recurrente no ha ampliado sus argumentos de defensa.
21. Sobre lo solicitado en el literal q) del numeral 2 de la presente resolución, se debe indicar que la diligencia de informe oral se llevó a cabo con fecha 20 de marzo de 2018, durante la cual los representantes de LAS BAMBAS, encargados de la exposición, manifestaron sus argumentos de defensa, los cuales han sido debidamente evaluados y se ha emitido pronunciamiento respecto de ellos, conforme se ha expuesto en los párrafos precedentes.

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 **FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por G y M S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 3469-2016 del 14 de diciembre de 2016, respecto a su determinación de responsabilidad administrativa y sanción solidaria por las infracciones al literal c), literal m) del artículo 38° y literal m) del artículo 26° del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2010-EM, así como disponer el **ARCHIVO** del procedimiento administrativo sancionador tramitado en el Expediente N° 201300189893 en tales extremos, conforme a las consideraciones expuestas en el numeral 10 de la presente resolución.

Artículo 2°.- Disponer el **ARCHIVO** del presente procedimiento administrativo sancionador tramitado en el Expediente N° 201300189893 contra OVERSEAS BECHTEL INCORPORATED, SUCURSAL DEL PERÚ, respecto a la determinación de su responsabilidad administrativa y sanción solidaria por las infracciones al literal c), literal m) del artículo 38° y literal m) del artículo 26° del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2010-EM, por las razones expuestas en el numeral 10 de la presente resolución.

Artículo 3°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por MINERA LAS BAMBAS S.A., contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 3469-2016 de fecha 14 de diciembre de 2016, respecto a la determinación de su responsabilidad administrativa y sanción por las infracciones al literal c) y literal m) del artículo 38°, así como al literal m) del artículo 26° del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 005-

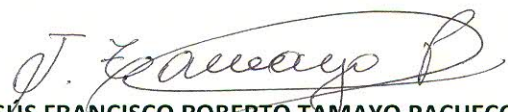
RESOLUCIÓN N° 087-2018-OS/TASTEM-S2

2010-EM; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en tales extremos.

Artículo 4°.- Determinar que la multa total que corresponde pagar a MINERA LAS BAMBAS S.A. asciende a 96.05 (noventa y seis con cinco centésimas) UIT.

Artículo 5°.- 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 Chávay Rojas.


JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE

