

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 142-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 05 de junio de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201600128358 que contiene el recurso de apelación interpuesto por EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A., representada por el señor Manuel Ángel Martínez Silva, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2439-2017 de fecha 18 de diciembre de 2017, mediante la cual se le sancionó por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 2439-2017, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A., en adelante LOS QUENUALES, con una multa total de 4.88 (cuatro con ochenta y ocho 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 numeral 2 del inciso d) del artículo 104¹ del RSSO¹ Se constató que el equipo con motor a petróleo, señalado en el cuadro siguiente, excedía el límite máximo de monóxido de carbono (CO) en las labores subterráneas:					Numeral 3.9.2 del Rubro C ²	4.48 UIT
Equipo	Concentración de CO (ppm)	Concentración máxima (ppm)	Concentración excedente de CO (ppm)	Labor donde se encontró el equipo		
Camioneta Toyota Hilux de placa A4S-892	705	500	205	Polvorín Auxiliar de explosivos Nv. 3000 Sección V		
TOTAL						4.48 UIT

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- Durante los días 21 al 24 de julio de 2015 se efectuó una supervisión a la unidad minera

¹ RSSO

Artículo 104.- En las minas subterráneas convencionales o donde operan equipos con motores petroleros, deberá adoptarse las siguientes medidas de seguridad:

b) Monitorear y registrar diariamente las concentraciones de monóxido de carbono en el escape de las máquinas operando en el interior de la mina, las que se deben encontrar por debajo de 500 ppm de CO.

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 C - Incumplimiento de Normas de Bienestar, Higiene y Salud Ocupacional

3. Incumplimiento de Normas de Higiene, Salud Ocupacional

3.9 Agentes químicos (límites de exposición)

3.9.2 Motores petroleros

Base legal: Arts. 104° y 272° literal b) del RSSO

Sanción: Hasta 200 UIT

“Casapalca 6 y Casapalca 8”, de titularidad de LOS QUENUALES³, a cargo de los supervisores de OSINERGMIN.



- b) Mediante Oficio N° 2154-2016 notificado a LOS QUENUALES el 9 de noviembre de 2016, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador, adjuntándosele el Informe de Inicio de PAS N° 1602-2016 de fecha 4 de noviembre de 2016 y otorgándole el plazo de siete (7) días hábiles para la presentación de sus descargos.
- c) Por escritos de registro N° 201600128358 presentados el 10 y 22 de noviembre de 2016, LOS QUENUALES solicitó que se le brinde acceso al expediente a fin de recabar copias, así como que se le otorgue un plazo adicional de siete (7) días hábiles para la presentación de sus descargos. Cabe indicar que dicho plazo fue concedido por Oficio N° 558-2016-OS-GSM del 28 de noviembre de 2016, notificado en dicha fecha.
- d) A través de escrito de registro N° 201600128358 de fecha 1 de diciembre de 2016, LOS QUENUALES presentó sus descargos.
- e) Con Oficio N° 376-2017-OS-GSM notificado el 6 de julio de 2017, se trasladó a LOS QUENUALES el Informe Final de Instrucción N° 562-2017 de fecha 4 de julio de 2017, otorgándosele el plazo de cinco (5) días hábiles para que presente sus descargos. Asimismo, por Oficio N° 377-2017-OS-GSM notificado el 6 de julio de 2017 se le citó para audiencia de informe oral.
- f) Mediante escrito N° 201600128358 presentado el 12 de julio de 2017, LOS QUENUALES remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción.
- g) El 14 de julio de 2017 se llevó a cabo el informe oral con la presencia de los representantes de LOS QUENUALES y de OSINERGMIN.



ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Mediante escrito del 12 de enero de 2018 registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201600128358, LOS QUENUALES interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 2439-2017, solicitando su nulidad, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

Sobre la alegada falta de competencia del órgano instructor

- a) Mediante el artículo 2° de la Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS/CD, modificada por Resolución N° 10-2017-OS/CD, se estableció que la División de Supervisión de la Gran Minería y la División de Supervisión de la Mediana Minería⁴ son los órganos instructores de los procedimientos administrativo sancionadores en materia minera.

³ La Unidad Minera “Casapalca 6 y Casapalca 8” se encuentra ubicada en el distrito de Chicla, provincia de Huarochiri y departamento de Lima.

⁴ Resolución N° 218-2016-OS/CD, modificada por Resolución N° 10-2017-OS/CD
Artículo 2.- Órganos instructores y sancionadores en minería

2.1 La Gerencia de Supervisión Minera es el órgano sancionador de las actividades del sector minero bajo el ámbito de competencia de OSINERGMIN. La instrucción de los procedimientos administrativos relacionados a los agentes supervisados está a cargo de la División de Supervisión de la Gran Minería y de la División de Supervisión de la Mediana Minería, según corresponda a la clasificación de los agentes supervisados determinada por la Gerencia de Supervisión Minera, según la normativa aplicable y conforme a lo siguiente:



Ahora bien, conforme se puede advertir de la revisión del Oficio N° 2154-2016, a través del cual se imputó los cargos a la administrada⁵ y del Oficio N° 376-2017-OS-GFM, mediante el cual se le trasladó el Informe Final de Instrucción, el órgano instructor del presente procedimiento sancionador fue la División de Supervisión de la Gran Minería, pese a que LOS QUENUALES no constituye una empresa minera que pueda considerarse perteneciente a la gran minería. Asimismo, no se han definido los criterios legales que llevaron a la autoridad administrativa a establecer que LOS QUENUALES pertenece a la gran minería, por lo que no correspondía al Gerente de Supervisión de la Gran Minería de OSINERGMIN actuar como órgano instructor.

Por lo anterior, teniendo en consideración que la primera instancia omitió observar el requisito de validez del acto administrativo previsto en el numeral 1 del artículo 3° del TUO de la Ley N° 27444 referido a la competencia⁶, así como habiéndose trasgredido el Principio de Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar y el numeral 2 del artículo 246° del TUO de la Ley N° 27444⁷, la resolución impugnada ha incurrido en la causal de nulidad del acto administrativo prevista en el numeral 2 del artículo 10° del TUO de la Ley N° 27444⁸, por haberse tramitado la instrucción por un órgano incompetente, motivo por el que se debe declararse fundado el recurso de apelación y nulo el acto administrativo impugnado, y en consecuencia disponer el archivamiento del procedimiento sancionador.

Sobre la supuesta vulneración al Principio de Tipicidad

- b) Sostiene que para imputársele la infracción materia de análisis, se interpretó el numeral 2 del inciso d) del artículo 104° del RSSO, tipificado en el numeral 3.9.2 del Rubro C del Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional aprobado por Resolución N° 286-2010-OS/CD, con el objeto de encuadrar en dicho tipo legal el supuesto incumplimiento por parte de LOS QUENUALES referido a que “e/

⁵ Así tenemos que, en el Oficio de imputación de cargos, a través del cual se dio inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, se indicó que: “Asimismo, de corroborarse la comisión del ilícito administrativo, la Gerencia de Supervisión Minera de OSINERGMIN, está facultada a imponer la sanción de multa, conforme a lo dispuesto en la Resolución N° 218-2016-OS/CD (...)”.

⁶ TUO de la LPAG

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia. - Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

⁷ TUO de la LPAG

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:

1.2. 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.

Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

2. Debido procedimiento. - No se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento. Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deben establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a autoridades distintas.

⁸ TUO de la LPAG

Artículo 10.- Causales de nulidad

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

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.



equipo con motor petrolero (camioneta Toyota Hilux de placa A4S-892) excedía el límite máximo de quinientos (500) ppm de monóxido de carbono”.

En realidad, lo que dicha norma jurídica regula es el hecho de adoptar como medida de seguridad la suspensión de las operaciones del vehículo una vez que se compruebe que supera el límite máximo de monóxido de carbono, lo cual fue cumplido en el presente caso, conforme se acreditó en el Informe de Cumplimiento de Recomendaciones presentado el 14 de agosto de 2015.

Precisa que si bien en la resolución apelada, la primera instancia señaló que las interpretaciones de las obligaciones dispuestas en el RSSO deben tener como orientación la prevención de riesgos, a fin de evitar que los equipos operen por encima del parámetro establecido, por lo que considerar que la obligación principal es solo la suspensión de equipos, sería permitir la emisión del CO detectado por encima del parámetro y que el cuadro de infracciones ha sido aprobado de acuerdo con las disposiciones legales y la jurisprudencia constitucional, de manera que su contenido incluye aquellas obligaciones previstas en la normativa, cuyo incumplimiento configura infracción sancionable; dichas explicaciones no desvirtúan los cuestionamientos de la tipicidad de la norma en relación al hecho concreto; siendo que para superar la falta de tipicidad que se puso en evidencia, se interpretó la obligación dispuesta en el inciso d) del artículo 104° del RSSO, lo cual la ley no permite.

En ese sentido, el hecho imputado no se encuentra recogido expresa e inequívocamente en el numeral 2 del inciso d) del artículo 104° del RSSO, vulnerándose de esta manera el Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 246° de la Ley N° 27444, que de conformidad con lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 10° de la Ley N° 27444, constituye un vicio del acto administrativo que causa su nulidad de pleno derecho.

Sobre la supuesta vulneración al Principio de Causalidad

- c) En sus descargos señaló que la camioneta Toyota Hilux de placa A4S-892 no pertenece a LOS QUENUALES, sino forma parte de un servicio de alquiler de vehículos para el desarrollo de las actividades del giro del negocio, que presta una tercera empresa con recursos propios, que además no operaba de manera permanente en las instalaciones de la unidad minera.

En el Acta de Supervisión del 24 de julio de 2015 se señaló que se trataba de un vehículo de reemplazo excepcional de la camioneta de placa BON-748 que se encontraba en mantenimiento, utilizado únicamente en superficie, por lo que no incurrió en infracción al numeral 2 del inciso d) del artículo 104° del RSSO. Sin embargo, respecto de ello, la Gerencia de Supervisión Minera solo señaló que todo equipo con motor petrolero que opera en interior mina debe cumplir con la exigencia dispuesta por el RSSO, sin tomar en cuenta la situación excepcional, lo cual demuestra el claro ánimo de sanción de parte la autoridad administrativa. También dejó constancia de las óptimas condiciones ambientales del lugar donde se encontraba la camioneta Toyota Hilux de placa A4S-892. Rechaza lo indicado por la resolución de sanción, referente a que mediante Acta de Medida de Seguridad de fecha 23 de julio de 2017 se dispuso la suspensión del ingreso al interior mina de la camioneta de placa de rodaje N° A4S-892 hasta garantizar que cumpla con la emisión de CO, pues, el mismo día de la supervisión se procedió a paralizar las actividades de la aludida camioneta.





En este caso, se permitió el ingreso de la camioneta Toyota Hilux de placa A4S-892 para operar dentro de la mina en reemplazo del otro vehículo, pues previamente había recibido los monitoreos e inspecciones respectivas, siendo que los setecientos cinco (705) ppm de monóxido de carbono fueron detectados en el momento exacto de la supervisión, cuando el vehículo se encontraba dentro de la mina.

Ante ello, en aplicación del numeral 2 del inciso d) del artículo 104° del RSSO, correspondía que se aplique la medida de seguridad de paralización y retiro de mina del vehículo observado por los supervisores la que fue cumplida, lo cual demuestra buena fe en su accionar. Suponer que la prohibición de ingreso a mina de la camioneta Toyota Hillux de placa A4S-892 debió efectuarse en un momento anterior a la supervisión sería aplicar lo establecido en la norma de manera ilegal.



No obstante, para desvirtuar su defensa, la resolución de sanción solo señala que el artículo 209° del TUO de la Ley General de Minería establece que las personas jurídicas dedicadas a las actividades de la industria minera deben cumplir con las obligaciones de seguridad establecidas en el citado TUO y las disposiciones reglamentarias, sin explicar las razones por las cuales se le hace responsable de dicho incumplimiento, pese a que LOS QUENUALES no tiene dominio efectivo de la camioneta, ni participa en el mantenimiento u operatividad de la misma bajo ninguna circunstancia por ser propiedad de un tercero.

Conforme se observa, para atribuirles responsabilidad, se cita una norma sin explicar de qué manera ha efectuado la conducta sancionable o la relación de causa efecto requerida, para luego sostener que se busca eludir responsabilidad por el hecho de señalar que la camioneta de placa A4S-892 no es de su propiedad, cuando no se busca ello, sino que si va a imputársele una infracción e imponérsele una sanción lo mínimo que se exige es que sea acorde a derecho y no se vulnere el Principio de Causalidad.

En ese sentido, la resolución de sanción incurrió en la causal de nulidad prevista en el numeral 1 del artículo 10° de la Ley N° 27444, por haberse trasgredido el Principio de Causalidad.

Sobre la presunta trasgresión al Principio de Retroactividad Benigna

- d) La resolución impugnada desconoce ilegalmente la aplicación del artículo 236°-A de la Ley N° 27444, sobre “eximentes y atenuantes de responsabilidad”, sustentando su decisión en lo dispuesto por la Resolución N° 040-2017-OS/CD, que establece varios supuestos considerados insubsanables, omitiendo advertir que la aludida norma no solo es de menor jerarquía que la citada Ley, sino que debería encontrarse adecuada a las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1272, que no establece ningún supuesto en el cual el administrado no pueda subsanar voluntariamente el acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa.

En efecto, la Resolución N° 040-2017-OS/CD, vulnera el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444, sobre condiciones menos favorables a los administrados, el numeral 2° del artículo 245° del TUO de la Ley N° 27444, que recoge el Principio de Retroactividad Benigna de la potestad sancionadora, así como la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Resolución N° 040-2017-OS/CD que expresamente señala que el eximente de responsabilidad a que se refiere el literal f) del numeral 1 del artículo 236°-A resultará aplicable a los procedimientos sancionadores



actualmente en trámite en tanto resulte más favorable al administrado, ya que los supuestos de excepción dispuestos en el numeral 15.3 de su artículo 15° constituyen condiciones menos favorables afectando a LOS QUENUALES a que pueda gozar de manera irrestricta de una condición eximente de responsabilidad administrativa. En ese orden de ideas, cuando la Resolución N° 040-2017-OS/CD, incorpora supuestos excepcionales de subsanación voluntaria, no lo hace respecto de los procedimientos ya iniciados, donde debe operar la norma más favorable a los administrados, como sin duda es el inciso f) del numeral 1 del artículo 236°-A de la LPAG.

Lo más grave, es que la resolución impugnada si bien señala que el numeral 3 del artículo 15° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD no trasgrede el literal f) del artículo 255° del TUO de la Ley N° 27444, y que dicho procedimiento corresponde ser aplicado en virtud del Principio de Legalidad, contemplado en el numeral 1.1 del artículo IV del TUO de la Ley N° 27444, adolece de una debida motivación, ya que no explica cómo es que se estaría dando cumplimiento a dichas normas, que son puntuales y precisas.

Sobre la presunta contravención al Principio de Predictibilidad

- e) La resolución impugnada al señalar que se debe aplicar el literal h) del numeral 15.3 del artículo 15° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD, pretende desconocer el Principio de Predictibilidad o Confianza Legítima, al no brindar a los administrados comprensión cierta de los posibles resultados que se pueda obtener, ni actuar en la práctica de modo congruente con los antecedentes administrativos, puesto que existen varios antecedentes similares al del acontecido en el presente caso, en los que se determinó que sí procede la subsanación voluntaria.

Precisamente el Tribunal de Apelaciones y Sanciones en Temas de Energía y Minería del OSINERGMIN revocó actos administrativos sancionadores emitidos por la Gerencia de Supervisión Minera, en los cuales se impuso sanción administrativa por la supuesta infracción a dicha norma reglamentaria. Es el caso de la Resolución N° 11-2017-OS/TASTEM del 16 de enero de 2017, emitida con anterioridad a la entrada en vigencia de la Resolución N° 040-2017-OS/CD, que resultaría absurdo que no haya sido constituido como precedente de observancia obligatoria.

Reitera que la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Resolución N° 040-2017-OS/CD señaló expresamente que el eximente de responsabilidad a que se refiere el literal f) del numeral 1 del artículo 236°-A de la Ley N° 27444 resultará aplicable a los procedimientos administrativos sancionadores en trámite, en tanto resulte más favorable al administrado.

No obstante, la resolución de primera instancia no siguió el criterio recogido por el TASTEM, por lo que no se encuentra conforme a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico vigente, debiéndose disponerse su nulidad de pleno derecho, por haberse emitido en vulneración del Principio de Predictibilidad o Confianza Legítima.



Sobre la supuesta comisión de la infracción⁹

- f) El sistema de gestión de seguridad y salud ocupacional de LOS QUENUALES que incluye monitoreos de gases, emisiones de los equipos diésel, funciona tal y como está diseñado, pues solo arrojó una (1) medición con valor anómalo de un total de catorce (14) mediciones realizadas durante la supervisión¹⁰. En ese entendido, lo indicado en la resolución de sanción, referido a que LOS QUENUALES incumplió las medidas preventivas de monitoreo de gases en los equipos diésel en interior mina no es correcto. Ello demuestra una vez más la intención de sancionar, ya que la autoridad efectúa mediciones hasta encontrar algún incumplimiento o supuesto ilícito para imponer una sanción, por lo que cuestiona si esa es una actuación razonable, de legalidad, garante, correcta y acorde con los principios de procedimiento administrativo sancionador, sobre todo considerando que no debió tomarse medición de gases a un vehículo que había ingresado a interior mina de manera excepcional.



Además, toda la flota de operaciones mina cuenta con un programa de mantenimiento y de monitoreo diario de gases de emisión, por lo que pretender sancionar a LOS QUENUALES por un monitoreo sobre la camioneta observada, equivaldría a realizar el control de muestreo de gases de emisión a vehículos de las visitas que llegan a la unidad minera, así sean vehículos que no ingresan al interior mina, lo cual deviene en una actuación irregular de la autoridad administrativa.

Pese a ello, la explicación dada en la resolución de sanción es que cada vez que se realice una medición que constate un incumplimiento de emisión máxima de CO se generará un ilícito porque cada condición que se genera es distinta a la anterior.

De otro lado, menciona que, a la emisión del certificado de calibración del equipo usado, la institución encargada de realizar la acreditación no había sido creada ni definida por norma legal, por lo que el documento de calibración es cuestionable. Sin embargo, respecto de dicho aspecto, la resolución impugnada señaló sin mayor análisis que la normativa no exige acreditación de INACAL y que tiene carácter voluntario. Por lo tanto, los resultados no producen certeza y devienen en inválidos por la falta de imparcialidad de la medición.

No se realizó alcance técnico alguno respecto al Protocolo de Medición de Gases de Emisión de Equipos Diésel, antes, durante ni después de los muestreos, que debería definir el lugar de muestreo, la velocidad de aire, considerar un lugar de operación normal de equipo a medir, las condiciones del equipo antes del muestreo de gases de emisión y las revoluciones del motor durante la toma de muestra. Es técnicamente conocido que para que el motor alcance un punto óptimo de operación/funcionamiento y de combustión es preciso que alcance la temperatura y las revoluciones de operación adecuadas, no obstante, la resolución impugnada solo indica que no cabe cuestionar la validez de las mediciones realizadas por la supervisión, cuando en realidad se está ejerciendo el derecho de defensa a ser oídos ante tal actuación arbitraria, convalidada con una argumentación totalmente subjetiva.

Sobre la presunta trasgresión a los Principios de Debido Procedimiento y Razonabilidad, así como al derecho de defensa

⁹ La administrada literalmente indica que se trataría de la infracción al artículo 214° del RSSO, pero de la revisión del expediente, y del contenido de este punto de su apelación, se advierte que en realidad se refiere al artículo 104° del RSSO.

¹⁰ Debe tenerse en cuenta que en el párrafo final de la página 5 del Informe Final de Instrucción precisó que "El equipo supervisor efectuó un total de 14 mediciones de gases al tubo de escape de equipos con motor petrolero (...) la camioneta Toyota Hilux de placa A4S-892 (...) alcanzó 705 ppm (...)"



- g) El Principio de Debido Procedimiento, previsto en el numeral 2 del artículo 246° del TUO de la Ley N° 27444 señala que, en todo procedimiento administrativo, las instituciones públicas deben aplicar sanciones sujetándose al procedimiento legalmente establecido y respetando las garantías del debido procedimiento administrativo, para que los administrados gocen del derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho, no siendo posible que una autoridad administrativa imponga sanciones obviando un procedimiento administrativo regular con todas las garantías, caso contrario estaríamos ante una evidente violación de los derechos de los administrados.

En el presente caso, LOS QUENUALES no ha sido notificada con el sustento y/o detalle de los cálculos específicos de los conceptos que integran el rubro “costo de materiales, mano de obra y especialista”, que aparece consignado en el cuadro de “cálculo de costo evitado” del numeral 4 (determinación de la sanción) del informe final de instrucción, lo que genera una actuación irregular y poco transparente de la autoridad administrativa que no le permite ejercer de manera efectiva su derecho de defensa, respecto de la determinación de dichos costos.

Tampoco se les especificó el monto y/o cantidad que corresponde a cada uno de los conceptos que se citan en la nota 4, consignando de manera arbitraria e ilegal el monto total de S/. 21,505.55, por lo que no puede ni conocer, ni cuestionar dichos montos, al no contar con mayor información o explicación al respecto.

Respecto de ello, la resolución de sanción solo indica que su solicitud fue tramitada como una de acceso al expediente y que LOS QUENUALES tuvo a salvo su derecho de acceder al mismo, trasladando al administrado la obligación de la autoridad administrativa de seguir el procedimiento regular, como lo es, justamente notificar los conceptos que sustente la multa, adoleciendo de falta de motivación sobre dichos conceptos, e incurriendo en las causales de nulidad establecidas en los numerales 1 y 2 del artículo 10° del TUO de la Ley N° 27444.

De otro lado, menciona que ninguna de las observaciones que efectuó la empresa supervisora y sirven de base para la calificación de la infracción imputada ha generado grave daño al interés público y/o bien jurídico protegido, ya que se cumplió con las recomendaciones establecidas, conforme consta en el Informe de Cumplimiento de Recomendaciones derivadas de la supervisión efectuada del 21 al 24 de julio de 2015.

Las circunstancias de la comisión de la infracción fueron excepcionales, no existe beneficio ilegal, ni intencionalidad, como pretende hacer ver con expresa mala fe la resolución impugnada, con lo cual se advierte que no se tomó en cuenta todos sus argumentos. Cuestiona cual es el beneficio ilegal que ha obtenido con la supuesta infracción de una camioneta que no es de su propiedad, donde se encuentra la gravedad del daño y el perjuicio económico causado.

En efecto, LOS QUENUALES cuenta desde los inicios de su operación, con una Superintendencia de Mantenimiento, Jefaturas de las distintas especialidades de mantenimiento (eléctrico, mecánico, electrónico), supervisores y técnicos de mantenimiento de las distintas categorías, por lo que resulta falso el argumento esgrimido en el sentido que habría “evitado” tales costos, cuando en realidad despliega una serie de recursos y acciones establecidos en su Sistema Integrado de Gestión de Seguridad y Salud Ocupacional, entre



ellos, el Programa de Mantenimiento de Equipos Móviles y el Programa de Registros Diarios de Monitoreo de Gases de Combustión, para realizar controles preventivos, como es el monitoreo y registro diario de gases de combustión sobre los equipos que ingresan al interior mina. Además, reitera que la camioneta en cuestión no realizaba operaciones habitualmente al interior mina.

Asimismo, el costo evitado incluye aspectos tales como “costo por cambio de filtro de petróleo, aire y aceite, labor de un técnico mecánico y ayudante y participación de especialistas encargados técnicos de medición, jefe de guardia mina, responsable del mantenimiento mecánico”, que para un servicio de mantenimiento vehicular se encuentra fuera de la realidad y son exorbitantes.

De ello se observa que la autoridad administrativa también vulneró el Principio de Razonabilidad, toda vez que aplica sanciones desproporcionales sin reparar en los criterios que la ley señala con el solo afán de sancionar sin mayor motivación, por lo que corresponde que se declare fundado el recurso de apelación presentado, así como la nulidad de la resolución impugnada.



En cuanto a la posibilidad de ampliar argumentos al recurso administrativo interpuesto

- h) Se reserva la posibilidad de ampliar argumentos a su recurso de apelación al amparo del artículo 170° del TUO de la Ley N° 27444.

Sobre el uso de la palabra

- i) LOS QUENUALES solicitó el uso de la palabra, de acuerdo al artículo 33° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.
3. A través del Memorándum N° GSM-38-2018, recibido el 30 de enero de 2018, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.
4. Mediante Oficio N° 24-2018-OS/TASTEM-S2 de fecha 25 de abril de 2018, notificado a LOS QUENUALES el 27 de abril de 2018, se le informó que le otorgó fecha para hacer uso de la palabra el día 8 de mayo de 2018, por espacio de 10 minutos.

La audiencia de informe oral se llevó a cabo el día y hora señalada anteriormente, con la presencia de los representantes del TASTEM y LOS QUENUALES, tal como consta en el soporte magnético audiovisual obrante a fojas 189 del expediente, durante la cual la administrada reiteró los argumentos expuestos en su recurso de apelación y agrego los siguientes:

- a) Mediante Informe N° 123-2018-MEM-DGM/DNM del 31 de enero de 2018, la Dirección Normativa de Minería del Ministerio de Energía y Minas señaló que no existe una norma o dispositivo legal vigente que señale de manera clara y fehaciente los parámetros y/o criterios para la distinción entre mediana y gran minería, indicando lo siguiente: *“En consecuencia, estando a lo señalado en los párrafos precedentes en la legislación minera vigente no se especifica de manera alguna a los términos mediana y gran minería; no obstante, si se hace mención al término régimen general, el cual está referido al régimen en el cual se encuentran comprendidos los titulares de la actividad que no están incluidos dentro de los parámetros de PPM y PPM.”*



Por lo tanto, efectuar esta distinción de manera arbitraria por la Gerencia de Supervisión Minera resulta siendo vulneratorio y gravoso de los derechos de los administrados, en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, donde se requiere que todas y cada una de las garantías y derechos de los administrados deban ser protegidos durante su tramitación, por lo que la resolución impugnada incurre en un error al avalar una distinción que no tiene una fundamentación legal congruente, solo con el afán de dar apariencia de legalidad a su accionar en la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador.

Además, la Resolución N° 35-2018-OS/CD¹¹, mediante la cual se establecieron las instancias competentes en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante OSINERGMIN, fue publicada el 27 de febrero de 2018, por lo que la distinción que se efectúa para determinar a los órganos instructores es aplicable únicamente a los procedimientos sancionadores iniciados desde su entrada en vigencia, no pudiendo de ninguna manera retrotraer su aplicación al presente caso, sobre todo si tenemos en consideración que la publicación de dicha norma se efectuó posteriormente a la ocurrencia de los hechos sancionados, e incluso después de emitida la resolución impugnada.

De otro lado, de ser el caso que se pretenda justificar la competencia de la Gerencia de Supervisión de la Gran Minería, con la aplicación de la diferenciación entre gran y mediana minería efectuada por Resolución N° 35-2018-OS/CD, tampoco correspondería que la Gerencia de Supervisión de Gran Minería sea el órgano instructor del procedimiento administrativo sancionador seguido contra la administrada, toda vez que al inicio del procedimiento sancionador, LOS QUENUALES solo contaba con una planta de beneficio activa, referida a la unidad minera Yauliyacu de una capacidad instalada de producción y/o beneficio de 4200 TM/día, que no supera el límite de producción, por lo que les corresponde la calificación de mediana minería. En efecto, si bien es cierto que LOS QUENUALES cuenta con otra planta de beneficio dentro de la unidad minera Iscaucruz, la misma fue suspendida en sus actividades desde antes de la notificación del inicio del procedimiento sancionador, conforme consta en la Resolución N° 0540-2015-MEM/DGM/V.

5. Por escritos de registro N° 201600128358 del 8 de mayo de 2018, LOS QUENUALES adjuntó la presentación de su Informe Oral y amplió sus argumentos.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la alegada falta de competencia del órgano instructor

¹¹ La Resolución N° 35-2018-OS/CD señala que:

Agentes	Autoridad instructora	Autoridad sancionadora
Agentes que realizan actividades supervisadas en el ámbito de la gran minería (capacidad instalada de producción y/o beneficio mayor a 5000 TM/día).	División de Supervisión de Gran Minería	Gerencia de Supervisión Minera
Agentes que realizan actividades supervisadas en el ámbito de la mediana minería (capacidad instalada de producción y/o beneficio mayor a 350 TM/día y hasta 5000 TM/día).	División de Mediana de Gran Minería	Gerencia de Supervisión Minera
Agentes que solo realicen actividades supervisadas de exploración, explotación de minería no metálica o almacenamiento de concentrado de minerales.		
Otros agentes supervisados que no se encuentren en el ámbito de supervisión de la División de Supervisión de la Gran Minería.		



6. Respecto a lo alegado en el literal a) del numeral 2 y el literal a) del numeral 4 de la presente resolución, cabe precisar que el artículo 2° de la Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS/CD¹², modificada por Resolución N° 10-2017-OS/CD, regula que la instrucción de los procedimientos administrativos relacionados a los agentes supervisados está a cargo de la División de Supervisión de la Gran Minería y de la División de Supervisión de la Mediana Minería, según corresponda a la clasificación de los agentes supervisados determinada por la Gerencia de Supervisión Minera, según la normativa aplicable y conforme a lo siguiente¹³:

Agentes supervisados por	Instrucción	Sanción
La División de Supervisión de la Gran Minería *Exploración, explotación, beneficio, transporte minero y almacenamiento de concentrados en la minería metálica y no metálica, en el ámbito de la gran minería.	Gerente de Supervisión de la Gran Minería	Gerente de Supervisión Minera
La División de Supervisión de la Mediana Minería *Exploración, explotación, beneficio, transporte minero y almacenamiento de concretados en la minería metálica y no metálica en el ámbito de la mediana minería *Exploración, transporte o almacenamiento de concentrados que no involucren el desarrollo de actividades de producción. *Explotación de minerales no metálicos como única actividad.	Gerente de Supervisión de la Mediana Minería	

En efecto, de conformidad con lo regulado por las citadas normas jurídicas, la Gerencia de Supervisión Minera es quien determina la clasificación de agentes supervisados de la gran y mediana minería, para fines de actuación de las Divisiones de Supervisión de la Gran Minería o Mediana Minería.

Sobre el particular, en el sexto, sétimo y octavo párrafo de los considerandos de la Resolución N° 035-2018-OS/CD, se señaló que para clasificar al agente supervisado como mediano productor minero, se consideró aquellos agentes supervisados que cuenten con capacidad instalada de 350 TM/día hasta 5000 TM/día o su equivalente, lo cual tiene sustento también en lo regulado por el Decreto Supremo N° 002-91-EM-DGM¹⁴. Además, en los citados párrafos se

¹² Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13 de setiembre de 2016.

¹³ Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS/CD, modificada por Resolución N° 10-2017-OS/CD

Artículo 2.- Órganos instructores y sancionadores en minería

2.1 La Gerencia de Supervisión Minera es el órgano sancionador de las actividades del sector minero bajo el ámbito de competencia de OSINERGMIN. La instrucción de los procedimientos administrativos relacionados a los agentes supervisados está a cargo de la División de Supervisión de la Gran Minería y de la División de Supervisión de la Mediana Minería, según corresponda a la clasificación de los agentes supervisados determinada por la Gerencia de Supervisión Minera, según la normativa aplicable y conforme a lo siguiente:

Agentes supervisados por	Instrucción	Sanción
La División de Supervisión de la Gran Minería Exploración, explotación, beneficio, transporte minero y almacenamiento de concentrado de minería metálica, en el ámbito de la gran minería.	Gerente de Supervisión de la Gran Minería	Gerente de Supervisión Minera
La División de Supervisión de la Mediana Minería Exploración, explotación, beneficio, transporte minero y almacenamiento de concentrado de minería metálica y no metálica, en el ámbito de la mediana minería. Exploración, transporte o almacenamiento de concretados que no involucren el desarrollo de actividades de producción. Explotación de minerales no metálicos como única actividad.	Gerente de Supervisión de la Mediana Minería	

¹⁴ Decreto Supremo N° 002-91-EM



precisa que dicho criterio viene siendo utilizado por la Gerencia de Supervisión Minera desde la creación de las Divisiones de Supervisión de la Gran Minería y Mediana Minería.

Es así que, por Resolución N° 035-2018-OS/CD, publicada el 27 de febrero de 2018, se precisó que las autoridades a cargo de la fase instructora y de la aplicación de la sanción, son las que se indican a continuación:

Agentes	Autoridad instructora	Autoridad sancionadora
Agentes que realizan actividades supervisadas en el ámbito de la gran minería (capacidad instalada de producción y/o beneficio mayor a 5000 TM/día).	División de Supervisión de la Gran Minería	Gerencia de Supervisión Minera
Agentes que realizan actividades supervisadas en el ámbito de la mediana minería (capacidad instalada de producción y/o beneficio mayor a 350 TM/día y hasta 5000 TM/día).		
Agentes que sólo realicen actividades supervisadas de exploración, explotación de minería no metálica o almacenamiento de concentrado de minerales.	División de Supervisión de la Mediana Minería	Gerencia de Supervisión Minera
Otros agentes supervisados que no se encuentren en el ámbito de supervisión de la División de Supervisión de la Gran Minería.		



De lo anterior, se advierte que la Gerencia de Supervisión Minera es quien determinó la clasificación de los agentes supervisados de la mediana y gran minería para los fines de actuación de las Divisiones, de conformidad con lo establecido por la Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS/CD, modificada por Resolución N° 10-2017-OS/CD, para lo cual consideró el criterio de capacidad instalada de producción y/o beneficio, siendo que si el rango de capacidad instalada de producción y/o beneficio es mayor a 350 TM/día hasta 5000 TM/día, el órgano instructor será la División de Supervisión de la Mediana Minería, mientras que si la capacidad instalada del agente supervisado es mayor a 5000 TM/día, actuará como órgano instructor la División de Supervisión de la Gran Minería, para lo cual se consideran todas las unidades y plantas de beneficio y/o refinación del titular minero, criterio que según se expresó literalmente en la Resolución N° 035-2018-OS/CD ha venido siendo utilizado desde la creación de la División de Supervisión de la Gran Minería y la Mediana Minería¹⁵.

En ese orden de ideas, corresponde mencionar que si bien la administrada ha presentado el Informe N° 123-2018-MEM-DGM/DNM del 31 de enero de 2018, emitido por la Dirección Normativa de Minería del Ministerio de Energía y Minas, donde se señala que no existe una norma o dispositivo legal vigente que señale de manera clara y fehaciente los parámetros y/o criterios para la distinción entre mediana y gran minería; es función de OSINERGMIN, de conformidad con lo regulado por el literal 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 Públicos y al

g) Calificar al Mediano Productor Minero. Al efecto, se considera mediano productor al que se encuentra en producción dentro del rango de 350 TM/día hasta 5000 TM/día o su equivalente en capacidad de tratamiento en el caso de titulares de concesiones de beneficio y/o refinación, tomando en cuenta todas las unidades de producción y plantas de beneficios y/o refinación en el país del titular de actividades mineras.

¹⁵ Considerando octavo de la Resolución N° 035-2016-OS/CD

"Que, la clasificación de los agentes supervisados conforme a los criterios mencionados ha venido siendo utilizada desde que se determinó la actuación de las Divisiones de Supervisión de la Gran Minería y la Mediana Minería como órganos instructores, siendo que únicamente para fines de mayor predictibilidad se considera conveniente explicitarlos en la resolución que determina las instancias competentes en los procedimientos administrativos sancionadores."



literal b) del artículo 9 de la Ley N° 26734, modificado por Ley N° 28964, determinar las instancias competentes para el ejercicio de la función sancionadora, por lo que, en atención a ello, esta entidad consideró pertinente efectuar dicha división. Además, conforme se explicó, en el Decreto Supremo N° 002-91-EM-DGM¹⁶, ya se había definido al mediano productor minero, como aquel cuya producción se encuentra dentro del rango de 350 TM/día hasta 5000 TM/día.

Ahora bien, la administrada ha alegado que solo se encuentra operando la planta de beneficio correspondiente a la unidad minera Yauliyacu¹⁷, de capacidad instalada de producción y/o beneficio de 4200 TM/día, que no supera el límite de producción, por lo que de ser el caso, le correspondería la calificación de mediana minería, y en consecuencia, el órgano instructor del procedimiento administrativo sancionador debió ser la División de Supervisión de Mediana Minería.

Al respecto, en el Informe Oral llevado a cabo el 8 de mayo de 2018, LOS QUENUALES manifestó que cuenta con tres (3) plantas concentradoras y/o beneficio, de las cuales solo "Casapalca 6 y Casapalca 8" de 4200 TMD se encuentra en operación y/o producción, mientras que las plantas concentradoras y/o beneficio "Rosaura" de una capacidad de 2000 TMD y "Concentradora Iscaycruz" de 4500 TMD no.

El artículo 162.2 del artículo 162° de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS¹⁸, señala que corresponde a los administrados aportar las pruebas que consideren mediante la presentación de documentos e informes, así como aducir alegaciones. Sobre el particular, MORON URBINA¹⁹ ha señalado que: *"En todos los casos rige como principio que la prueba está a cargo del pretensor. No del pretensor de la obligación final, sino de quien pretende el reconocimiento del hecho invocado para fundar la resolución. Por lo tanto, el particular que reclama una decisión a la Administración o el contrainteressado que alega la existencia de ciertos hechos impositivos adversos a esas pretensiones, o la Administración que estima que es momento de aplicar una sanción u otorgar un derecho, tienen a su cargo la prueba del hecho invocado como acción o excepción."*

En ese orden de ideas, es de anotar que, LOS QUENUALES a través del escrito de registro N° 201600128358 del 8 de mayo de 2018, presentó el Informe N° 155-2015-MEM-DGM-DTM-PCM de 4 de noviembre de 2015, que sustentó la Resolución N° 540-2015-MEM-DGM/V de la misma fecha, de cuya revisión se advierte que la autoridad administrativa autorizó a la suspensión temporal de las actividades mineras de la unidad minera "Iscaycruz" por el plazo de tres (3) años, con fecha de vencimiento 15 de noviembre de 2018.

Sin embargo, respecto de la planta concentradora "Rosaura" no presentó documentación alguna que permita corroborar que se encuentra suspendida en sus actividades, por lo que en

¹⁶ Decreto Supremo N° 002-91-EM

g) Calificar al Mediano Productor Minero. Al efecto, se considera mediano productor al que se encuentra en producción dentro del rango de 350 TM/día hasta 5000 TM/día o su equivalente en capacidad de tratamiento en el caso de titulares de concesiones de beneficio y/o refinación, tomando en cuenta todas las unidades de producción y plantas de beneficios y/o refinación en el país del titular de actividades mineras.

¹⁷ También denominada "Casapalca 6 y Casapalca 8".

¹⁸ Ley N° 27444 modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

Artículo 162.- Carga de la prueba

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

¹⁹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima. 11ª edición, 2015, pág. 521.

aplicación de lo dispuesto por el numeral 162.2 del artículo 162° de la Ley N° 27444 y modificatorias, se entiende que continúa operando.

En ese entendido, tomando en consideración que la planta concentradora “Rosaura” de capacidad instalada de 2000 TMD y la planta de beneficio “Casapalca 6 y Casapalca 8” de capacidad instalada de 4200 TMD suman una capacidad instalada total de 6200 TMD, se advierte que la autoridad instructora del presente procedimiento sancionador es la División de Supervisión de la Gran Minería. En efecto, conforme se puede observar de los Oficios N° 2154-2016 del 7 de noviembre de 2016 y N° 376-2017-OS/GSM del 6 de julio de 2017, la instrucción fue llevada a cabo por parte de citada oficina, siendo la autoridad competente de conformidad con lo regulado por la Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS/CD, modificada por Resolución N° 10-2017-OS/CD y la Resolución N° 035-2018-OS/CD, por lo que no se incurrió en ninguna de las causales de nulidad dispuestas por el artículo 10° de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

En consecuencia, se procede a desestimar este extremo del recurso de apelación.

Sobre la supuesta vulneración al Principio de Tipicidad

7. Respecto a lo alegado en el literal b) del numeral 2 de la presente resolución, debe indicarse que el Principio de Tipicidad, contemplado en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, modificado por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, dispone que constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía, siendo factible que las disposiciones reglamentarias de desarrollo puedan especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria²⁰.

Cabe precisar que la prohibición de interpretación extensiva o analógica dispuesta por la citada norma jurídica, está destinada a que en virtud de dicha herramienta jurídica no se creen nuevas conductas sancionables distintas a las ya establecidas, debiéndose considerar ilícitos administrativos solo a aquellas conductas infractoras descritas como tales por las normas jurídicas vigentes que regulen la materia.

A través del artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, se estableció que el Consejo Directivo de OSINERGMIN se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, graduar las sanciones, así como aprobar su respectiva escala de multas y sanciones²¹.

²⁰ Ley N° 27444, modificado por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

4. Tipicidad. - Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

²¹ Ley N° 27699

“Artículo 1.- Facultad de Tipificación

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

Sin perjuicio de lo mencionado en el párrafo anterior, el Consejo Directivo del OSINERG se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas así como a graduar las sanciones, para lo cual tomará en cuenta los principios de la facultad sancionadora contenidos en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.



Acorde con dicho marco legal, el Consejo Directivo de OSINERGMIN emitió la Resolución N° 286-2010-OS/CD, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29 de diciembre de 2010, cuyo Anexo aprobó el Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras, en el cual se tipifica como infracciones, entre otras, el incumplimiento del parámetro de emisión de monóxido de carbono proveniente de máquinas de petróleo (agentes químicos), conducta prevista mediante el numeral 3.9.2 del Rubro C del Anexo de dicho dispositivo legal, que establece que la sanción a imponer será de hasta 200 (doscientos) UIT.

En este caso, la obligación incumplida se encuentra regulada en el numeral 2 del inciso d) del artículo 104° del RSSO, que dispone que en las minas subterráneas convencionales o donde operan equipos con motores petroleros, las operaciones de las máquinas a petróleo se suspenderán prohibiendo su ingreso a labores de mina subterránea, cuando la emisión de gases por el escape de dicha máquina exceda de quinientos (500) ppm de monóxido de carbono y de vapores nitrosos, medidos en las labores subterráneas.



De lo anterior, se observa que la infracción administrativa al numeral 2 del inciso d) del artículo 104° del RSSO se configura de detectarse la existencia de equipo con motor petrolero cuya emisión de gases exceda los quinientos (500) ppm de monóxido de carbono y de vapores nitrosos, medidos en las labores subterráneas, conducta tipificada en el numeral 3.9.2 del Rubro C del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD; siendo que la suspensión posterior de las actividades del vehículo que exceda dicho parámetro, es independiente de la comisión de la infracción.

Dicho análisis, no proviene de una interpretación extensiva de la norma, como erróneamente alega la administrada, sino de la lectura de la misma, en función su finalidad y el bien jurídico que busca proteger. En efecto, las obligaciones dispuestas en el RSSO deben tener como orientación la prevención de riesgos, pues el objeto es prevenir la presencia de equipos operando por encima del parámetro establecido, no siendo correcta la interpretación de la recurrente, respecto a que el artículo 104° del RSSO solo tiene por objeto la suspensión de los equipos luego de detectada la infracción al citado dispositivo legal²².

En consecuencia, se advierte que de acuerdo con el numeral 3.9.2 del Rubro C del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD, es conducta antijurídica sancionable la existencia de motores petroleros cuya emisión de gases exceda de quinientos (500) ppm de monóxido de carbono y de vapores nitrosos, lo cual aconteció en el presente caso, pues conforme se observa del Acta de Supervisión-Expediente 201500096805 del 24 de julio de 2015, obrante de fojas 2 a 5 del expediente, durante la visita de supervisión se detectó que la camioneta Toyota Hilux de placa A4S-892 arrojó un resultado de setecientos cinco (705) ppm, incurriendo en el ilícito administrativo imputado.

La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente, de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones del OSINERG, aprobada por el Consejo Directivo; la cual podrá contemplar, entre otras, penas pecuniarias, comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos, cierre de establecimientos y paralización de obras.

El Consejo Directivo del OSINERG establecerá el procedimiento de comiso, así como el destino donación o destrucción de los bienes comisados.”

²² RSSO

Artículo 104.- En las minas subterráneas convencionales o donde operan equipos con motores petroleros, deberá adoptarse las siguientes medidas de seguridad:

b) Monitorear y registrar diariamente las concentraciones de monóxido de carbono en el escape de las máquinas operando en el interior de la mina, las que se deben encontrar por debajo de 500 ppm de CO.



Conforme a lo anterior, contrariamente a lo alegado por la administrada, no se ha vulnerado el Principio de Tipicidad, pues la conducta antijurídica que motivó la imposición de la sanción se encuentra tipificada en el numeral 3.9.2 del Rubro C del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD, cuya obligación se encuentra regulada en el numeral 2 del inciso d) del artículo 104° del Decreto Supremo N° 055-2010-EM.

Por consiguiente, se procede a desestimar este extremo del recurso de apelación.

Sobre la supuesta vulneración al Principio de Causalidad

8. Con relación a lo sostenido en el literal c) del numeral de 2 de la presente resolución, se debe precisar que de acuerdo con el Principio de Causalidad, regulado en el numeral 8 del artículo 230° de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable²³.



Asimismo, el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, establece que los titulares mineros deben cumplir con las obligaciones de seguridad en el trabajo establecidas en dicho cuerpo normativo y las disposiciones reglamentarias. De igual manera, el literal l) del artículo 101° de la citada norma establece que el incumplimiento de las obligaciones por parte de los titulares mineros conlleva la imposición de sanciones²⁴.

Por su parte, el artículo 209° del Decreto Supremo N° 014-92-EM, establece que las personas naturales o jurídicas dedicadas a las actividades de la industria minera, tienen la obligación de proporcionar las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo establecidas por la presente Ley y disposiciones reglamentarias²⁵.

Además, de acuerdo a lo establecido en el artículo 3° del RSSO, toda persona natural o jurídica, pública o privada, que realiza actividades mineras y actividades conexas con personal propio o de terceros en sus ambientes de trabajo, están obligadas a dar cumplimiento a todas sus disposiciones²⁶. En ese sentido, es deber jurídico del titular minero el cumplimiento efectivo de la normativa de seguridad minera conforme al RSSO, lo que no puede ser trasladado a la contratista, así como a ningún trabajador.

En ese orden de ideas, se desprende claramente que el titular minero es responsable de garantizar la seguridad de sus instalaciones y los trabajadores en todos los aspectos relacionados

²³ Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

Artículo 230. Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

²⁴ T.U.O. de la Ley General de Minería

Artículo 101.- Son atribuciones de la Dirección General de Minería, las siguientes:

l) Imponer sanciones y multas a los titulares de derechos mineros que incumplan con sus obligaciones o infrinjan las disposiciones señaladas en la presente Ley, su Reglamento y el Código de Medio Ambiente.

²⁵ Decreto Supremo N° 014-92-EM

Artículo 209.- Las personas naturales o jurídicas dedicadas a las actividades de la industria minera, tienen la obligación de proporcionar las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo establecidas por la presente Ley y disposiciones reglamentarias.

²⁶ 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.



a sus labores; por ende, debió adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que el desarrollo de sus actividades mineras cumpla lo establecido en la normativa del sector.

En tal sentido, sobre la vulneración al Principio de Causalidad, es necesario indicar que la responsabilidad administrativa por el incumplimiento al numeral 2 del literal d) del artículo 104° del RSSO se origina en la conducta omisiva de LOS QUENUALES al no prohibir el ingreso a sus labores mineras subterráneas de los equipos con motores petroleros (camioneta Toyota Hilux de placa A4S-892), que de acuerdo a lo constatado en la visita de supervisión realizada del 21 al 24 de julio de 2015, excedía la emisión de gases de quinientos (500) ppm de monóxido de carbono por el escape de los mismos²⁷, circunstancia que recae únicamente sobre LOS QUENUALES.



Conforme a lo anterior, se advierte que los hechos imputados a título de infracción se encuentran debidamente acreditados en función al contenido de los documentos antes citados, los cuales fueron recabados durante la labor de supervisión realizada del 21 al 24 de julio de 2015 y que forman parte del expediente, verificándose que la administrada incurrió en responsabilidad administrativa por infracción al numeral 2 del inciso d) del artículo 104° del RSSO. En consecuencia, no se ha vulnerado el Principio de Causalidad, en tanto que la imputación efectuada en el Oficio de inicio del presente procedimiento recayó sobre la apelante.

Además, se debe reiterar que la infracción atribuida a la administrada por trasgredir el numeral 2 del inciso d) del artículo 104° del RSSO, se configuró toda vez que durante la visita de supervisión se detectó que la camioneta Toyota Hilux de placa A4S-892 arrojaba setecientos cinco (705) ppm de monóxido de carbono, excediendo la tolerancia de quinientos (500) ppm. En ese orden de ideas, su argumento referido a que no existió situación de peligro alguna, y que con normalidad efectúa monitoreos e inspecciones y que una vez detectada dicha situación ordenó la paralización de las labores de dicho vehículo, no eximen de responsabilidad administrativa a la recurrente.

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

Sobre la presunta trasgresión al Principio de Retroactividad Benigna

9. Respecto a lo alegado en el literal d) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que mediante el Decreto Legislativo N° 1272 publicado el 21 de diciembre de 2016, se modificó la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, disponiéndose en el literal f) del numeral 1 del artículo 236°-A de la mencionada Ley, que constituye una condición eximente de la responsabilidad por infracción, la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 235° del aludido cuerpo legal. (Subrayado agregado)²⁸

²⁷ Acta de Supervisión Exp. 2011500096805

N°	HECHOS CONSTATADOS
1	El equipo supervisor efectuó un total de 14 mediciones de emisión de gases al tubo de escape de los equipos con motor petrolera de la unidad minera Yauliyacu, de las cuales solo un (01) equipo, la camioneta Toyota Hilux de placa A4S-892 medida al ingreso del polvorín auxiliar de explosivos Nv 3000 Sección V alcanzó 705 ppm, superando el límite máximo permisible de 500 ppm de monóxido de carbono (CO).

²⁸ Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
Artículo 236-A.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones



Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1272, dispuso que las entidades tendrán un plazo de sesenta (60) días, contado desde la vigencia del citado Decreto Legislativo, para adecuar sus procedimientos especiales según lo previsto en el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444²⁹.

Es así que OSINERGMIN, en ejercicio de sus funciones normativas, dispuestas por el inciso c) del artículo 3° de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos³⁰ y el artículo 3° de la Ley N° 27699 - Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN³¹, a través de la Resolución N° 040-2017-OS/CD ha regulado los incumplimientos que no son pasibles de subsanación voluntaria, considerando para ello las características y naturaleza de las obligaciones exigidas y su condición de normas de orden público conforme a la normativa vigente.

De acuerdo a ello, en el literal h) del numeral 15.3 del artículo 15° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD³², OSINERGMIN ha dispuesto que no es pasible de subsanación aquellos incumplimientos relacionados con procedimientos o estándares de trabajo calificados como de alto riesgo, normas que establecen parámetros de medición, límites o tolerancias, tales como, normas de control de calidad, control metrológico, peso neto de cilindros de GLP, parámetros de aire o emisión, existencias, entre otros. (Subrayado agregado)

Es el caso del incumplimiento al numeral 2 del literal d) del artículo 104° del RSSO, materia de imputación en el presente procedimiento, la cual está vinculada al monitoreo de agentes químicos en motores petroleros en las labores mineras. En ese sentido, tal como expuso la GSM en la resolución impugnada, la medición supone una condición única cuyo resultado es inmediato (registro de hora), por lo que una nueva medición, posterior a la verificada durante la supervisión, reflejará una condición de emisión de gases de los equipos de motores petroleros,

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

(...) f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253.

²⁹ Decreto Legislativo N° 1272

Disposiciones Complementarias Transitorias

Primera. - Las entidades tendrán un plazo de sesenta (60) días, contado desde la vigencia del presente Decreto Legislativo, para adecuar sus procedimientos especiales según lo previsto en el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

³⁰ 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."

³¹ 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."

³² Resolución N° 040-2017-OS/CD

"Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción

15.3 No son pasibles de subsanación: (...)

h) Incumplimientos relacionados con procedimientos o estándares de trabajo calificados como de alto riesgo, normas que establecen parámetros de medición, límites o tolerancias, tales como, normas de control de calidad, control metrológico, peso neto de cilindros de GLP, parámetros de aire o emisión, existencias, entre otros. (...)"



distinta que no subsana el “defecto” (incumplimiento del parámetro de emisión de monóxido de carbono por el escape de máquinas a petróleo) detectado durante la supervisión del 21 al 24 de julio de 2015, tal como se verifica en el Acta de Supervisión Exp. 201500096805 que obra de fojas 2 a 5 del expediente, los cuales fueron suscritos por los representantes de LOS QUENUALES.



Pues bien, conforme fue señalado por la GSM, el RSSO ha fijado un parámetro legal de emisión de monóxido de carbono (CO) por el escape de máquinas a petróleo que no debe exceder de quinientos (500) ppm. Dicho parámetro constituye norma de orden público, de manera que el desarrollo de actividades mineras que no respete el mismo se encuentra prohibido, por lo que admitir su incumplimiento –tolerancia de dicho parámetro- atenta contra la finalidad misma. En efecto, el parámetro legal exigido por el RSSO es una condición mínima de seguridad de cumplimiento obligatorio y constante, cuya finalidad es garantizar el desarrollo de las actividades mineras en interior mina, que incluye espacios confinados (labores ciegas) calificados como de alto riesgo, en las cuales no es admisible la operación de equipos petroleros que excedan quinientos (500) ppm de monóxido de carbono por los escapes de estos, y la falta de aire limpio.

Conforme se observa de lo anterior, la infracción al numeral 2 del literal d) del artículo 104° del RSSO por su propia naturaleza no es pasible de subsanación, por lo que no corresponde la aplicación de la eximente de responsabilidad previsto en el inciso f) del numeral 236-A de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272 y el inciso f) del numeral 1 del artículo 255° del T.U.O. de la citada Ley.

De otro lado, cabe precisar que el Principio de Irretroactividad contenido en el numeral 5 del artículo 230° de la Ley N° 27444 y modificatorias, alcanza únicamente a las disposiciones referidas a la tipificación de la infracción, como a la sanción y plazos de prescripción; por lo que no resulta procedente alegar la aplicación del referido principio.

No obstante, lo expuesto, las acciones correctivas realizadas por la recurrente a fin de cumplir con las obligaciones establecidas en el numeral 2 del literal d) del artículo 104° del RSSO, si bien no la eximen de responsabilidad, sí fueron consideradas en el cálculo de la multa impuesta.

En efecto, de acuerdo al numeral 5 de la resolución recurrida, se advierte que la GSM consideró lo dispuesto en el inciso g.3) del literal g) del numeral 25.1 del artículo 25° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD³³, el cual establece que para los supuestos indicados en el numeral 15.3 del artículo 15° (incumplimientos no pasibles de subsanación), constituye un factor atenuante la realización de acciones correctivas, debidamente acreditadas por parte del Agente Supervisado, para cumplir con la obligación infringida hasta la presentación de los descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador. En estos casos, el factor atenuante será de -5%.

Por lo tanto, se aplicó el citado atenuante sobre la multa base como parte del criterio de circunstancias de la comisión de la infracción, toda vez que LOS QUENUALES mediante escrito de fecha 14 de agosto de 2015 informó que reemplazó la camioneta de placa A4S-892 por la

³³ Resolución N° 040-2017-OS/CD

Artículo 25.- Graduación de multas

25.1 En los casos en que la multa prevista por el Consejo Directivo como sanción tenga rangos o topes de aplicación, se utilizan, según sea el caso, los siguientes criterios de graduación: (...)

g) Circunstancias de la comisión de la infracción. Para efectos del cálculo de la multa se consideran los siguientes factores atenuantes: (...)

g.3) Para los supuestos indicados en el numeral 15.3 del artículo 15, constituye un factor atenuante la realización de acciones correctivas, debidamente acreditadas por parte del Agente Supervisado, para cumplir con la obligación infringida hasta la presentación de los descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador. En estos casos, el factor atenuante será de -5%.



camioneta de placa C1N-701, a fin de cumplir con la emisión de monóxido de carbono dentro del límite de quinientos (500) ppm.

En consecuencia, se advierte que el procedimiento especial aplicable por OSINERGMIN, desarrollado mediante Resolución N° 040-2017-OS/CD, ha respetado las disposiciones contenidas en la Ley N° 27444, no disponiendo ninguna condición menos favorable para los administrados³⁴, por lo que el pronunciamiento de la primera instancia fue emitido cumpliendo el marco normativo aplicable, no habiéndose configurado causal alguna para declarar la nulidad de la resolución impugnada, ni el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador.



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

Sobre la presunta contravención al Principio de Predictibilidad

10. Sobre lo señalado en el literal e) del numeral 2 de la presente resolución, se debe indicar que, de acuerdo al Principio de Predictibilidad o Confianza Legítima, regulado en el numeral 1.15 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, la autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener³⁵.

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.

En ese sentido, tal como ha sido sustentado por la GSM en la resolución impugnada, la Resolución N° 011-2017-OS/TASTEM-S2 del 16 de enero de 2017, fue emitida de acuerdo a la normativa vigente al momento de resolver el procedimiento administrativo vinculado a la misma, periodo en el cual aún no se encontraba vigente la Resolución N° 040-2017-OS/CD. No obstante, de acuerdo al artículo VI de la Ley N° 27444 y modificatorias, los actos administrativos

³⁴ En efecto, no se ha trasgredido lo dispuesto por el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444 y modificatorias, que establece que las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente ley, ya que conforme se explicó la infracción materia de análisis no admite subsanación alguna.

³⁵ Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

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:

1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima. - La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

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.



que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria para la entidad al momento de resolver un caso particular. Para ello, dichos actos deberán ser publicados conforme a las reglas establecidas para dichos fines. En ese sentido, cabe indicar que la Resolución N° 011-2017-OS/TASTEM-S2 no ha sido constituida como precedente administrativo de observancia obligatoria.

Adicionalmente, desde la publicación y vigencia de la Resolución N° 040-2017-OS/CD, era de cumplimiento obligatorio para OSINERGMIN, las empresas supervisoras y los agentes supervisados, en el marco de las funciones supervisora, fiscalizadora y sancionadora, bajo competencia de este Organismo Regulador; en ese sentido, la recurrente como titular de las actividades del sector minería cuenta con capacidad técnica y administrativa para conocer e interpretar correctamente las leyes, normas y procedimientos vigentes aplicables, motivo por el cual resulta razonable que pueda determinar, qué conductas, constituyen infracción que corresponde sancionar conforme a la normativa vigente.



En ese sentido, tal como ha sido expuesto, el presente procedimiento administrativo sancionador fue tramitado de acuerdo a la normativa vigente y atendiendo a la naturaleza del incumplimiento materia de imputación, por lo que el pronunciamiento de la primera instancia no vulneró el Principio de Predictibilidad o Confianza Legítima, no existiendo causal para declarar la nulidad de la resolución impugnada.

Por consiguiente, se procede a desestimar el recurso de apelación en este extremo.

Sobre la supuesta comisión de la infracción

11. Con relación a lo sostenido en el literal f) del numeral 2 de la presente resolución, respecto a que la autoridad administrativa efectúa mediciones hasta encontrar algún incumplimiento o supuesto ilícito para imponer una sanción, pues en este caso, se efectuaron catorce (14) mediciones, de las cuales, solo una (1) de ellas arrojó valores por encima de lo permitido; se le debe indicar que de la revisión del documento "Medición de emisión de gases de equipos con motores petroleros" obrante de fojas 13 a 15 del expediente, se advierte que durante la visita de supervisión llevada a cabo del 21 al 24 de julio de 2015, se efectuaron mediciones respecto de los catorce (14) vehículos con motores petroleros que operaban en la unidad minera "Casapalca 6 y Casapalca 8", siendo que solo la camioneta Toyota Hilux de placa A4S-892, excedía el límite máximo de quinientos (500) ppm de monóxido de carbono (CO) en las labores subterráneas, pues arrojó setecientos cinco (705) ppm de CO, configurándose la infracción al numeral 2 del inciso d) del artículo 104° del RSSO.

Por consiguiente, su argumento respecto a que la autoridad administrativa efectúa mediciones hasta encontrar algún incumplimiento o supuesto ilícito para imponer una sanción, no procede ser amparado, ni resulta acorde a la realidad. Además, cabe precisar que la actuación de OSINERGMIN, se enmarca en el fiel cumplimiento de la normativa vigente, la sujeción al Principio de Legalidad y la estricta observancia del Debido Procedimiento Administrativo, por lo que en virtud al Principio de Conducta Procedimental recogido en el numeral 1.8 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, en concordancia con el numeral 1 del artículo 56° de la citada Ley, que dispone que los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento deben actuar guiados por la buena fe, se exhorta a la recurrente y su representante, que se abstengan de formular expresiones contrarias a ésta y al respeto mutuo, así como de plantear afirmaciones carentes de todo sustento, con el ánimo de



desmerecer la función desempeñada por OSINERGMIN.³⁶

De otro lado, la administrada menciona que el certificado de calibración del equipo usado fue emitido cuando la institución encargada de realizar la acreditación de los fabricantes no había sido creada, por lo que dicho documento es cuestionable, y no produce certeza por falta de imparcialidad de la medición.

Sobre el particular, debe resaltarse que de acuerdo al tercer punto del Oficio N° 2485-2016-INACAL/DA de fecha 28 de diciembre de 2016, emitido por el Instituto Nacional de Calidad – INACAL (antes, Servicio Nacional de Acreditación del INDECOPI), obrante de fojas 145 a 151 del expediente, la acreditación de los laboratorios de calibración es de carácter voluntario y se realiza en función a una norma metrológica aplicable a la calibración de los equipos respectivos. Asimismo, dicha entidad resalta que a la fecha del oficio en cuestión la Dirección de Metrología no ha emitido ninguna norma metrológica relacionada, entre otros, a los equipos analizadores de gases de combustión.



En efecto, conforme fue reconocido por la citada entidad, la acreditación de los laboratorios de calibración es voluntaria, por lo que lo argumentado por LOS QUENUALES en el sentido que el certificado de calibración es cuestionable pues fue emitido por una entidad no autorizada, carece de asidero fáctico y jurídico, dada la ausencia de norma metrológica aplicable para solicitar la acreditación respectiva, conforme lo ha expresado la autoridad competente, constituyendo el resultado de la medición un elemento objetivo, cuya validez no procede ser cuestionada.

Finalmente, cabe agregar que el RSSO no establece que las mediciones de velocidad o cobertura de aire deban realizarse siguiendo un protocolo o guía específica, más aún cuando un documento de tal naturaleza no ha sido aprobado, ni incluido dentro de dicho reglamento; razón por la cual mal puede LOS QUENUALES fundar su defensa en supuestos criterios de muestro (número mínimo de mediciones, horarios de muestro y aplicación del promedio de resultados) no reconocidos legalmente³⁷. No obstante, lo anterior, es pertinente resaltar que la medición de velocidad de aire en las instalaciones mineras se realizó utilizando un analizador de gases debidamente calibrado el mes de la supervisión.

Además, conforme se ha expuesto anteriormente, las mediciones de velocidad y cobertura de aire en las labores mineras se llevó a cabo en presencia de los representantes de la recurrente, quienes junto a los supervisores designados por OSINERGMIN suscribieron los documentos que contenían los datos de los monitoreos efectuados, tales como el Acta de Supervisión, el Formato N° 9 denominado “Medición de Velocidad de Aire – Temperatura - Humedad” y el Formato N° 10 denominado “Medición de Emisión de Gases de Equipos con Motores Petroleros”.

En ese orden de ideas, se advierte que la conducta antijurídica materia del presente procedimiento sancionador, por infracción al numeral 2 del inciso d) del artículo 104° del RSSO, se configuró y fue detectada en la visita de supervisión, la cual fue determinada de modo objetivo y de conformidad con las normas jurídicas vigentes.

³⁶ Ley N° 27444

Artículo 56.- Deberes generales de los administrados en el procedimiento

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

1. Abstenerse de formular pretensiones o articulaciones ilegales, de declarar hechos contrarios a la verdad o no confirmados como si fueran fehacientes, de solicitar actuaciones meramente dilatorias, o de cualquier otro modo afectar el principio de conducta procedimental”

³⁷ En contraste, cabe acotar que el RSSO si estableció guías para la medición de ruido, estrés térmico y vibración, las cuales resultan aplicables para el monitoreo de dichas condiciones por disposición expresa de los artículos 96° (ruido), 97° (estrés térmico) y 102° (vibración) de la citada norma.



Asimismo, se advierte que los cuestionamientos presentados por la administrada sobre el particular, fueron debidamente sustentados por la primera instancia en el acto administrativo impugnado, conforme se observa del numeral 4 (Análisis) de la resolución de sanción.

Por todo lo expuesto, se procede a desestimar estos extremos del recurso de apelación.

Sobre la presunta trasgresión a los Principios de Debido Procedimiento y Razonabilidad, así como al derecho de defensa

12. En torno a lo argumentado en el literal g) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde señalar que el Principio de Razonabilidad regulado por el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, señala 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.³⁸



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 administrativa³⁹.

Asimismo, cabe indicar que el Principio de Debido Procedimiento⁴⁰, regulado en el numeral 1.2

³⁸ Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
Artículo 230.- 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.

³⁹ 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 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.

⁴⁰ Ley N° 27444, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
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



del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, modificado por el Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, señala que los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo, que comprenden de modo enunciativo, mas no limitativo, entre otros, el derecho a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente.



Por tal razón, el numeral 4 del artículo 3° de la Ley N° 27444, en concordancia con su numeral 6.1 del artículo 6°, establece como requisito de validez de los actos administrativos su debida motivación, la cual debe ser expresada, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes al caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

Bajo este marco legal, corresponde indicar que de la revisión del numeral 4 del Informe Final de Instrucción N° 562-2017 del 4 de julio de 2017 y de la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2439-2017 del 18 de diciembre de 2017, se advierte que se consideró como costo evitado el monto de S/ 21,505.55 (veintiún mil quinientos cinco soles con cincuenta y cinco céntimos), por costos de materiales, mano de obra y especialista, que incluye costo por cambio de filtro de petróleo, aire y aceite, la labor de un técnico mecánico, un ayudante y especialistas encargados (técnico de medición, jefe de guardia mina y responsable de mantenimiento mecánico); sin embargo, se omitió identificar el costo de cada uno de dichos conceptos.

Así las cosas, se debe resaltar que si bien el OSINERGMIN cuenta con un nivel de discrecionalidad para determinar la cuantía de la sanción aplicable dentro de los rangos mínimos y máximos establecidos para cada tipo de infracción, el uso de tal discrecionalidad debe ir acompañado de una motivación que demuestre al administrado la corrección y coherencia en la aplicación de los criterios y montos utilizados, lo que no ocurrió en el presente caso; dado que no se detalló los costos que componen el costo evitado, correspondiendo estimar lo alegado sobre el particular.

En ese orden de ideas, se debe precisar que, si bien a través del Oficio N° 420-2017-OS-GSM del 19 de julio de 2017, notificado el 21 de julio de 2017, obrante a fojas 144 del expediente, se le comunicó que podrá recoger copia del documento que contiene la información solicitada, ello no exime a la autoridad de primera instancia de su obligación de motivar el cálculo de la multa, con el detalle de los conceptos que incluyen la determinación del costo evitado, a fin de que, de considerarlo, proceda a contradecir dicho aspecto.

Siguiendo este orden de ideas, cabe señalar que no son acordes al ordenamiento jurídico los actos dictados por la Administración que no respeten los principios y disposiciones contenidas en la Ley N° 27444.

En tal sentido, habiéndose verificado que la resolución recurrida en lo relativo al cálculo de la multa se dictó en vulneración del Principio de Debido Procedimiento y el requisito de debida motivación, al haberse omitido sustentar los presupuestos empleados para el cálculo de los costos evitados; en aplicación del numeral 217.1 del artículo 217° de la Ley N° 27444 y modificatorias, corresponde declarar fundado tal extremo del recurso de apelación; y, en

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.



consecuencia, la nulidad de la resolución de sanción en el extremo referido al cálculo de los costos evitados y/o postergados en la graduación de las sanciones impuestas, por haber incurrido en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 10° de la citada Ley, retrotrayendo el procedimiento al momento del traslado del Informe Final de Instrucción, donde se deberá especificar y detallar los montos que componen el costo evitado.

Asimismo, en aplicación del numeral 217.2 del artículo 217° de la Ley N° 27444, teniendo en cuenta lo antes expuesto, corresponde disponer que se emita nuevo pronunciamiento respecto a la graduación de la sanción; devolviéndose los actuados al órgano de primera instancia para que proceda conforme a sus atribuciones, para lo cual deberán expresar las razones de tal decisión.



En cuanto a la posibilidad de ampliar argumentos al recurso administrativo interpuesto

13. Respecto a lo citado en el literal h) del numeral 2, se debe indicar que, de la revisión del expediente, se verifica que la apelante amplió los argumentos expuestos en su recurso de apelación, mediante escritos de registro N° 201600128358 del 8 de mayo de 2018, los cuales fueron evaluados en los numerales precedentes.

Sobre el uso de la palabra

14. Con relación a lo alegado en el literal i) del numeral 2 de la presente resolución, se debe precisar que el 8 de mayo de 2018 se llevó a cabo el Informe Oral de LOS QUENUALES, en el cual, el representante de la administrada, reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, los cuales fueron evaluados en los numerales 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 **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A. contra la de Gerencia de Supervisión Minera N° 2409-2017 de fecha 18 de diciembre de 2017, en el extremo referido a la atribución de responsabilidad administrativa por la infracción al numeral 2 del inciso d) del artículo 104° del RSSO, procediéndose a confirmar dicha resolución en tal extremo.

Artículo 2°. - Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación en lo referido al cálculo de los costos evitados y/o postergados correspondientes a la infracción al numeral 2 del inciso d) del artículo 104° del RSSO, procediéndose a declarar su **NULIDAD**; devolviéndose los actuados a la primera instancia para que proceda conforme a sus atribuciones, por las consideraciones expuestas en la presente resolución.

Artículo 3°. -Declarar agotada la vía administrativa respecto de la responsabilidad administrativa por la infracción al numeral 2 del inciso d) del artículo 104° del RSSO.

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