

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 155-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 18 de junio de 2018

VISTO:



El Expediente N° 201600168613 que contiene el recurso de apelación interpuesto por la empresa MINERA BARRICK MISQUICHILCA S.A. representada por el señor Miguel Amable Rodríguez, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1400-2017 de fecha 11 de setiembre de 2017, mediante la cual se le sancionó por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 1400-2017, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a MINERA BARRICK MISQUICHILCA S.A., en adelante BARRICK, con una multa total de 8.37 (ocho con treinta y siete centésimas) UIT, por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM, en adelante RSSO, conforme al siguiente detalle:



INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Infracción al inciso f) del artículo 246° del RSSO¹ Tres (3) polvorines superficiales tipo "especial" (Silo), no cuenta con doble puerta de fierro.	Numeral 3.2 del Rubro B ² del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD	8.37 UIT
TOTAL		8.37 UIT³

Como antecedentes, cabe señalar lo siguiente:

¹ Decreto Supremo N° 055-2010-EM que aprueba el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional y otras medidas complementarias en Minería.
"Artículo 246º.- Para los polvorines principales y auxiliares subterráneos y para los polvorines superficiales, se deberá cumplir lo siguiente: (...) f) Accesos: contar con doble puerta de fierro."

² Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD
Anexo: Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras
Rubro B: Incumplimiento de Normas Técnicas de Seguridad Minera
3. Incumplimiento de Normas de Almacenamiento, Transporte, Manipuleo de Explosivos y Agentes de Voladuras
3.2 Polvorines
Base Legal: Arts. 224°, 245°, 246°, 249° y 251° del RSSO
Sanción: Hasta 250 UIT

³ Cabe precisar que para la determinación y graduación de las sanciones para la infracción al inciso f) del artículo 246º del RSSO, se consideró el Anexo que forma parte de la resolución impugnada, en el cual se detallan los criterios, metodología y la probabilidad de detección aplicados, y que fueron aprobados por la Resolución de Gerencia General N° 035 y 256-2013 publicadas en el Diario Oficial El Peruano con fecha 03 de febrero de 2011 y 23 de noviembre de 2013, respectivamente.

"Resolución de Gerencia General N° 035
Artículo 1°.- APROBACIÓN

Aprobar los criterios para la aplicación de las sanciones contenidas en la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD que aprueba la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras."

"Resolución N° 256-2013-OS/GG

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



- a) OSINERGMIN designó a la empresa supervisora SC Ingeniería S.R.L., en adelante la Supervisora Externa, para que realice una supervisión a la unidad minera "Acumulación Alto Chicama", de titularidad de BARRICK⁴, la cual se llevó a cabo del 21 al 23 de junio de 2016.
- b) Mediante escrito de registro N° 2016-91216 de fecha 16 de setiembre de 2016, BARRICK presentó al OSINERGMIN información relativa al cumplimiento de las recomendaciones formuladas durante la referida supervisión.
- c) A través del Oficio N° 2413-2016 notificado a BARRICK el 27 de diciembre de 2016, que obra a fojas 20 del expediente, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.
- d) Por escrito de registro N° 2016-168613 presentado con fecha 04 de enero de 2017, BARRICK remitió sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

- 2. Mediante escrito de registro N° 2016-168613, presentado con fecha 4 de octubre de 2017, BARRICK interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1400-2017, solicitando su nulidad, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

Con relación a las infracciones imputadas en el presente procedimiento

- a) El polvorín auxiliar no cuenta con doble puerta de fierro: Señala que los silos para emulsión matriz son polvorines especiales, a los que no resulta aplicable el literal f) del artículo 246° del RSSO, toda vez que la obligación de contar con doble puerta de fierro es una obligación exigible a los polvorines de tipo superficial y subterráneo.

Refiere que la normativa debe ser interpretada en concordancia con la Directiva N° 001-2001-IN-1703, sobre Procedimientos para el Funcionamiento de Polvorines de Almacenaje de Explosivos, Insumo y Conexos de Uso Civil, aprobado mediante Resolución Directoral N° 2385, el 4 de diciembre del 2001 y en concordancia con el Reglamento de Control de Explosivos de Uso Civil, aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-71-IN, vigente al momento de la supervisión, clasifica a los polvorines en: i) superficiales, ii) subterráneos y iii) especiales; considerando a los silos como polvorines especiales y no superficiales.

Agrega que es incongruente el hecho de que se incluya a los silos (tanques) dentro de los alcances de las definiciones de polvorines superficiales o subterráneos, siendo que los silos son depósitos elevados que almacenan emulsiones que son agentes explosivos líquidos y no infraestructuras acondicionadas a la superficie del terreno.

- b) Se ha vulnerado el Principio de Tipicidad: Señala que la GSM interpreta extensivamente el alcance de la obligación contenida en el literal f) del artículo 246° del RSSO a los polvorines de tipo especial, alegando que la GSM desconoce los alcances de la regulación sobre uso de explosivos, respecto a la clasificación de polvorines, aduciendo que dicha clasificación tiene como objeto una finalidad distinta, que no se relaciona con las condiciones de seguridad en la operación del polvorín.

⁴ La Unidad Minera "Acumulación Alto Chicama" de titularidad de BARRICK, se encuentra ubicada en el Paraje Callacuyan, distrito de Quiruvilca, provincia de Santiago de Chuco, departamento de La Libertad.



- c) La Resolución materia de apelación adolece de motivación aparente: Señala que la GSM tiene como principal argumento para imponer la sanción a BARRICK, es que los polvorines especiales son superficiales por el hecho de que sus bases se encuentran en la superficie, pretendiendo interpretar, a modo de “casarón o fachada”, que la obligación de contar con una doble puerta de hierro resulta aplicable a un polvorín especial de tipo silo, siendo que la obligación solamente es aplicable a los polvorines superficiales y subterráneos.
- d) Se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad: Señala que no resulta razonable exigir doble puerta de hierro a un polvorín especial tipo silo, puesto que no hay relación entre lo exigido y los fines que se pretende garantizar, toda vez que el polvorín: i) se encuentra elevado; y, ii) almacena emulsiones que son agentes explosivos líquidos, puesto que son líquidos que no podría suponerse que pueden ser extraídos por personal no autorizado. Afirma que la GSM ha señalado que la finalidad de la norma sería proteger la seguridad en las operaciones mineras y prevenir riesgos en el desarrollo de las actividades mineras, de allí que busca restringir el acceso a personal no autorizado, considerando barreras físicas para el ingreso.

En efecto, BARRICK afirma que ha implementado dispositivos de seguridad como cadenas y candados para la restricción de personas no autorizadas, tanto en las escaleras como en las tapas superiores de los silos; así como personal de resguardo por parte de un agente de seguridad patrimonial y efectivos policiales ubicados a poca distancia de la ubicación de los silos, a fin de que personas no autorizadas ingresen a los polvorines especiales.

3. A través del Memorándum N° GSM-370-2017, recibido el 6 de octubre del 2017, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Supuesta infracción al literal f) del artículo 246° del RSSO

4. Con relación a los argumentos contenidos en los literales a) y d) respecto a la infracción al literal f) del artículo 246° del RSSO y vulneración al Principio de Razonabilidad: En tanto no resulta razonable exigir doble puerta de hierro a un polvorín especial tipo silo.

Al respecto, de acuerdo con las Leyes N° 28964 y N° 29901; así como el Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD (en adelante, RSFS), Osinergmin es competente para supervisar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas de seguridad de la infraestructura, las instalaciones y la gestión de seguridad de sus operaciones.

De acuerdo a la Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS/CD, la Gerencia de Supervisión Minera es competente para actuar como órgano sancionador en las actividades del Sector Minero. Los procedimientos administrativos sancionadores continuarán su trámite considerando dicha competencia; así como, aquellas disposiciones establecidas en el Decreto Legislativo N° 1272.

Una de dichas disposiciones es la recogida en el literal f) del artículo 246° del RSSO, la cual tiene como alcance disponer doble puerta de hierro como medida de seguridad de acceso a los polvorines y extiende su cumplimiento a todos los polvorines principales y auxiliares, tanto subterráneos como superficiales, el cual establece lo siguiente:



"Para los polvorines principales y auxiliares subterráneos y para los polvorines superficiales, se deberá cumplir lo siguiente:

(...)

f) Accesos: contar con doble puerta de fierro.

(...)"

(el subrayado es nuestro)



Respecto a ello, cabe precisar que se observa de las Fotografías N° 35, 36, 37 y 38 obrantes a fojas 7 del expediente y las diez (10) Fotografías adjuntas al recurso de apelación, obrantes de fojas 95 a 101, que los tres (3) polvorines son estructuras metálicas sostenidas por soportes elevados, las cuales cuentan con una escalera vertical como un único acceso, así también cuenta con una tapa superior, ambas con una cadena y un candado impidiendo el acceso; en consecuencia, la estructura del polvorín no se encuentra directamente sobre la superficie, por lo que no se subsumiría en la descripción de polvorín superficial.

En ese sentido, cabe mencionar que si bien la obligación contenida en el literal f) del Artículo 246° del RSSO determina que es responsabilidad del titular minero contar con doble puerta de fierro en el acceso de los polvorines del tipo principal, auxiliar, subterráneos y para los polvorines superficiales, se verifica que la condición del tanque elevado no está inmersa en el tipo de la conducta infractora.

Asimismo, cabe resaltar que, de exigirle al administrado la instalación de una doble puerta de fierro y la instalación sea técnicamente viable, con la finalidad de constituir una doble barrera de acceso a personas no autorizadas, cabe precisar que se tendría que exigir otro tipo de instalación previa, siendo necesaria también la instalación de un cerco perimetral a fin de poder instalar las puertas de fierro; sin embargo, dicho requerimiento adicional no está contemplado en el RSSO.

Ahora bien, respecto a que no resulta razonable exigir dos puertas de fierro en un polvorín elevado, el Principio de Razonabilidad, previsto en el numeral 3 del artículo 246° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en adelante el T.U.O. de la Ley N° 27444, establece 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.

En relación a ello, se debe señalar que en este caso los polvorines constituyen estructuras elevadas, ubicadas sobre soportes elevados, y que la finalidad de la norma consistente en disponer que el titular minero instale doble puerta de metal en el acceso al polvorín, es el de resguardar las condiciones de seguridad durante la operación, evitando que personas no autorizadas ingresen a las instalaciones del polvorín, por ello la exigencia de contar con doble puerta de fierro en los polvorines tiene por finalidad restringir el acceso a personal no autorizado, considerando para ello una doble barrera física al ingreso.

En ese sentido, de los registros fotográficos, de acuerdo a la estructura de los tanques ubicados sobre soportes elevados con el único acceso consistente en una escalera vertical fija desde el piso hasta la parte superior del tanque (manhole), no se aprecia de qué forma la instalación de la doble puerta de fierro podría haber evitado la finalidad de la norma, que es impedir el acceso de los trabajadores no autorizados a las instalaciones, pues como se ha mencionado tendría que ponerse la puerta en un cerco perimétrico pero esta es una exigencia no contemplada en la norma imputada.



Asimismo, de la revisión de los registros fotográficos N° 1, 2, 4 y 5, obrante a fojas 95, 97, 98, 100 y 101, se verifica que la empresa BARRICK ha implementado cadenas con candados en cada una de las escaleras de acceso y en las tapas de los tres (3) polvorines que se encuentran elevados, así como personal de vigilancia y efectivos policiales que controlan el acceso a los polvorines; para evitar que personal no autorizado suba las escaleras para tener acceso al material explosivo que se encuentra estado líquido.



Por lo tanto, en opinión de la Sala 2 del TASTEM no se trata de los polvorines ni subterráneo ni superficial a que se refiere la norma para los que se exige instalar la doble puerta de fierro; sino que en este caso se trata de uno especial elevado, para el que resulta eficiente el resguardo a la escalera de acceso con candados y vigilancia; como se hizo en el presente caso; razón por la que corresponde declarar fundado el recurso de apelación.

Con relación al descargo b), respecto a la vulneración del Principio de Tipicidad.

4. Con relación a lo manifestado en los literales b) y c) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que el Principio de Tipicidad, previsto en el numeral 4 del artículo 246° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en adelante el T.U.O. de la Ley N° 27444, establece que solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía⁵.

Asimismo, de acuerdo al Principio de Debido Procedimiento, regulado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, los administrados gozan de todos los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo, que comprenden los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.⁶

Sobre el particular, MORÓN URBINA ha señalado que el Principio de Debido Procedimiento, se proyecta como un conjunto de derechos que forman parte de un estándar mínimo de garantía para los administrados que involucra la aplicación en sede administrativa de los derechos concebidos originalmente en sede judicial, dentro de los cuales encontramos al denominado

⁵ Ley N° 27444, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

⁶ T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

1.2. 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. (...)"



derecho de defensa (derecho a exponer argumentos y producir pruebas) y el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho⁷.

En cuanto al derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho, se debe precisar que el numeral 4 del artículo 3° del T.U.O. de la Ley N° 27444, establece como requisito de validez de los actos administrativos que éstos deban estar debidamente motivados en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. Asimismo, el numeral 5.4 del artículo 5° de la citada norma dispone que el contenido del acto administrativo debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados.⁸

Por lo tanto, los pronunciamientos de las entidades deben adecuarse al contenido del ordenamiento jurídico vigente y los hechos respecto de los cuales se ha formado convicción de verdad material durante la tramitación del procedimiento, para lo cual resulta necesario que éstas resuelvan los principales fundamentos de hecho y de derecho planteados por los administrados en ejercicio de su derecho de defensa.

En base a las consideraciones expuestas, se advierte que la potestad sancionadora y la facultad de tipificar infracciones y sanciones propias de este Organismo le fueron atribuidas a través de normas con rango de ley, en función a las cuales se aprobó el Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las actividades mineras, el cual establece claramente que el incumplimiento del literal f) del artículo 246° del RSSO constituye infracción administrativa sancionable con una multa de hasta 250 UIT; sin embargo, al no subsumirse dentro de la conducta infractora descrita, el hecho sólo es subsumible en el tipo si concurren todas las circunstancias que lo definen, sin que se realice una aplicación analógica ni extensiva.

De lo expuesto anteriormente, se concluye que, al no subsumirse dentro de la conducta infractora descrita, toda vez que la obligación de contar con doble puerta de metal en el acceso al polvorín se aplica a los polvorines superficial y subterráneo, y no como al del presente caso se evidencia la vulneración a los Principios de Tipicidad, así como al Debido Procedimiento.

En atención a lo señalado, toda vez que la resolución recurrida se dictó en vulneración de los Principios de Tipicidad y Debido Procedimiento, en aplicación del numeral 225.1 del artículo 225° del T.U.O. de la Ley N° 27444, corresponde declarar fundado el recurso de apelación interpuesto, y en consecuencia, disponer el archivo del presente procedimiento sancionador por haber incurrido en la causales previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 10° de la citada Ley.⁹

⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima. 8° edición, 2009, pág. 64 a 67.

⁸ T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos: (...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. (...)"

"Artículo 5.- Objeto o contenido del acto administrativo
(...)

5.4 El contenido debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar otras no propuestas por estos que hayan sido apreciadas de oficio, siempre que la autoridad administrativa les otorgue un plazo no menor a cinco (5) días para que expongan su posición y, en su caso, aporten las pruebas que consideren pertinentes."

⁹ T.U.O. de la Ley N° 27444 y modificatorias

Artículo 10.- Causales de nulidad

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

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

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. (...)"

Finalmente, en aplicación del numeral 225.2 del artículo 225° del T.U.O. de la Ley N° 27444¹⁰, corresponde disponer el archivo del procedimiento administrativo sancionador.

Sobre el uso de la palabra

5. Mediante Oficio N° 33-2018, notificado el 5 de junio de 2018, se informó a BARRICK, que se otorgó fecha para hacer uso de la palabra el día 12 de junio del 2018 por espacio de 20 minutos, siendo así en fecha 08 de junio del 2018 la recurrente cumplió con presentar un escrito designando a sus representantes para asistir al informe oral.

La diligencia de informe oral se llevó a cabo con fecha 12 de junio de 2018, durante la cual el abogado de BARRICK, Miguel Ángel Soto Palacios con CAL N° 58654 encargado de la exposición, manifestó sus argumentos de defensa, reiterando lo que se expuso en su recurso de apelación, los cuales han sido debidamente evaluados y se ha emitido pronunciamiento respecto de ellos, conforme se ha expuesto en los párrafos precedentes.

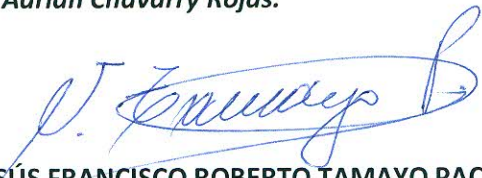


De conformidad con los numerales 16.1 y 16.3 del artículo 16° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD, y toda vez que no obra en el expediente administrativo mandato judicial alguno al que este Tribunal deba dar cumplimiento.

SE RESUELVE:

Artículo Único.- Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por Minera Barrick Misquichilca S.A., contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1400-2017 de fecha 11 de setiembre de 2017; y disponer el **ARCHIVO DEFINITIVO** del procedimiento sancionador contenido en el Expediente N° 201600168613, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Con la intervención de los señores vocales: Jesús Francisco Roberto Tamayo Pacheco, Mario Antonio Nicolini del Castillo y Héctor Adrián Chávarry Rojas.


JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE

¹⁰ T.U.O. de la Ley N° 27444

Artículo 225.- Resolución

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

225.2 Constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.