

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 289-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 11 de setiembre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201700029808 que contiene el recurso de apelación interpuesto por SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE S.A.A., representada por el señor Óscar Enrique Champion Hau, y ORICA MINING SERVICES PERÚ S.A., representada por el señor Gustavo Costa Rey, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 920-2018 de fecha 04 de abril del 2018, mediante la cual se las sancionó por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 920-2018, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a la empresa SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE S.A.A., en adelante CERRO VERDE, con una multa ascendente a 21.51 (veintiuno con cincuenta y un centésimas) UIT; y conjuntamente con ORICA MINING SERVICES PERU S.A. (Empresa Contratista), en adelante ORICA, con una multa solidaria ascendente a 95.69 (noventa y cinco con sesenta y nueve centésimas) UIT por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM, en adelante RSSO, conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Al numeral 4 del artículo 38° del RSSO¹ La supervisión no verificó que se cumpla en la operación de la faja transportadora con el primer y tercer paso de la Sección Faja de Nitrato del numeral 6 del PETS de "Abastecimiento de nitrato de amonio al silo" con Código EC_OMS-OPER-PPA-004, toda vez que antes de dar marcha al equipo no se realizó la inspección pre-labor y el señor Wisthon Peter Arratea Ale ingresó a la cola de la faja en movimiento cuando no estaba autorizado para ello.	Numeral 5.1.3 ²	Multa Solidaria 70.12 UIT

¹ RSSO

"Artículo 38.- Es obligación del Supervisor:

(...)

4. Instruir y verificar que los trabajadores conozcan y cumplan con los estándares y PETS y usen adecuadamente el EPP apropiado para cada tarea".

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

5.1. Supervisión

5.1.3. Obligaciones

Base legal: Artículo 38° del RSSO

Multa: hasta 250 UIT

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Al literal f) y penúltimo párrafo del artículo 95° del RSSO³ Al inicio de la tarea de abastecimientos de Nitrato de Amonio al Silo, la supervisión no modificó o ratificó, la Identificación de Peligros, Evaluación y Control de Riesgos, ya que no suscribió el Instrumento de gestión Análisis de Riesgo Ocupacional.	Numeral 2.6 ⁴	Multa Solidaria 25.57 UIT
Al artículo 377° del RSSO⁵ La faja de dosificación de nitrato de amonio no tenía un cable interruptor instalado a lo largo de toda su longitud, toda vez que en la cola faltaba la implementación de un (1) metro de éste.	Numeral 16.1 ⁶	Multa Cerro Verde 21.51 UIT
TOTAL		117.20 UIT

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- a) Con fecha 23 de febrero de 2017, se produjo el accidente mortal del señor Wisthon Peter Arratea Ale, trabajador de la Empresa Contratista, en la Unidad Minera "Cerro Verde 1, 2 y 3", de titularidad de CERRO VERDE.

Al respecto, con fecha 23 de febrero de 2017, se ordena a los señores Diego Armando Cuba y Wisthon Peter Arratea Ale la tarea de abastecer de nitrato de amonio al silo en la faja transportadora.

Aproximadamente a las 09:00 horas, el señor Diego Armando Cuba (operador de carguío), quien se encontraba verificando la descarga en el silo, bajó por la rampa instalada a lo largo de la faja transportadora, dejando el sistema eléctrico de arranque encendido para comunicar al señor Wisthon Peter Arratea Ale (operador del montacargas) que el silo ya estaba lleno y que no era necesario seguir alimentando de nitrato de amonio la tolva.

³ RSSO

"Artículo 95.- El titular de actividad minera deberá identificar permanentemente los peligros, evaluar los riesgos e implementar medidas de control, con la participación de todos los trabajadores en los aspectos que a continuación se indica, en:

(...)

f) En las actividades diarias, al inicio y durante la ejecución de las tareas

Al inicio de toda tarea, los trabajadores identificarán los peligros, evaluarán los riesgos para su salud e integridad física y determinarán las medidas de control más adecuadas según el IPERC - Continuo del ANEXO N° 7, las que serán ratificadas o modificadas por la supervisión responsable. (...)"

⁴ 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

2. Incumplimiento de normas de procedimiento, ejecución de trabajos, IPER, PETS y Equipo de protección personal

2.6. Identificación de peligros, evaluación y control de riesgos

Base legal: Artículo 95° del RSSO

Multa: hasta 500 UIT

⁵ RSSO

"Artículo 377.- La instalación, operación y mantenimiento de fajas, polines, motores y reductores, poleas motoras, poleas de cola, sistema de frenado, entre otros, deberán hacerse de acuerdo con los estándares del fabricante. Todas las fajas transportadoras tendrán un cable interruptor a cada lado para casos de emergencia, instalado a lo largo de toda su longitud, operativa, libre de obstáculos y al alcance del operador".

⁶ Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD

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

16. Incumplimiento de normas de maquinaria, equipos y herramientas

16.1. instalación, operación y mantenimiento

Base legal: Artículo 377° del RSSO

Multa: hasta 150 UIT

El señor Wisthon Peter Arratea Ale se dirigió a la parte posterior del telehandler que previamente había sido estacionado junto a la tolva; luego, el señor Diego Armando Cuba escuchó un fuerte grito y al girar hacia la tolva vio a su compañero atrapado por la mano izquierda entre la faja y la polea de cola que se encontraba en movimiento.

El operador del carguío procedió a dar la alerta de emergencia; certificando posteriormente los paramédicos la muerte del trabajador accidentado.

- 
- 
- b) El día 23 de febrero de 2017 CERRO VERDE comunicó a OSINERGMIN la ocurrencia del accidente mortal.
 - c) Del 24 al 26 de febrero de 2017, se efectuó una visita de supervisión a las instalaciones de la Unidad Minera "Cerro Verde 1, 2 y 3".
 - d) Mediante escrito de fecha 06 de marzo de 2017, CERRO VERDE presentó a OSINERGMIN su Informe de Investigación del accidente mortal.
 - e) A través de los Oficios N° 1462-2017 y N° 1463-2017, notificados con fecha 7 de julio de 2017, se comunicó a CERRO VERDE y ORICA, respectivamente, el inicio del procedimiento administrativo sancionador.
 - f) Con escritos presentados con fechas 18 y 25 de julio de 2017, ORICA y CERRO VERDE, respectivamente, remitieron sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.
 - g) A través del Oficio N° 162-208-OS-GSM, notificado el 22 de marzo de 2018, se citó a CERRO VERDE al informe oral a llevarse a cabo a las 09:00 horas del 03 de abril de 2018, en atención a su solicitud.
 - h) Mediante Oficios N° 163-2018-OS-GSM y N° 164-2018-OS-GSM, notificados con fecha 22 de marzo de 2018, se trasladó a ORICA y CERRO VERDE, respectivamente, el Informe Final de Instrucción N° 145-2018 del 21 de marzo de 2018.
 - i) Con escritos presentados con fecha 2 de abril de 2018, CERRO VERDE y ORICA remitieron sus descargos al Informe Final de Instrucción N° 145-2018.
 - j) Mediante Acta de Informe Oral del 3 de abril de 2018, obrante a fojas 570 del expediente, se dejó constancia que los representantes de CERRO VERDE no se presentaron a la audiencia de informe oral programada de acuerdo al Oficio N° 162-2018-OS-GSM.
2. Mediante escritos presentados con fechas 19 y 26 de abril de 2018, ORICA y CERRO VERDE interpusieron recursos de apelación contra la Resolución N° 920-2018 del 04 de abril de 2018, solicitando su nulidad, conforme a los siguientes fundamentos:

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a las competencias de OSINERGMIN

- a) CERRO VERDE y ORICA manifiestan que en la resolución de sanción se ha indicado que el alcance de la derogatoria de la Ley N° 28964 y la Ley N° 29901 apunta a conservar las competencias de OSINERGMIN en materia de seguridad en la infraestructura, las instalaciones y la gestión de seguridad de las operaciones. Sin embargo, no se ha considerado que las normas mencionadas en la resolución para sustentar esta idea son anteriores a la publicación del Decreto Supremo N° 024-2016-EM, que aprobó el nuevo Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 9.- la SUNAFIL es la autoridad competente para la supervisión y fiscalización del cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas vigentes relacionadas con la Seguridad y Salud Ocupacional en la Gran y Mediana Minería, en el marco de la Ley N° 29981. El OSINERGMIN es la autoridad competente para supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con la seguridad de la infraestructura en la Gran y Mediana Minería, en el marco de la Ley N° 29901 y el Decreto Supremo N° 088-2013-PCM”.

En consecuencia, esta entidad no habría tomado en cuenta los recientes cambios normativos aplicables al presente procedimiento administrativo sancionador, ya que el Decreto Supremo N° 024-2016-EM que regula las principales disposiciones relacionadas a la seguridad y salud ocupacional en minería no ha sido utilizado al realizar el análisis de las competencias de OSINERGMIN.

De igual forma se ha inobservado lo establecido en el Decreto Supremo N° 002-2017-TR, que aprobó el Reglamento del Sistema de Inspección del Trabajo, cuyo artículo 5° establece que sobre los mismos hechos no pueden concurrir dos o más entidades administrativas:

“Artículo 5.- De los conflictos de competencia con entidades con funciones vinculadas a la inspección del trabajo

Las entidades con funciones vinculadas a la inspección del trabajo son aquellas instituciones del Estado que cumplen labores de fiscalización relacionadas de alguna forma al cumplimiento de normas sociolaborales. Cuando concurren sobre un mismo hecho la función fiscalizadora de dos o más entidades, en aplicación del principio de especialidad contenido en el Convenio 81 de la Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre la Inspección del Trabajo en la Industria y el Comercio, y la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, deberá preferirse las constataciones efectuadas por la autoridad inspectiva de trabajo competente”.

La motivación del Informe Final de Instrucción N° 145-2018 y la resolución impugnada respecto a las competencias es errada, toda vez que se sustenta en un contexto previo a la determinación de funciones en favor del sector trabajo respecto a la fiscalización y seguridad en el trabajo. Las normas citadas en dichos documentos son: la Ley N° 29783 (Séptima Disposición Final y Complementaria), Ley N° 29901, Decreto Supremo N° 088-2013-PCM, Decreto Supremo N° 024-2016-EM, Decreto Supremo N° 002-2017-TR.

Asimismo, expresan su desacuerdo con la referencia realizada a la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD, ya que es una norma de carácter infra normativo que solo aprueba un Cuadro de Tipificación de infracciones en seguridad minera, mas no determina competencia alguna de OSINERGMIN.



En consecuencia, consideran que esta entidad debe dejar sin efecto la imputación de infracciones en materia de seguridad y salud ocupacional, considerando además que la autoridad competente (SUNAFIL) emitirá opinión sobre la misma materia, lo cual podría vulnerar de forma irreparable sus derechos como administrado, al configurarse más de una sanción por los mismos supuestos hechos.

Asimismo, solicitan la observancia del Principio del Ejercicio Legítimo del Poder y el artículo 247° del T.U.O. de la Ley N° 27444, cuya vulneración constituye causal de nulidad de cualquier acto administrativo.

Sobre los incumplimientos en materia de seguridad y salud ocupacional

- b) CERRO VERDE y ORICA señalan que las infracciones a los artículos 38° y 95° del RSO están relacionadas a materias que son competencia de SUNAFIL.

Respecto al incumplimiento al numeral 4 del artículo 38° del RSO, indica que la propia norma establece que los PETS responden a la pregunta de cómo hacer un trabajo de manera correcta y segura. Por lo tanto, se cuestiona que la infracción citada sea fiscalizada por OSINERGMIN, si es claro que no está relacionada a seguridad en la infraestructura y sí a seguridad y salud en el trabajo.

Sobre el particular, indica que los argumentos desarrollados en el Informe Final de Instrucción N° 145-2018⁷ como en la resolución impugnada se refieren a la ocurrencia de un déficit en la supervisión, lo cual es acorde con su postura respecto a que las infracciones materia de análisis no son competencia de OSINERGMIN.

Respecto a la infracción al literal f) y penúltimo párrafo del artículo 95° del RSO, señala que constituye una materia de seguridad y salud en el trabajo que es de competencia de SUNAFIL⁸.

⁷ Cita los siguientes extractos del Informe Final de Instrucción N° 145-2018: "corresponde señalar que la imputación está referida a una deficiencia de la supervisión en la inspección pre-labor de la faja de nitrato, exigencia que se encuentra establecida de manera literal en el PETS (...). Cabe reiterar que en el presente caso, la responsabilidad administrativa por el incumplimiento del numeral 4 del artículo 38° del RSO se origina en la conducta omisiva por deficiencia en la supervisión a fin de que se verifique el cumplimiento del PETS por parte de sus trabajadores, circunstancia que es responsabilidad de CERRO VERDE y la Empresa Contratista Minera".

⁸ Al respecto cita las obligaciones de todo empleador según la Ley N° 29783°, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo:
"Artículo 19.- Participación de los trabajadores en el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo
La participación de los trabajadores y sus organizaciones sindicales es indispensable en el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, respecto de lo siguiente:
(...)
d) La identificación de los peligros y la evaluación de los riesgos al interior de cada unidad empresarial y en la elaboración del mapa de riesgos".

"Artículo 36.- Servicios de Seguridad y Salud en el Trabajo

Todo empleador organiza un servicio de seguridad y salud en el trabajo propio o común a varios empleadores, cuya finalidad es esencialmente preventiva. Sin perjuicio de la responsabilidad de cada empleador respecto de la salud y la seguridad de los trabajadores a quienes emplea y habida cuenta de la necesidad de que los trabajadores participen en materia de salud y seguridad en el trabajo, los servicios de salud en el trabajo aseguran que las funciones siguientes sean adecuadas y apropiadas para los riesgos de la empresa para la salud en el trabajo:

a) Identificación y evaluación de los riesgos que puedan afectar a la salud en el lugar de trabajo. (...)"

"Artículo 49.- Obligaciones del empleador

El empleador, entre otras, tiene las siguientes obligaciones:

(...)

a) Garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor, en el centro de trabajo o con ocasión del mismo.

b) Desarrollar acciones permanentes con el fin de perfeccionar los niveles de protección existentes.

c) Identificar las modificaciones que puedan darse en las condiciones de trabajo y disponer lo necesario para la adopción de medidas de prevención de los riesgos laborales".

De acuerdo a lo establecido en el RSSO, la IPERC es el “proceso sistemático utilizado para identificar los peligros, evaluar los riesgos y sus impactos y para implementar los controles adecuados, con el propósito de reducir los riesgos a niveles establecidos según las normas vigentes”.

En consecuencia, sostiene que el Análisis de Riesgo Ocupacional es un instrumento empleado en la seguridad y salud ocupacional para determinar los riesgos para los trabajadores durante la ejecución de cada labor; por lo tanto, está vinculado a la seguridad y salud ocupacional.

De lo expuesto, toda vez que los hechos que habrían generado la comisión de esta infracción son el liderazgo y la supervisión inadecuadas que son temas de seguridad y salud ocupacional de competencia de SUNAFIL, OSINERGMIN no debe pronunciarse al respecto.

Finalmente, señala que el Protocolo para la Fiscalización en Materia de Seguridad y Salud Ocupacional en el Sub Sector Minería, aprobado por Resolución de Superintendencia N° 151-2017-SUNAFIL, prevé como obligaciones a supervisar, fiscalizar y sancionar las mismas que le pretende imputar OSINERGMIN⁹.

Sobre la indebida motivación de la resolución impugnada

- c) La resolución de sanción ha considerado no aplicar el artículo 5° del Decreto Supremo N° 002-2017-TR a fin de dilucidar la competencia de SUNAFIL y OSINERGMIN; sin embargo, la primera instancia no ha señalado por qué dicha norma no se aplica al presente procedimiento sancionador, por lo que ha incurrido en una transgresión al deber de debida motivación¹⁰, de acuerdo al artículo 6° de la Ley N° 27444.

ALEGATOS DE ORICA

Sobre el Principio de *Non bis in idem*

- d) ORICA cuestiona que en la resolución de sanción se señala que la competencia de OSINERGMIN es excluyente y se ejerce sin perjuicio de las actividades de SUNAFIL. Se pregunta qué ocurre si existe una doble sanción por los mismos hechos o si se emiten pronunciamientos contradictorios.

Como se ha expuesto, SUNAFIL podría proponer la imposición de una multa por los mismos supuestos incumplimientos a normas de seguridad y salud ocupacional, con lo cual se podría imponer más de una multa por los mismos hechos y la misma materia, vulnerándose el Principio de *Non bis in idem*, regulado en el numeral 11 del artículo 246° del TUO de la Ley N° 27444¹¹.

⁹ Adjunta registro del proyecto de Protocolo.

¹⁰ Al respecto, cita la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00091-2005-PA/TC, fundamento 9: “El derecho a la motivación de las resoluciones administrativas es de especial relevancia. Consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de todo administrado a que las sentencias estén motivadas; es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican. (...) La motivación de la actuación administrativa, es decir, la fundamentación con los razonamientos en que se apoya, es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos, imponiéndose las mismas razones para exigirla tanto respecto de actos emanados de una potestad reglada como discrecional”.

¹¹ Cita la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 05143-2011-AA/TC: “La non bis in idem es un principio implícito en el derecho al debido proceso, reconocido por el artículo 139, numeral 3, de la Constitución”.

Al respecto, señala que SUNAFIL emitió la Orden de Inspección N° 077-2017-SUNAFIL/INSSI, en la cual se le hizo entrega de la Constancia de incumplimientos insubsanables con fecha 10 de abril de 2017, se adelantó opinión sobre la materia y hubo pronunciamiento sobre los mismos puntos que actualmente OSINERGMIN fiscaliza: la falta de supervisión y la entrega de IPERC Continuo y procedimientos de trabajo seguro – PETS.

De acuerdo a lo antes indicado, nada evitaría que ambas instituciones la fiscalicen y sancionen por los mismos hechos o, peor aún, emitan resoluciones contradictorias en clara vulneración a su derecho de defensa. ORICA agrega que todos sus argumentos para acreditar el cumplimiento de un adecuado sistema de gestión en seguridad y salud en el trabajo han sido remitidos a la entidad competente (SUNAFIL).

Sobre el Principio de *Non bis in idem*, el Tribunal Constitucional ha indicado que existen dos vertientes: material y procesal. La vertiente procesal implica que un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos (o que se inicien dos procesos distintos con el mismo objeto) y la vertiente material refiere que no pueden recaer dos sanciones sobre un mismo sujeto por una misma infracción, ya que ello constituiría un exceso del poder sancionador¹².

En el presente caso se cumple la triple identidad del sujeto¹³, hecho y fundamento. Sobre la identidad del sujeto, señala que la sanción que se pretende imponer recae sobre su representada (ORICA). Respecto a la identidad de hecho, en ambos casos, el suceso que originó el incumplimiento de la normativa vigente es una supuesta supervisión inadecuada por parte de ORICA y CERRO VERDE, que originó el accidente de trabajo. Sobre la identidad de fundamento, se pretende imponer dos sanciones administrativas con el mismo fundamento que es tutelar la seguridad ocupacional¹⁴.

El hecho que las dos entidades puedan sancionar incumplimientos en base a una misma norma afecta la vertiente material, al existir la posibilidad de imponerse dos sanciones por infracción al artículo 38° numeral 4 del RSSO y la vertiente procesal, al ser juzgado por dos entidades por los mismos hechos y el mismo supuesto fáctico (inadecuada supervisión).

En ese sentido, no es válido el argumento referido a que no se aplica la triple identidad porque en el procedimiento inspectivo seguido por SUNAFIL contra CERRO VERDE no tratan las mismas materias que en el presente procedimiento (página 12 de la Resolución N° 920-2018-OS/GSM), ya que dicho análisis debe realizarse respecto de ORICA, la cual tiene un procedimiento sancionador distinto al de CERRO VERDE y sí viene siendo sancionada por los mismos hechos¹⁵.

¹² Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N° 1670-2003-AA/TC y N° 03706-2010-AA/TC.

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 02600-2009-HC.

¹⁴ Cita la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00361-2010-PA/TC: "(...) en el presente caso, más allá de que resulta evidente que el recurrente ha iniciado el presente proceso con el propósito de que la sede constitucional revise la actuación probatoria que llevó a la jurisdicción penal militar policial al imponer una sanción penal, no se evidencia la afectación del principio ne bis in idem en la medida que si bien pudiera existir identificación de persona e identidad de hechos (...) no existe identidad de fundamento o contenido de lo injusto (pues no existen dos sanciones administrativas, ni dos sanciones penales, sino una sanción administrativa y una sanción penal), de modo tal que debe desestimarse la demanda (...)".

¹⁵ Indica en un cuadro comparativo que Cerro Verde tiene la Orden de Inspección N° 76-2017-SUNAFIL/INSSI y ORICA la Orden de Inspección N° 77-2017-SUNAFIL; a Cerro Verde se le ha iniciado procedimiento sancionador, notificándosele el Acta de Infracción N° 77-2017, mientras que ORICA tiene un procedimiento inspectivo en trámite. En el caso de Cerro Verde la materia de fiscalización es: i) la falta de coordinación entre empresas que desarrollan actividades en mismo centro de trabajo; y ii) no acreditar entrega de Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo al accidentado; mientras que en el caso de ORICA, la materia es: i) falta de supervisión en las labores del accidentado y ii) objeción al contenido de los riesgos identificados en los PETS y Análisis de Riesgo Ocupacional (IPERC); ambas infracciones con base en el RSSO.

Por lo tanto, indica que se le debe excluir del presente procedimiento sancionador y continuarlo solo contra el titular minero, al encontrarse inmersa en otro procedimiento de fiscalización por la misma materia ante SUNAFIL.

ALEGATOS DE CERRO VERDE

Sobre los Principios de Tipicidad e Irretroactividad

- e) La recurrente indica que el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM fue derogado por la Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Supremo N° 024-2016-EM, que aprobó el nuevo Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería.

Asimismo, la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD fue derogada por el artículo 4° de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS-CD mediante la cual se aprobó el nuevo Cuadro de Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera.

En ese sentido, manifiesta que las infracciones imputadas se sustentan en un Reglamento y un Cuadro de Tipificación derogados; por consiguiente, se habría vulnerado el Principio de Irretroactividad regulado en el numeral 5 del artículo 246° del TUO de la Ley N° 27444, que establece que se debe aplicar las disposiciones sancionadoras vigentes al momento de la comisión de la infracción.

Además, de acuerdo al Principio de Tipicidad, regulado en el numeral 4 del citado artículo 246°, no se puede imputar infracciones por el incumplimiento de obligaciones que no estén en una norma legal; en consecuencia, si las obligaciones se encuentran en una norma que ya no forma parte del ordenamiento, se vulnera este principio.

Finalmente, indica que si se le sanciona con un Cuadro de Infracciones en materia de seguridad y salud ocupacional, no se estaría considerando que SUNAFIL tiene su propio régimen de infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo establecido en el Reglamento de la Ley General de Inspección, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2006-TR.

Sobre los actos sub estándar del trabajador

- f) Manifiesta que el accidente mortal fue producto de un acto sub estándar del trabajador fallecido de la empresa contratista, debido a que no tenía como parte de sus labores el mantenimiento de la faja del sistema de dosificación de nitrato amonio o tener contacto con ella, conforme consta en el Contrato de trabajo suscrito con su empleador; en consecuencia, habría actuado temerariamente, incumpliendo los procedimientos establecidos.

Al respecto, el Informe de Supervisión y el Oficio de Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador no se encuentran debidamente motivados, ya que no se pronuncian respecto al factor determinante del accidente (acto sub estándar o auto exposición del señor Arratea), no siendo suficiente que el indicado Oficio consigne los hechos imputados, la calificación de la infracción, cuantía de la infracción, autoridad competente y normas que otorgan facultades, ya que se sustenta en documento de tercero (Informe), el cual debe ser revalidado por la propia Administración, mediante la adecuada motivación del oficio.

Sobre el Acta de Supervisión

- g) Si bien en el Acta de Cierre de Supervisión no se consignó la negativa de los supervisores a que los funcionarios de CERRO VERDE cuenten con la presencia de un abogado durante la toma de declaraciones, ello no es una eximente de la conducta de la supervisión que vulnera su derecho de defensa, por lo que solicita que ello sea analizado en contexto.



Sobre la infracción al numeral 4 del artículo 38° del RSSO

- h) CERRO VERDE manifiesta que conforme al Acta Policial se evidenció la presencia de un equipo celular al interior de la faja de Nitrato, por lo que el fallecido probablemente intentó alcanzar su celular, haciendo caso omiso al cartel prohibitivo, barandas, presencia de guardas, capacitaciones brindadas y sobre todo sus deberes como trabajador.

En la supervisión se evidenció que ORICA contaba con un IPERC de línea base, en la zona de camiones, por donde ingresa su personal; por lo tanto, todos sus trabajadores conocían los peligros y riesgos de su actividad, que en momento alguno incluía contacto con la faja, actividad que se encontraba prohibida.



Asimismo, en la labor que realizó el fallecido no existía riesgo de atrapamiento ya que no se tiene contacto directo con la faja; tal como se verificó en la supervisión, existen barreras suficientes para evitar ello. Además, en dicha labor no se expone a los trabajadores debido a que solo consiste en retirar los big bags de nitrato de amonio del depósito, trasladarlos hasta la tolva de recepción, cortar el big bag y dejar que opere el equipo transportando el nitrato a través de la faja hasta la tolva de recepción del silo de nitrato, que luego dosificará el producto a los camiones fábrica (proceso automatizado).

En ese sentido, toda vez que el personal desarrollaba una actividad exenta y libre de cualquier interacción o contacto con la faja móvil, no se evaluó el riesgo de atrapamiento, al no existir este riesgo.

Adicionalmente, no se ha considerado la declaración del señor Diego Cuba (trabajador de ORICA), quien manifestó textualmente “la verdad yo no sé por qué ocurrió el accidente, tampoco me imagino por qué tuvo que ingresar hacia la faja, retirando una de las guardas, porque nosotros no estamos autorizados para realizar ningún trabajo en esa área”.

Finalmente, no se ha acreditado que el evento hubiese ocurrido por falla mecánica o eléctrica del dispositivo de emergencia del sistema de dosificación de nitrato de amonio, o porque el trabajador en ejercicio de sus funciones hubiese querido ahorrar tiempo para la ejecución de las mismas. La causa del accidente fue un acto sub estándar del trabajador fallecido, ajeno a sus actividades¹⁶.

Sobre la infracción al literal f) y penúltimo párrafo del artículo 95° del RSSO

- i) Indica que la revisión de actividades en el Análisis de Riesgo Ocupacional por parte de los supervisores se realiza conforme a un orden de prioridad definido por el grado de riesgo y

¹⁶ En el informe oral del 04 de setiembre de 2018, los representantes de CERRO VERDE agregaron que el check list se realizaba solo al camión, no se debía hacer check list a la faja porque estaba cubierta y protegida.

exposición de una actividad específica, siendo la de mayor prioridad el trabajo con explosivos realizados en los proyectos de voladura de los tajos de mina.

El accidente ocurrió entre las 08:00 y 09:00 a.m., horario en que el supervisor se encontraba en otros tajos de la mina para luego dirigirse a inspeccionar los trabajos en la planta de nitrato, ya que la labor del fallecido no era de gran riesgo o exposición.

Además, el trabajador fallecido había recibido la capacitación suficiente para realizar sus labores. La prohibición de ingresar y manipular la faja era perfectamente conocida por el trabajador y en general por todos los trabajadores de ORICA, tal como se evidencia de la declaración del testigo del accidente, el trabajador Diego Cuba.

El riesgo que originó el accidente no se encontraba vinculado a las funciones que debía realizar el fallecido, tal como ha demostrado durante el trámite del procedimiento.

Sobre la infracción al artículo 377° del RSSO

- j) La recurrente señala que la zona de la polea de cola de la faja de nitrato cuenta con doble barrera rígida instalada, la primera barrera (baranda de restricción) cuenta con señalización de advertencia donde se indica la exigencia de aplicar el procedimiento de bloqueo antes de traspasar el perímetro asegurado por esta barrera. La segunda barrera (guarda de protección) está diseñada para evitar el contacto del cuerpo humano con el equipo en movimiento, controlando el riesgo de atrapamiento.

El cable interruptor se encontraba instalado a todo lo largo de las zonas donde el personal de operaciones podría transitar durante el periodo de funcionamiento de la faja transportadora, pero no se prolongaba hasta la polea porque ese lugar ya se encuentra protegido con doble barrera rígida, así también había letreros de advertencia¹⁷.

Sin perjuicio de ello, con fecha 27 de noviembre de 2017 procedió a instalar la totalidad del cable, lo cual fue verificado por supervisores de OSINERGMIN; hecho que no ha sido analizado en la resolución impugnada.

Respecto al cálculo de la multa y el Principio de Razonabilidad

- k) Indica que la multa impuesta no está debidamente motivada¹⁸, dado que la cuantía no guarda relación entre la gravedad del hecho imputado y la sanción aplicada, puesto que se utiliza el

¹⁷En el informe oral del 04 de setiembre de 2018, los representantes de CERRO VERDE agregaron que la lógica del diseño es que el cable esté en la zona expuesta de la faja, no llega a la zona de la polea porque aquella ya está protegida con guardas que impiden el acceso. Si se colocara el cable interruptor en la zona, las guardas serían un elemento restrictivo para su accionamiento.

¹⁸ Señala que el Tribunal Constitucional ha indicado que la motivación de las decisiones administrativas no tiene referente constitucional directo. No obstante, se trata de un principio constitucional implícito en la organización del Estado Democrático que se define en los artículos 3º y 43º de la Constitución, como un tipo de Estado contrario a la idea del poder absoluto o arbitrario. En el Estado Constitucional Democrático, el poder público está sometido al Derecho, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración deberá dar cuenta de esta sujeción a fin de despejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la Administración deben contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso.

Asimismo, indica que la doctrina considera, pues, que la motivación supone la exteriorización obligatoria de las razones que sirven de sustento a una resolución de la Administración, siendo un mecanismo que permite apreciar su grado de legitimidad y limitar la arbitrariedad de su actuación. Evidentemente tal exigencia varía de intensidad según la clase de resolución, siendo claro que ella deberá ser más rigurosa cuando se trate, por ejemplo, de decisiones sancionadoras, como ocurre en el caso sub exámine.

"Salary Pack" como una fuente válida, a pesar de no constituir un parámetro objetivo (no es un documento de carácter público ni mucho menos una fuente de Derecho Administrativo válida)¹⁹.

Cerro Verde manifiesta que no se han aplicado los criterios de graduación de sanciones y no se han explicado debidamente las razones que conllevaron a que se concluyera sobre la existencia de intencionalidad en su conducta, lo cual le impidió ejercer su derecho de defensa. Asimismo, se han excluido injustificadamente otras circunstancias que atenuarían la sanción, tales como la ausencia de intencionalidad y la naturaleza de los perjuicios ocasionados.

Manifiesta que establecer métodos irrazonables para la determinación del monto de una sanción que no guardan proporción con los hechos imputados, contravienen los artículos 3°, 43° y 200° último párrafo de la Constitución Política, así como el artículo 246° del TUO de la Ley N° 27444²⁰.

Indica ello porque se consideró costos evitados por concepto de especialistas encargados a personal con título de Ingeniero Mecánico Eléctrico, Ingeniero de Seguridad, Jefe de Guardia Mina, Gerente de Seguridad y Salud Ocupacional por periodos aleatorios y con sueldos que no corresponden, calculados por una consultora privada, lo cual es ilegal²¹.

Respecto al Principio de Culpabilidad

- I) Indica que conforme al numeral 10 del artículo 246° del TUO la Ley N° 27444 la responsabilidad es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva.

Refiere que el Derecho Administrativo es una de las manifestaciones del *iuspuniendi* del Estado por lo que es inadmisibles la responsabilidad objetiva. En la configuración del ilícito administrativo es importante el elemento subjetivo hasta el punto de que no hay infracción si la conducta no es atribuible a su autor a título de dolo o culpa²².

¹⁹Refiere que el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC ha establecido: i) que el Principio de Razonabilidad o Proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho configurado en la Constitución de 1993 en sus artículos 3° y 43° y plasmado expresamente en su artículo 200°, último párrafo, y ii) que una decisión sancionadora será razonable cuando:

- La elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no sólo una ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto.

- La comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no sólo una contemplación en abstracto de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas, pues sólo así un "hecho" resultará menos o más tolerable, confrontándolo con los antecedentes del servidor, como ordena la ley en este caso.

-Una vez establecida la necesidad de la medida de sanción, porque así lo ordena la ley correctamente interpretada en relación a los hechos del caso que han sido conocidos y valorados en su integridad, entonces el tercer elemento a tener en cuenta es que la medida adoptada sea la más idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso.

²⁰ El legislador ha establecido en el artículo 246° del TUO de la Ley una serie de criterios que permiten graduar de forma precisa la sanción a imponerse en cada caso, por lo que la imposición de sanciones deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo y la sanción aplicada. Al respecto, corresponderá enmarcar la conducta sancionable en una de las categorías establecidas (amonestación, multa, etc.) y dentro de ellas, deberá precisar la cuantía y duración, ponderando las circunstancias concurrentes para alcanzar la debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida. En específico, para cumplir con la exigencia de razonabilidad (proporcionalidad) del acto sancionador, las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas o asumir la sanción, así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la infracción, la repetición en la comisión de la infracción, la colaboración del infractor en el proceso de fiscalización.

²¹ En el informe oral del 04 de setiembre de 2018, agregó que había acreditado que sí contaba con los profesionales.

²² Cita las Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N° 0978-2003-AA/TC, N° 1105-2002-AA/TC y N° 2050-2002-AA/TC. Asimismo, a: De Palma del Teso, Ángeles, La culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 54 y 109.

En consecuencia, la responsabilidad objetiva está rechazada en nuestro ordenamiento jurídico punitivo, dado que el grado de culpabilidad en el sujeto infractor no puede estar ausente a la hora de calificar si una conducta, coincidente con la tipificada en la norma, es o no merecedora de sanción. En ningún caso es legítima la imposición de sanciones administrativas si la conducta constitutiva de infracción no es atribuible a su autor a título de dolo o culpa.

Por lo tanto, el regulador previo a la imposición de una sanción al administrado deberá evaluar y probar que este actuó con dolo o con culpa en la omisión o comisión de una infracción administrativa, y no limitarse a evaluar criterios atenuantes y/o agravantes, ya que ello es posterior a la determinación de la responsabilidad subjetiva.

Respecto al Principio de Causalidad

- m) De acuerdo al numeral 8 del artículo 246° del TUO de la Ley N° 27444 la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable, y en el presente caso CERRO VERDE no ha realizado acción u omisión que configure una infracción por lo que la resolución impugnada debe ser revocada.

Sobre la nulidad de la resolución impugnada

- n) Indica que la resolución de sanción ha sido emitida omitiendo uno de los requisitos de validez del acto administrativo (la debida motivación) y contraviniendo las disposiciones legales y los principios que regulan el procedimiento administrativo sancionador, previstos en el TUO de la Ley N° 27444. Por lo tanto, la resolución impugnada es nula.

Otros alegatos

- o) CERRO VERDE se reserva el derecho a ampliar su escrito de apelación y solicita se le conceda el uso de la palabra.
3. A través del Memorándum N° GSM-192-2018, recibido con fecha 07 de mayo de 2018, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.
 4. Mediante Oficio N° 75-2018-OS-TASTEM-S2, notificado con fecha 27 de agosto de 2018, se citó a CERRO VERDE a la audiencia de informe oral a realizarse a las 09:20 horas del 04 de setiembre de 2018, en atención a su solicitud.
 5. Con escrito de registro N° 2017-29808, remitido el 28 de agosto de 2018, CERRO VERDE solicitó una reprogramación de la audiencia de informe oral.
 6. A través del Oficio N° 76-2018-OS-TASTEM-S2, notificado el 03 de setiembre de 2018, se comunicó a la administrada que no era posible acceder a su solicitud de reprogramación.
 7. Con fecha 04 de setiembre de 2018, se llevó a cabo el informe oral programado, contando con la presencia de los representantes de CERRO VERDE, quienes expusieron los argumentos de su recurso de apelación indicados en el numeral 2 de la presente resolución.



ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre los argumentos de CERRO VERDE y ORICA

8. Respecto a lo indicado en los literales a), b) y c) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que el Principio del Ejercicio Legítimo del Poder, dispuesto en el numeral 1.17 del Artículo IV del Título Preliminar del T.U.O de la Ley N° 27444, establece que “la autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad previstas en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder, (...)”. Asimismo, el artículo 247° del citado TUO señala que “el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a las autoridades administrativas a quienes le hayan sido expresamente atribuidas por disposición legal o reglamentaria, sin pueda asumirla o delegarse en órgano distinto”.

Al respecto, mediante Ley N° 28964, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 24 de enero de 2007, se transfirieron a OSINERGMIN las competencias de fiscalización de las actividades mineras definidas en la Ley N° 27474, Ley de Fiscalización de las actividades mineras²³, cuyo artículo 2° establecía que el ámbito de fiscalización involucraba, entre otros, las disposiciones legales, normas técnicas y procedimientos administrativos referidos a aspectos de seguridad e higiene minera²⁴.

Posteriormente a través de la Segunda Disposición Complementaria Final y Séptima Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, publicada el 21 de agosto de 2011, se transfirieron las competencias de fiscalización minera previstas en la Ley N° 28964 al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), así como la derogación de dicha ley.

Sobre el particular, el artículo 2° de la Ley N° 29901, Ley que precisa competencias del OSINERGMIN, publicada con fecha 12 de julio de 2012, definió el alcance de las citadas disposiciones de la Ley N° 29783, estableciendo que la transferencia de competencias de fiscalización minera al MTPE se limitó únicamente a la supervisión, fiscalización y sanción en materia de seguridad y salud en el trabajo, por lo que la derogación de la Ley N° 28964 sólo se refirió a la supervisión y fiscalización de las disposiciones legales y técnicas de dicho ámbito²⁵.

²³ Ley N° 28964

Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERG

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

Transfíerese las competencias de fiscalización minera, establecidas en la Ley N° 27474, Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras al Organismo Supervisor de las Inversión en Energía y Minería”.

²⁴ Ley N° 27474

Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras

“Artículo 2.- Ámbito de aplicación de la Ley

Las disposiciones legales, normas técnicas y procedimientos administrativos, aplicables en la labor a que se refiere el artículo anterior corresponden a:

1. Normas de seguridad e higiene mineras. (...)”.

²⁵ Ley N° 29901

Artículo 2. Precisiones de la segunda disposición complementaria final y de la séptima disposición complementaria modificatoria de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo

Precísese que la transferencia de las competencias de fiscalización minera al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, establecida en la segunda disposición complementaria final de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, se limita únicamente a la supervisión, fiscalización y sanción en materia de seguridad y salud en el trabajo en los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos.

Asimismo, entiéndase que la derogación de la Ley 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinerg, dispuesta por la séptima disposición complementaria modificatoria de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, comprende únicamente las disposiciones referidas a la supervisión y fiscalización del cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo, que es materia de competencia del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Asimismo, mediante el artículo 3° y la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29901, se dispuso que OSINERGMIN mantiene las competencias para supervisar y fiscalizar en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con la actividad minera en temas de seguridad de la infraestructura, y que mediante Decreto Supremo se aprobaría el listado de funciones que quedan bajo la competencia de esta entidad²⁶.

Así las cosas, mediante Decreto Supremo N° 088-2013-PCM, publicado con fecha 10 de agosto de 2013, se aprobó el listado de funciones técnicas del OSINERGMIN, cuyo numeral 6 del Anexo 2 establece como función de esta entidad la de supervisar y fiscalizar el incumplimiento de obligaciones sobre seguridad de las actividades mineras; así como de las disposiciones legales y normas técnicas de las actividades mineras relacionadas con la gestión de la seguridad de la infraestructura, instalaciones, y de las operaciones mineras²⁷. (Subrayado agregado)

Ahora bien, cabe señalar que el RSSO en su artículo 9° establece que OSINERGMIN es la autoridad competente para supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con la seguridad de la infraestructura en la Gran y Mediana Minería, en el marco de la Ley N° 29901 y el Decreto Supremo N° 088-2013-PCM.

En consecuencia, si bien en la resolución de sanción no se ha hecho referencia al RSSO, cuyo incumplimiento se ha imputado en el presente procedimiento, para sustentar las competencias de OSINERGMIN, sí se ha realizado una motivación considerando la Ley N° 29783, la Ley N° 29901 y el Decreto Supremo N° 088-2013-PCM, que son las normas que establecen específicamente las atribuciones de esta entidad para la supervisión y fiscalización de las actividades mineras.

Sin perjuicio de ello, conforme se ha expuesto, el propio RSSO dispone que OSINERGMIN es competente para supervisar y fiscalizar la observancia de las disposiciones vinculadas a la seguridad de la infraestructura de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 29901 y el Decreto Supremo N° 088-2013-PCM, las cuales incluyen dentro de este ámbito las disposiciones relacionadas con los aspectos de seguridad de la infraestructura, las instalaciones y la gestión

²⁶ Ley N° 29901

Artículo 3. Competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin) para supervisar y fiscalizar
En concordancia con las precisiones establecidas en el artículo 2, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin) es competente para supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos; manteniendo las competencias para fiscalizar la seguridad de la infraestructura de los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Funciones técnicas del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin)

En un plazo no mayor a sesenta días, a propuesta del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin) y mediante decreto supremo, con el voto favorable del Consejo de Ministros, se aprobará el listado de funciones técnicas que quedan bajo la competencia de este Organismo.

²⁷ Decreto Supremo N° 088-2013-PCM.

Artículo 2.- Disposiciones legales y técnicas materia de competencia del OSINERGMIN.-

Las disposiciones legales y técnicas en las actividades de los sectores de energía y minería materia de competencia de OSINERGMIN están referidas a los aspectos de seguridad de la infraestructura, las instalaciones y la gestión de seguridad de sus operaciones; y, cuando corresponda, a la calidad. Tales disposiciones incluyen los aspectos indicados en los Anexos aprobados en el artículo 1 del presente Decreto Supremo (...) (Subrayado agregado)

Anexo 2

SECTOR MINERO

Funciones Técnicas

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

- Obligaciones sobre seguridad de las actividades mineras.

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

de seguridad de sus operaciones. Por lo tanto, el RSSO, cuyo incumplimiento se imputa en el presente procedimiento, guarda conformidad con lo establecido por la Ley N° 29901 en concordancia con el Decreto Supremo N° 088-2013-PCM.

Asimismo, corresponde indicar que la referencia a la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD se realizó para hacer mención a que actualmente los incumplimientos imputados continúan constituyendo infracciones sancionables de acuerdo al nuevo Cuadro de Infracciones, y las normas que atribuyen las competencias de OSINERGMIN son las citadas en los párrafos precedentes, mientras que los Cuadros de Tipificación son aquellos que materializan las competencias atribuidas por ley y sus normas de desarrollo, con la finalidad de ejercer su función fiscalizadora y sancionadora.

En el presente caso, las infracciones imputadas a CERRO VERDE y ORICA involucran lo siguiente:

- El numeral 4 del artículo 38° del RSSO es una disposición legal por la cual el Supervisor debe instruir y verificar que los trabajadores conozcan y cumplan con los estándares y PETS y usen adecuadamente el equipo de protección personal apropiado para cada tarea.
- El literal f) y el penúltimo párrafo del artículo 95° del RSSO dispone que el titular deberá identificar permanentemente los peligros, evaluar los riesgos e implementar medidas de control, con la participación de todos los trabajadores en las actividades diarias, al inicio y durante la ejecución de las tareas. Al inicio de toda tarea, los trabajadores identificarán los peligros y evaluarán los riesgos para su salud e integridad física y determinarán las medidas de control más adecuadas, según el IPERC – Continuo, las que serán ratificadas o modificadas por la supervisión responsable.

En ese sentido, se advierte que las obligaciones dispuestas en los artículos antes citados desarrollan medidas vinculadas a la gestión de la seguridad en el desarrollo de las operaciones mineras, ámbito respecto del cual OSINERGMIN sí tiene competencias conforme al marco legal antes citado; con independencia de la fiscalización realizada por SUNAFIL de acuerdo a sus competencias respecto al cumplimiento de las disposiciones del RSSO en el ámbito de seguridad y salud de los trabajadores.

Como bien señalan las recurrentes, los PETS son documentos que contienen la descripción específica de la forma cómo realizar de manera correcta una tarea y la IPERC es un proceso sistemático utilizado para identificar los peligros, evaluar los riesgos y sus impactos y para implementar los controles adecuados con el propósito de reducir los riesgos.

Sin embargo, es importante precisar que la verificación del cumplimiento de los PETS y la ratificación o modificación del IPERC – Continuo por parte del supervisor responsable constituyen obligaciones cuyo incumplimiento repercute en la gestión de la seguridad de las operaciones mineras, ya que justamente la no observancia de dichas exigencias trae como consecuencia que las actividades sean ejecutadas de forma insegura, lo cual fiscaliza OSINERGMIN de acuerdo a sus competencias, mientras que la fiscalización de SUNAFIL de conformidad con sus atribuciones tiene por finalidad verificar el incumplimiento de las disposiciones mineras en el aspecto vinculado a la afectación de la “persona” (trabajador).



De otro lado, cabe señalar que mediante Resolución de Superintendencia N° 265-2017-SUNAFIL del 29 de diciembre de 2017, se aprobó el Protocolo para la Fiscalización en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo en el Subsector de Minería. La Resolución de Superintendencia N° 151-2017-SUNAFIL alegada por ORICA, solo aprobó el proyecto de Protocolo para comentarios.



Sobre el particular, de la “Lista de Verificación de Materias de Seguridad y Salud en el Trabajo Subsector Minería” se observa los siguientes ítems: “87. El titular de la actividad minera ha identificado los peligros, evaluado los riesgos e implementado medidas de control, con la participación de todos los trabajadores”, cuya base legal es, entre otras disposiciones, el artículo 95º del RSSO, y “88. El titular de la actividad minera ha elaborado la línea base del IPERC, y si éste ha sido actualizado anualmente”, cuya base legal es el artículo 97º del RSSO.

Sobre el particular, las obligaciones citadas, establecidas en el Protocolo, no son las mismas cuyo incumplimiento se ha imputado como infracciones en el presente procedimiento a CERRO VERDE y ORICA (no verificación del cumplimiento del PETS y no modificación o ratificación del IPERC por parte del Supervisor).



Sin perjuicio de ello, en el supuesto que SUNAFIL y OSINERGMIN fiscalicen el incumplimiento de las mismas obligaciones del RSSO, cabe mencionar que ambas entidades de acuerdo a sus competencias salvaguardan bienes jurídicos con fundamentos distintos: por un lado, la seguridad de la persona (trabajador) y por el otro la seguridad de la infraestructura, las instalaciones y la gestión de la seguridad de las operaciones, respectivamente.

De lo expuesto, se verifica que en el presente caso se ha observado el Principio del Ejercicio Legítimo del Poder y el artículo 247º del TUO de la Ley N° 27444, ya que OSINERGMIN ha ejercido su potestad sancionadora de acuerdo a sus competencias, atribuidas mediante Ley N° 29783 en concordancia con la Ley 29901 y Decreto Supremo N° 088-2013-PCM, con la finalidad de salvaguardar la gestión de la seguridad en las operaciones mineras.

Por otro lado, se constata que en la resolución sí se ha pronunciado respecto a la aplicación del artículo 5º del Reglamento del Sistema de Inspección del Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 002-2017-TR, conforme consta en la página 12 de dicha resolución, la cual fue debidamente notificada a CERRO VERDE y ORICA con fecha 05 de abril de 2018.

Al respecto, de la propia lectura del citado artículo 5º, esta Sala verifica que dicha norma establece disposiciones en relación a los conflictos de competencia entre la autoridad inspectiva de trabajo y las entidades con funciones vinculadas a la inspección del trabajo. En consecuencia, dicho artículo no es aplicable al presente caso, ya que no se presenta un conflicto de esa naturaleza, toda vez que OSINERGMIN no es una entidad con atribuciones relacionadas a la inspección del trabajo.

En consecuencia, se constata que en resolución de sanción se ha cumplido con el deber de la debida motivación, en observancia del Principio de Debido Procedimiento, regulado en el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444, en concordancia con el artículo 6º de la misma norma²⁸.

²⁸ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
T.U.O. de la Ley N° 27444

Por lo tanto, corresponde declarar infundados estos extremos de los recursos de apelación interpuestos por CERRO VERDE y ORICA.

Respecto a los alegatos de ORICA

Sobre el Principio de *Non bis in idem*

9. Respecto al literal d) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que el Principio de *Non Bis in Idem*, regulado en el numeral 11 del artículo 246º del TUO de la Ley N° 27444, establece que “no se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7”.

Sobre el particular, de la revisión de la Constancia de Incumplimientos Insubsanables por la Orden de Inspección N° 077-2017-SUNAFIL/INSSI, remitida por ORICA, obrante a fojas 435 y 436, 568 y 569 del expediente, no se verifica el inicio de procedimiento administrativo sancionador alguno a esta empresa respecto a las mismas infracciones al RSSO imputados en el presente procedimiento, constituyendo un documento en el cual solo constan los incumplimientos en materia de seguridad y salud en el trabajo verificados en una inspección realizada por SUNAFIL y no una imputación de cargos.

Sin perjuicio de ello, en el supuesto que OSINERGMIN y SUNAFIL inicien procedimientos sancionadores por incumplimientos a las mismas obligaciones del RSSO, cabe precisar que estas entidades salvaguardan bienes jurídicos con fundamentos distintos. Así, OSINERGMIN de acuerdo a sus atribuciones, protege la seguridad de la infraestructura, las instalaciones y la gestión de la seguridad de las operaciones, mientras que a SUNAFIL, de conformidad con sus competencias, le correspondería, salvaguardar la seguridad y salud de la persona (trabajador).

Por lo tanto, en el presente caso, no se verifica vulneración alguna al Principio de *Non bis in idem*, correspondiendo desestimar el recurso de apelación interpuesto por ORICA en este extremo.

Respecto a los alegatos de CERRO VERDE

Sobre los Principios de Tipicidad e Irretroactividad

10. En relación a lo indicado en el literal e) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde señalar que el Principio de Irretroactividad, regulado en el numeral 5 del artículo 246º del TUO

Título Preliminar

“Artículo IV.- Principios del Procedimiento Administrativo

1.2. Principio del Debido Procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo”.

“Artículo 6.- motivación del acto administrativo

6.1. la motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a las anteriores justifican el acto adoptado (...).”.

de la Ley N° 27444, establece que “son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables. Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción (...).”

Asimismo, de acuerdo al Principio de Tipicidad, dispuesto en el numeral 4 del TUO de la cita ley, “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 las sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria. A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda”.

Sobre el particular, cabe señalar que a la fecha de ocurrencia del accidente mortal (27 de febrero de 2017) se encontraba vigente el RSSO aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM, publicado con fecha 28 de julio de 2016, habiéndose imputado y sancionado a CERRO VERDE y ORICA por incumplimientos a las obligaciones establecidas en dicha norma y no respecto a las disposiciones del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM (ya derogado a la fecha del accidente), conforme se puede constatar en los Oficios N° 1462-2017 y N° 1463-2017, mediante los cuales se realizó la imputación de cargos, y la Resolución N° 920-2018, en la que se dispuso las sanciones correspondientes.

Ahora bien, el Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las actividades mineras, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD fue derogado por la Resolución N° 039-2017-OS/CD, publicada con fecha 18 de marzo de 2017.

En consecuencia, a la fecha del accidente el 23 de febrero de 2017 se encontraba vigente el Cuadro de Tipificación aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD, constituyendo la norma sancionadora aplicable en el presente procedimiento administrativo sancionador, considerando además que el nuevo Cuadro de Tipificación aprobado por Resolución N° 039-2017-OS/CD no dispone condiciones más favorables a los infractores, ya que los incumplimientos al RSSO imputados a CERRO VERDE y ORICA continúan siendo infracciones sancionables en dicha norma sancionadora.

De lo indicado, se verifica que la aplicación de la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD guarda concordancia con el Principio de Irretroactividad, regulado en el numeral 5 del artículo 246° del TUO de la Ley N° 27444, siendo más bien que la aplicación de la Resolución N° 039-2017-OS/CD (nuevo Cuadro de Tipificación) al presente caso configuraría una vulneración a este principio, al no encontrarse vigente a la fecha de comisión de las infracciones.

Por otro lado, cabe mencionar que la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD fue aprobada durante la vigencia del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-

EM; por lo tanto, en su Cuadro de Tipificación se encuentran como base legal los artículos 38º literal c), 88º literal f) y 367º de dicho Reglamento.

Sobre el particular, es preciso mencionar que los artículos 38º numeral 4, 95º literal f) y penúltimo párrafo y 377º del RSSO, cuyo incumplimiento se ha imputado y sancionado en el presente procedimiento²⁹, establecen las mismas obligaciones que las dispuestas en los artículos 38º literal c), 88º literal f) y 367º del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM.

En consecuencia, de conformidad con el Principio de Tipicidad, en este caso corresponde la aplicación del Cuadro de Tipificación aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD que establece como infracciones sancionables los incumplimientos a obligaciones que actualmente se encuentran en los artículos 38º numeral 4, 95º literal f) y penúltimo párrafo y 377º del RSSO; normas vigentes a la fecha de la comisión de las infracciones.

Por otro lado, conforme se ha expuesto en el numeral 8 de la presente resolución, OSINERGMIN mantiene sus competencias en materia de seguridad de la infraestructura, las instalaciones y la gestión de la seguridad de las operaciones. Por lo tanto, la fiscalización de los incumplimientos de las obligaciones del RSSO que constituyen infracciones sancionables de acuerdo al Cuadro de Tipificación aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD, se realiza respecto de las disposiciones que se encuentran vinculadas a dichas materias, con independencia de la fiscalización que SUNAFIL realice de acuerdo a sus atribuciones sobre el cumplimiento de las disposiciones del RSSO en materia de seguridad y salud en el trabajo para salvaguardar a la persona (trabajador).

En ese sentido, se desestima este extremo del recurso de apelación interpuesto por CERRO VERDE.

Sobre el Acta de Supervisión

11. En relación al literal g) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que de acuerdo al inciso b) del artículo 169º del RSSO, en las investigaciones de accidentes mortales se deberá “contar con la participación y la declaración en forma individual y privada” de trabajadores y funcionarios³⁰. En consecuencia, en el presente caso, en la supervisión se tomaron las declaraciones de estas personas de conformidad con lo establecido en el propio RSSO, norma vigente y de aplicación inmediata de acuerdo al artículo 109º de la Constitución Política³¹, no

²⁹ Conforme consta en los numerales 2.1, 2.2 y 2.3 del Informe de Instrucción Inicio de PAS N° 1101-2017 del 20 de junio de 2017 y el numeral 2.1 de la Resolución N° 920-2018.

³⁰ RSSO

“Artículo 169.- Inmediatamente después de recibido el aviso de la ocurrencia de un accidente mortal la autoridad competente dispondrá la inspección o fiscalización e investigación de aquél a cargo de uno o más inspectores o fiscalizadores.

En la investigación se considerará lo siguiente:

(...)

b) Contar con la participación y la declaración en forma individual y privada:

1. Del ejecutivo del más alto nivel de la Unidad Minera donde ocurrió el accidente.
2. Del ejecutivo del más alto nivel del área donde ocurrió el accidente.
3. Del supervisor responsable que impartió la orden para que se efectuara las actividades en el momento de la ocurrencia del accidente.
4. Del Gerente de Programa de Seguridad y Salud Ocupacional.
5. De un representante de los trabajadores ante el Comité de Seguridad y Salud Ocupacional.
6. De los trabajadores testigos del accidente.

(...)”.

³¹ Constitución Política del Perú

resultando exigible la presencia de un abogado durante la realización de dicha diligencia.

Sin perjuicio de ello, es importante mencionar que en el Acta de Supervisión Especial obrante a fojas 45 del expediente no consta observación alguna referida a que la Empresa Supervisora hubiese impedido que los declarantes cuenten con la presencia de abogados o terceros. Asimismo, las declaraciones tomadas forman parte del Informe de Supervisión, notificado a CERRO VERDE con fecha 07 de julio de 2017 mediante Oficio N° 1462-2017, por lo que la administrada tomó conocimiento del contenido de las mismas, pudiendo realizar los descargos que considerara convenientes, en ejercicio de su derecho de defensa.

Lo indicado ya ha sido expuesto por la primera instancia en la resolución impugnada; por lo tanto, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación interpuesto por CERRO VERDE.

Sobre la infracción al numeral 4 del artículo 38° del RSSO

12. Respecto a lo indicado en el literal h) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que en el PETS "Procedimiento Abastecimiento Nitrato de Amonio al Silo" N° EC-OMS-OPER-PPA-004 aprobado el 18 de agosto de 2016 se señala lo siguiente:

"6. Descripción del Procedimiento

Para realizar la tarea el personal debe:

(...)

FAJA DE NITRATO

- Antes de dar marcha al equipo, realice su inspección pre labor, comunique inmediatamente cualquier anomalía al supervisor de OMS, quien informará de dicha anomalía al Administrador de Contrato de SMCV y asimismo comunique para el mantenimiento preventivo programado.

(...)

- El sistema de movimiento de faja debe estar aislado, por ningún motivo deben ingresar a este sector personal ajeno a la labor sin una autorización y/o visto bueno por parte del operador del montecargas o del supervisor de OMS".

En el presente caso, el titular de la actividad minera presentó el Formato de Análisis de Riesgo de Operacional con el logo de ORICA, que es utilizado en reemplazo del IPERC Continuo, no habiendo entregado un formato de orden de trabajo escrita específica para la tarea, conforme consta en el Informe de Supervisión (fojas 20 del expediente).

Sobre el particular, en el Análisis de Riesgo de Operacional se indica como tarea a realizar el "Abastecimiento de Nitrato de Amonio" en el polvorín N° 1, con fecha 23 de febrero de 2017, señalando como responsable de su ejecución al Supervisor Gustavo Párraga y como responsable del equipo de trabajo al señor Wisthon Peter Arratea Ale (fallecido), conforme consta en dicho documento, obrante a fojas 168 del expediente.

De lo señalado, para la realización de la tarea de abastecimiento de nitrato de amonio en el polvorín N° 1 debía cumplirse con lo establecido en el PETS "Procedimiento Abastecimiento Nitrato de Amonio al Silo" N° EC-OMS-OPER-PPA-004 aprobado el 18 de agosto de 2016, que

"Artículo 103.- (...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes (...)"

claramente establecía la realización de un check list pre labor a la faja de nitrato. En consecuencia, lo alegado por la administrada respecto a que solo se debía realizar check list al camión montacargas carece de sustento.

Ahora bien, en el presente caso se ha constatado que para la realización de la labor de abastecimiento de nitrato de amonio al silo ejecutada el 23 de febrero de 2017 no se realizó el check list pre labor antes de poner en funcionamiento la faja de nitrato como el PETS N° EC-OMS-OPER-PPA-004 establece, conforme consta en el Acta de Supervisión (hecho N° 5) y el Informe de Supervisión (numerales 5.1, 5.2.2, 8.10 y 8.22) así como en la Declaración del testigo del accidente, el señor Diego Armando Cuba Gallegos, Operador de carguío de ORICA, quien señaló “no contamos con check list y si encontramos alguna condición sub estándar informamos al supervisor vía radial” (fojas 16, 17, 25, 29, 45, 73 y 74).

Adicionalmente, cabe señalar que CERRO VERDE no ha remitido medio probatorio alguno que desvirtúe el hecho constatado, acreditando que la supervisión sí dio cumplimiento al numeral 4 del artículo 38° del RSSO, al haber verificado que los trabajadores cumplan con el PETS.

De lo expuesto, se ha acreditado que el Supervisor no verificó que los trabajadores, para realizar la tarea “abastecimiento de Nitrato de Amonio” en el polvorín N° 1 el día 23 de febrero de 2017, dieran cumplimiento al PETS “Procedimiento Abastecimiento Nitrato de Amonio al Silo” en el extremo referido a realizar el check list pre uso de la faja.

Ahora bien, de acuerdo al artículo 3° del RSSO, dicho Reglamento “es de alcance a toda persona natural o jurídica, pública o privada, que realice actividades mineras y actividades conexas con personal propio o de terceros en sus ambientes de trabajo; las que están obligadas a dar cumplimiento a todas sus disposiciones”. En consecuencia, CERRO VERDE en su calidad de titular minero debía cumplir con la obligación establecida en el numeral 4 del artículo 38° del RSSO, lo cual conforme se ha expuesto no ocurrió en el presente caso.

Así las cosas, las acciones sub estándar que podría haber realizado el trabajador fallecido no desvirtúan el hecho de que la Supervisión no verificó que se cumpla el PETS para el abastecimiento de nitrato de amonio al silo en el extremo referido a realizar el check list pre uso de la faja, incumpliendo la disposición normativa que estaba obligado a cumplir.

En ese sentido, sí se ha considerado la declaración del testigo del accidente, Diego Cuba, toda vez que en el propio Informe de Supervisión se indicó como una de las diferentes causas del accidente mortal los actos sub estándar del trabajo; sin embargo, conforme se ha indicado, ello no desvirtúa la infracción al artículo 38° numeral 4 del RSSO, debidamente acreditado en el trámite del presente procedimiento.

Asimismo, es importante precisar que el incumplimiento imputado no está referido a si se contaba con el IPERC de línea base; si existía riesgo de atrapamiento y si éste fue considerado o no en dicho documento; o al estado de la faja de nitrato de amonio durante la realización del trabajo, sino específicamente a la verificación del cumplimiento de lo establecido en el PETS Procedimiento Abastecimiento Nitrato de Amonio al Silo” N° EC-OMS-OPER-PPA-004 por parte de la Supervisión. Por lo tanto, no corresponde emitir pronunciamiento sobre dichos aspectos.

De otro lado, respecto a que la supervisión no verificó el cumplimiento del PETS en el ítem que establecía: “el sistema de movimiento de faja debe estar aislado por ningún motivo deben ingresar a este sector personal ajeno a la labor sin una autorización y/o visto bueno por parte del operador del montacargas o del supervisor de OMS”, cabe señalar lo siguiente:

- El señor Diego Cuba Gallegos, en sus Declaración obrante a fojas 73 y 74, indicó: “la verdad yo no sé por qué ocurrió el accidente, tampoco me imagino por qué tuvo que ingresar hacia la faja, retirando una de las guardas, porque nosotros no estamos autorizados para realizar ningún trabajo en esa área”.
- En la zona de polea de cola de la faja habían letreros de seguridad que indicaban “para ingresar a esta zona hacer LOTOTO al equipo” (fojas 85 y 92 del expediente); es decir, informaban que se debe realizar el procedimiento de bloqueo de la faja (desenergizar) antes de ingresar a dicha zona.

De lo expuesto, se constata que la supervisión sí verificó el cumplimiento del PETS en este extremo, ya que los trabajadores encargados de realizar la labor de abastecimiento de nitrato de amonio tenían conocimiento de que no debían ingresar a la zona de polea de cola (parte del sistema de movimiento de faja) sin autorización, ya que se les había informado que no debían acceder a dicha zona (el aviso claramente indicaba que correspondía desenergizar el equipo para poder ingresar), y de la Declaración del testigo del accidente (Diego Cuba) se evidencia que conocían que no estaban autorizados a realizar trabajos en la faja; y, en consecuencia, a ingresar a dicha zona.

En ese sentido, no correspondía realizar la imputación en este extremo; sin embargo, toda vez que se ha acreditado que la Supervisión incumplió el PETS en el extremo referido a realizar el check list pre uso de la faja, se concluye que sí se incurrió en incumplimiento al numeral 4 del artículo 38° del RSSO. En consecuencia, corresponde mantener la multa impuesta, ya que ésta fue determinada considerando los costos evitados asociados a las inversiones no incurridas para contar con una supervisión eficiente que cumpla con verificar “cumplimiento del PETS” en su totalidad.

Por lo tanto, corresponde desestimar el recurso de apelación en este extremo.

Sobre la infracción al literal f) y penúltimo párrafo del artículo 95° del RSSO

13. Respecto al literal i) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que el literal f) y penúltimo párrafo del artículo 95° del RSSO establecen que “el titular de la actividad minera deberá identificar permanentemente los peligros, evaluar los riesgos e implementar medidas de control, con la participación de todos los trabajadores en (...) las actividades diarias, al inicio y durante la ejecución de las tareas. Al inicio de toda tarea, los trabajadores identificarán los peligros, evaluarán los riesgos para su salud e integridad física y determinarán las medidas de control más adecuadas según el IPERC – Continuo del Anexo N° 7, las que serán ratificadas o modificadas por la supervisión responsable (...)”. (Subrayado agregado)

En el presente caso, de la revisión del ARO obrante a fojas 168 del expediente, se verifica que este documento no fue suscrito por el supervisor a cargo, el señor Gustavo Párraga; por lo tanto, se evidencia que no ratificó ni modificó la identificación de peligros, riesgos y medidas



de control adecuadas, conforme exige el artículo 95° del RSSO.

Asimismo, cabe mencionar que la norma cuyo incumplimiento se imputa no establece que la ratificación o modificación del IPERC- Continuo por parte del Supervisor se realice prioritariamente respecto a los trabajos de alto riesgo, sino respecto de todas las tareas. En ese sentido, al inicio de la labor de abastecimiento de nitrato de amonio el Supervisor debió cumplir con dicha obligación, con independencia de si era labor de alto riesgo, o si los trabajadores recibieron capacitación sobre sus labores, o no.

De otro lado, conforme se ha expuesto en el numeral precedente, los actos sub estándar del trabajador fallecido no desvirtúan el hecho de que la Supervisión no ratificó ni modificó el IPERC antes del inicio de la labor, incumpliendo la disposición establecida en el artículo 95° del RSSO, que obligatoriamente la administrada debía cumplir en su calidad de titular minero.

Por lo tanto, corresponde desestimar el recurso de apelación interpuesto por CERRO VERDE en este extremo.

Sobre la infracción al artículo 377° del RSSO

14. En relación al literal j) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que de acuerdo a los artículos 103° y 109° de la Constitución Política del Perú, las leyes son de obligatorio cumplimiento desde su entrada en vigencia, aplicándose a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes³².

Al respecto, conforme se ha señalado en numerales precedentes, de acuerdo al artículo 3° del RSSO este Reglamento es de obligatorio cumplimiento para la persona natural o jurídica, pública o privada, que realice actividades mineras y actividades conexas con personal propio o de terceros en sus ambientes de trabajo.

De lo indicado, CERRO VERDE en su calidad de titular minero tenía la obligación de cumplir con el artículo 377° del RSSO que establece que “la instalación, operación y mantenimiento de fajas, polines, motores y reductores, poleas motoras, poleas de cola, sistema de frenado, entre otros, deberán hacerse de acuerdo con los estándares del fabricante. Todas las fajas transportadoras tendrán un cable interruptor a cada lado para casos de emergencia, instalado a lo largo de toda su longitud, operativa, libre de obstáculos y al alcance del operador”.

En el presente caso, en la visita de supervisión realizada del 24 al 26 de febrero de 2017 en las instalaciones de la Unidad Minera Cerro Verde 1, 2 y 3, se verificó que la faja de dosificación de nitrato de amonio no tenía cable interruptor instalado a lo largo de toda su longitud, toda vez que en la zona de cola de polea faltaba la implementación de un (1) metro de cable, conforme consta en el Acta de Supervisión (hecho verificado N° 2) y en los registros fotográficos N° 15, 16 y 17, obrantes a fojas del 85 al 87 del expediente.

Por lo tanto, se ha acreditado que CERRO VERDE no cumplió con lo dispuesto en el artículo

³² Constitución Política del Perú

“Artículo 103.- (...) la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes (...)”.

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

377° del RSSO.

De otro lado, respecto a los controles alegados por la administrada referidos a barandas de contención, guardas de protección, letreros de advertencia, cabe precisar que dichos elementos no desvirtúan la falta del cable interruptor en la zona de polea de cola de la faja de dosificación de nitrato de amonio verificada en la supervisión y que constituye incumplimiento al artículo 377° del RSSO.

A mayor abundamiento, conforme ha indicado la primera instancia en la resolución de sanción, las guardas, barandas y letreros de advertencia controlan el riesgo de ingreso al área de atrapamiento, mientras que el cable interruptor colocado a lo largo de la faja sirve para cortar la energía.

Adicionalmente, respecto a lo alegado por la recurrente sobre que el cable interruptor, por su propio diseño, debe ir en la zona expuesta de la faja, ya que en el área de polea ya se tiene la guarda que impide el acceso a terceros, corresponde mencionar que el artículo 377° del RSSO exige que se cuente con el cable interruptor a lo largo de toda la faja, lo cual es de obligatorio cumplimiento, con independencia de si adicionalmente en la zona de polea de cola de la faja se cuenta con guardas de protección.

Respecto a lo indicado por CERRO VERDE sobre que las guardas constituyen un elemento restrictivo para accionar el cable interruptor, cabe precisar que técnicamente sí es factible contar con el cable interruptor y las guardas de protección en la zona de polea de cola de la faja, lo cual incluso consta en el escrito remitido por la administrada con fecha 02 de abril de 2018, en el que indicó que extendió el cable interruptor hasta el final de la polea. Por lo tanto, la administrada sí podía dar cumplimiento a la obligación normativa dispuesta en el artículo 377° del RSSO.

Finalmente, en relación a que procedió a instalar la totalidad del cable interruptor con fecha 27 de noviembre de 2017, corresponde indicar que la primera instancia en las páginas 23, 31 y 32 de la resolución de sanción emitió el pronunciamiento respectivo en observancia de las disposiciones del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, señalando lo siguiente:

- De conformidad con el inciso a) del numeral 15.3 del artículo 15º del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, la infracción imputada no es pasible de subsanación alguna, debido a que está relacionada a la generación de un accidente (mortal), por lo que no procedería en modo alguno la aplicación del eximente de responsabilidad por subsanación.
- La administrada no ha acreditado la realización de acciones correctivas para cumplir con la obligación infringida hasta la presentación de los descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

Al respecto, mediante el escrito de descargos al inicio del procedimiento sancionador presentado por CERRO VERDE con fecha 28 de marzo de 2017, solo informó que había instalado el cable interruptor a lo largo de la estructura donde se encuentran los polines, pero no hasta la polea de cola. Por lo tanto, no le correspondía la aplicación de un factor

atenuante, de acuerdo al inciso g.3) del literal g) del numeral 25.1 del artículo 25° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

Por lo expuesto, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación interpuesto por CERRO VERDE.

Sobre los actos sub estándar del trabajador

15. En relación a lo señalado en el literal f) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que en el numeral 5.3 del Informe de Supervisión obrante en el expediente, notificado a CERRO VERDE con fecha 07 de julio de 2017 mediante Oficio N° 1462-2017, se indicó como una de las causas inmediatas del accidente los actos sub estándar del trabajador fallecido. Sin embargo, dichas acciones no desvirtúan los incumplimientos al RSSO en los que la administrada ha incurrido y que también constan en el indicado Informe, los cuales han sido debidamente acreditados, conforme se ha expuesto en los numerales 12, 13 y 14 de la presente resolución.

De acuerdo al artículo 16° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, "el órgano instructor emite el Informe de Instrucción en el cual se evalúan las acciones realizadas durante el procedimiento de supervisión, en el que se determina el archivo de la instrucción o el inicio del procedimiento administrativo sancionador".

Sobre el particular, de conformidad con el artículo antes indicado, en el presente caso el órgano instructor evaluó el Informe de Supervisión de la visita realizada a la Unidad Minera Cerro Verde 1, 2 y 3 de titularidad de CERRO VERDE del 24 al 26 de febrero de 2017, conforme consta en el numeral 2 del Informe de Instrucción Inicio de PAS N° 1101-2017 del 20 de junio de 2017, notificado junto con el Oficio N° 1462-2017, concluyendo que se había incurrido en incumplimientos a los artículos 38 numeral 4, 95° literal f) y penúltimo párrafo y 377° del RSSO, imputados al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

Por lo expuesto, corresponde desestimar el recurso de apelación de CERRO VERDE en este extremo.

Respecto al cálculo de la multa y el Principio de Razonabilidad

16. En relación al literal k) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que en el cálculo de las multas impuestas se ha aplicado los Criterios de Graduación aprobados mediante Resolución de Gerencia General N° 035 así como el Anexo N° 1 de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG respecto al factor probabilidad de detección, conforme consta en los numerales 5.1 y 5.2 de la Resolución N° 920-2018, los cuales ya consideran un examen de razonabilidad y proporcionalidad y fueron formulados en observancia del Principio de Razonabilidad regulado en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, tal como se verifica de la propia lectura de dichas Resoluciones de Gerencia General.

Al respecto, de acuerdo a la metodología establecida, la multa a imponer se determina con la sumatoria de las variables contenidas en los criterios A (gravedad del daño al interés público o bien jurídico protegido), B (el perjuicio económico causado) y E (el beneficio ilegalmente obtenido), para luego aplicar los criterios de reincidencia, circunstancias de la comisión de la infracción y probabilidad de detección.

En el presente caso, se realizó el cálculo aplicando el factor beneficio ilícito, no utilizándose los factores de perjuicio o del daño causado. Es importante precisar que la aplicación de éstos habría determinado el incremento de la multa, al adicionarse al valor del beneficio ilícito, considerando que no causar daño o perjuicio constituye una obligación que deben cumplir los titulares mineros en la realización de sus actividades y no un atenuante como la administrada erróneamente alega.

Asimismo, conforme la primera instancia ha señalado, la aplicación del Salary Pack en la determinación del beneficio ilegalmente obtenido se justifica en razón a que los costos asociados al personal de mano de obra y especialistas encargados se vinculan al sueldo que éstos perciben, lo cual es una información que no se encuentra regulada en dispositivo legal alguno; por lo tanto, tratándose de un elemento no establecido en el ordenamiento jurídico, resulta pertinente recurrir a información objetiva de mercado que determine su valor.

El Salary Pack es un documento elaborado por Price Waterhouse Coopers, que recoge los estudios de sueldos y salarios anuales de los principales sectores económicos, expresados en soles. Dicho documento se realiza en función a la información proporcionada por más de 300 empresas nacionales e internacionales y de más de 700 puestos de trabajo entre posiciones corporativas, de empleados y obreros, por lo que refleja información objetiva del mercado, conforme ya ha señalado este Tribunal mediante Resolución N° 053-2016-OS/TASTEM-S2.

Respecto a los costos evitados por concepto de Especialistas encargados de cumplir con las obligaciones normativas, cabe señalar:

- Respecto a la infracción al numeral 4 del artículo 38° del RSSO, se han aplicado los costos evitados vinculados a las inversiones no incurridas para contar con una supervisión eficiente que verifique el cumplimiento del PETS “Abastecimiento de Nitrato de Amonio al Silo”. Se ha considerado la participación de un Jefe de Guardia, quienes el responsable de hacer cumplir los procedimientos indicados en el PETS y un Ingeniero de Seguridad, que es el responsable de supervisar, revisar y proponer la modificación del PETS, de forma que el sistema de movimiento de faja esté aislado y que las guardas impidan que las personas tengan contacto con las partes en movimiento, entre ellas la polea de la faja.

Sobre el particular, se consideró el período de 6.34 meses, que es el tiempo transcurrido entre la fecha de la última aprobación del PETS (18 de agosto de 2016) y la del accidente mortal (23 de febrero de 2017), lapso en el cual no se ha verificado que la administrada hubiese contado con una supervisión eficiente que verifique el cumplimiento del PETS, siendo que la administrada no ha presentado medio probatorio alguno que acredite que sí contaba con dicha supervisión antes del accidente, como alega.

- Respecto a la infracción al literal f) y penúltimo párrafo del artículo 95° del RSSO se ha aplicado los costos evitados asociados a las inversiones no incurridas para contar con los especialistas que efectivamente aseguren la ratificación o modificación del IPERC al inicio de las labores, siendo importante precisar que en el trámite del presente procedimiento la administrada no ha presentado medio probatorio alguno que acredite que contaba con profesionales que aseguraran el cumplimiento de la norma.

Sobre el particular, se ha considerado la participación del Jefe de Guardia, como supervisor



responsable de realizar la modificación o ratificación del IPERC ejecutado antes del inicio de las labores; sin embargo, no se aplicó su valor en el cálculo al ya estar considerado este especialista dentro del beneficio ilícito por el incumplimiento al numeral 4 del artículo 38° del RSSO.

Asimismo, se consideró al Gerente de Seguridad, que es el responsable de verificar y evaluar que en todas las áreas de trabajo se implemente la obligación de ratificar la IPERC por parte de los supervisores encargados, aplicando bajo un criterio de razonabilidad un mes como periodo mínimo de contratación para la realización de la labor indicada.

- Respecto a la infracción al artículo 377° del RSSO, se ha considerado los costos evitados asociados a las inversiones no incurridas en contar con especialistas que aseguren se cuente con cable interruptor en toda la longitud de la faja, siendo preciso indicar que la administrada no ha presentado medio probatorio alguno que acredite que sí contaba con los especialistas que aseguraran el cumplimiento de la norma.

Así, se ha considerado a un Ingeniero Mecánico-eléctrico, que es el responsable de verificar las deficiencias en el sistema de parada automática para casos de emergencia de la faja transportadora de dosificación de nitrato de amonio (tramo faltante del cable), por un periodo de 3.13 meses, que es el tiempo transcurrido entre la fecha de la última inspección que se realizó a la planta de nitrato de amonio (21 de noviembre de 2016) y el accidente mortal (24 de febrero de 2017), lapso en el cual no se ha verificado que se contara con un especialista encargado de verificar las deficiencias del sistema a fin de cumplir con la norma.

Además, se consideró un Ingeniero de Seguridad, especialista encargado de verificar que la faja cuente con todos los implementos de seguridad indicados por la normativa, cuyo sueldo no fueron aplicado en el cálculo, ya que este especialista ya estaba considerado en la determinación de la multa por la infracción al numeral 4 del artículo 38° del RSSO.

De lo expuesto, se ha motivado debidamente el cálculo del beneficio ilícito, determinado en base al Salary Pack y los periodos de tiempo en los cuales no se contaba con especialistas que efectivamente cumplieran con la normativa, conforme consta en las páginas 29, 30, 31, 32 y 33 (y sus respectivas notas) de la resolución impugnada, siendo relevante señalar que la administrada no ha presentado medio probatorio alguno que pueda ser considerado como fuente objetiva por esta entidad para determinar los sueldos de los especialistas

Por lo tanto, la resolución de sanción fue emitida en observancia de la Constitución y el Principio de Razonabilidad, regulado en el numeral 3 del artículo 246 del TUO de la Ley N° 27444, cuyos fundamentos de proporcionalidad y razonabilidad fueron considerados para la formulación de los criterios de graduación aprobados por la Resolución de Gerencia General N° 035 y la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG (aplicados en la determinación de las multas impuestas por los incumplimientos N° 1, 2 y 3).

Asimismo, cabe indicar que en momento alguno se ha señalado que existió intencionalidad en la comisión de la infracción, ya que, de conformidad con el criterio de responsabilidad objetiva, la intencionalidad no determina que el sujeto infractor sea responsable, conforme se explicará en el numeral siguiente.

Por lo tanto, corresponde desestimar el recurso de apelación interpuesto por CERRO VERDE en este extremo.

Respecto al Principio de Culpabilidad



17. En relación al literal l) del numeral 2 de la presente resolución, el Decreto Legislativo N° 1272, publicado con fecha 21 de diciembre de 2016, incorporó el Principio de Culpabilidad como uno de los principios de la potestad sancionadora administrativa³³, por el cual “la responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva”.

Al respecto, el artículo 1 de la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, Ley N° 27699, establece que “toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos, entre otros, bajo el ámbito de competencia de OSINERGMIN, constituye infracción sancionable”.



Asimismo, la citada ley señala que “(...) el Consejo Directivo (...) 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. La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente, de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones del OSINERGMIN, aprobada por el Consejo Directivo (...)”.

De lo expuesto, cualquier acto que implique incumplimiento a las normas de competencia de OSINERGMIN, en tanto se encuentre tipificado, constituye infracción sancionable determinable de manera objetiva. En ese sentido, basta la verificación de la infracción tipificada como tal, para determinar la responsabilidad administrativa del sujeto infractor, sin que se requiera evaluar elementos de tipo subjetivo, como la intencionalidad.

Por lo tanto, los procedimientos administrativos sancionadores incoados por OSINERGMIN se rigen por el criterio de la responsabilidad administrativa objetiva, de conformidad con el artículo 1° de la Ley N° 27699, lo cual guarda concordancia con lo establecido por el Principio de Culpabilidad, regulado actualmente en el numeral 10 del artículo 246° del TUO de la Ley N° 27444.

En consecuencia, corresponde desestimar el recurso de apelación interpuesto por CERRO VERDE en este extremo.

Respecto al Principio de Causalidad

18. Sobre el literal m) del numeral 2 de la presente resolución, de conformidad con el numeral 8 del artículo 246° del TUO de la Ley N° 27444, el Principio de Causalidad establece que “la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable”.

³³ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444

“Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

10.- Culpabilidad.- La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva”.

Al respecto, cabe señalar que el titular minero es el responsable del cumplimiento de las normas del subsector minero en sus instalaciones, entre ellas las disposiciones establecidas en el RSSO.

Por lo tanto, toda vez que, en el presente caso, el sujeto obligado a la observancia de dicha normativa ha incurrido en conductas omisivas que constituyen infracciones sancionables, resulta responsable por dichos incumplimientos, de acuerdo al citado Principio de Causalidad.

Por lo tanto, corresponde desestimar el recurso de apelación interpuesto por CERRO VERDE en este extremo.

Sobre la nulidad de la resolución impugnada

19. En relación al literal n) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que conforme se ha expuesto en los numerales precedentes, la resolución de sanción se encuentra debidamente motivada en los extremos de los incumplimientos N° 1, 2 y 3, y ha sido emitida en observancia de los principios y demás disposiciones establecidas en el TUO de la Ley N° 27444.

Por lo tanto, no se ha configurado causal de nulidad alguna de la resolución impugnada, de acuerdo a los numerales 1 y 2 del artículo 10° del TUO de la Ley N° 27444³⁴, correspondiendo desestimar este extremo del recurso de apelación interpuesto por CERRO VERDE.

Sobre los otros alegatos

20. En relación al literal o) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que a la fecha CERRO VERDE no ha presentado escrito alguno con alegatos adicionales a su recurso de apelación.

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 SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE S.A.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 920-2018 y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus demás extremos.

³⁴ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
TUO de la Ley N° 27444

"Artículo 10.- Causales de nulidad

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

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

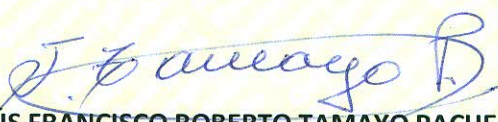
2. el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14."

RESOLUCIÓN N° 289-2018-OS/TASTEM-S2

Artículo 2°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por ORICA MINING SERVICES PERÚ S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 920-2018 y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus extremos.

Artículo 3°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Jesús Francisco Roberto Tamayo Pacheco, Héctor Adrián Chávarry Rojas y José Luis Harmes Bouroncle.



JESUS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE

