

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 305-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 18 de setiembre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201700031344 que contiene el recurso de apelación interpuesto por CONSORCIO MINERO HORIZONTE S.A. representada por el señor Kristiam Martín Veliz Soto, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1764-2017 de fecha 19 de octubre de 2017, mediante la cual se la sancionó con multa por incumplir normas técnicas y de seguridad del subsector hidrocarburos.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 1764-2017, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a la empresa CONSORCIO MINERO HORIZONTE S.A., en adelante HORIZONTE, con una multa total de 30 (treinta) UIT por incumplir la Ley que Transfiere Competencias de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Mineras al OSINERG, en adelante Ley N° 28964, y el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM¹, en adelante RSSO, conforme al siguiente detalle:

N°	INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
1	Infracción al artículo 9° de la Ley N° 28964² Por no informar al OSINERGMIN, dentro de las veinticuatro (24) horas, la situación de emergencia ocurrida el 3 de noviembre de 2016.	Numeral 1.3 del Rubro A del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD ³	15 UIT

¹ Conforme a la rectificación realizada mediante Oficio N° 363-2017-OS-GSM. La obligación infringida reitera la prevista en el literal f) del artículo 26° del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado mediante Decreto Supremo N° 055-2010-EM.

² Ley N° 28964

Artículo 9.- Accidentes fatales y situaciones de emergencia

Los accidentes fatales, así como las situaciones de emergencia de seguridad e higiene minera y/o de naturaleza ambiental, deben ser comunicados por el titular minero al OSINERGMIN dentro de las veinticuatro (24) horas de ocurridos.

En estos casos, el OSINERGMIN dispondrá la inspección sin perjuicio de las medidas inmediatas que deberá tomar el titular de la actividad minera.

³ Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD

Anexo

Rubro A

Incumplimiento de Normas sobre Avisos, Informes, Registros, Estadísticas y otros

1. Avisos e informes

1.3 Aviso de situación de emergencia

Base legal: Art. 9° de la Ley N° 28964, Art. 31° de la Resolución CD N° 205-2009-OS/CD y Art. 26° literal f) del RSSO.

Sanción: Multa de 15 UIT

2	Infracción al literal e) del artículo 26° del RSSO ⁴ Por no presentar a OSINERGMIN, dentro de los diez (10) días calendario, el informe detallado de la investigación de la situación de emergencia ocurrida el 3 de noviembre de 2016.	Numeral 1.6 del Rubro A del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD ⁵	15 UIT
TOTAL			30 UIT ⁶

Como antecedentes cabe señalar los siguientes:

- El 3 de noviembre de 2016 se produjo una situación de emergencia en la progresiva 6+750 de la línea de conducción de relaves de flotación de 8,630 metros, entre la planta de beneficio "Parcoy" y en el depósito de relaves "Alpamarca" de titularidad de HORIZONTE, consistente en el derrame de relaves por el cierre intempestivo de las válvulas manuales, hecho que ocasionó un colapso en la línea de conducción de relaves.
- Mediante correo electrónico de fecha 14 de noviembre de 2016 HORIZONTE informó a OSINERGMIN la situación de emergencia ocurrida el 3 de noviembre de 2016.
- Durante los días 19 al 21 de noviembre de 2016 se efectuó una supervisión a la unidad minera "Acumulación Parcoy N° 1" de titularidad de HORIZONTE, a cargo de los supervisores de OSINERGMIN.
- El 20 de noviembre de 2016 durante la visita de supervisión, HORIZONTE presentó el informe detallado de la investigación de la situación de emergencia ocurrida el 3 de noviembre de 2016.
- Mediante Oficio N° 871-2017⁷ notificado a HORIZONTE el 11 de mayo de 2017, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador, al cual se adjuntó el Informe de Instrucción de Inicio PAS N° 614-2017 de fecha 26 de abril de 2017, otorgándole el plazo de siete (7) días hábiles para la presentación de sus descargos.
- Por escrito presentado el 22 de mayo de 2017 registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700031344, HORIZONTE presentó sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador y solicitó el uso de la palabra.

⁴ Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM

Artículo 26.- Son obligaciones generales del titular de actividad minera:

e) Informar a las autoridades competentes que correspondan, dentro de los plazos previstos, la ocurrencia de incidentes peligrosos o accidentes mortales, así como la muerte de trabajadores suscitada en centros asistenciales derivada de accidentes mortales. Asimismo, deberá presentar a las autoridades competentes que correspondan un informe detallado de la investigación en el plazo de diez (10) días calendario de ocurrido el suceso.

⁵ 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 Ocupaciones para las actividades mineras

Rubro A

Incumplimiento de Normas sobre Avisos, Informes, Registros, Estadísticas y otros

1. Avisos e informes

1.6 Informe de investigación de la situación de emergencia

Base legal: Art. 9° de la Ley N° 28964, Art. 31° de la Resolución CD N° 205-2009-OS/CD y Artículo 26° literal e) del RSSO

Sanción: Multa de 15 UIT

⁶ Las infracciones tipificadas en los numerales 1.3 y 1.6 del Rubro A del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD establecen como multa fija aplicable una de 15 (quince) UIT.

⁷ Cabe precisar que el Oficio N° 871-2017 fue rectificado mediante Oficio N° 363-2017-OS-GSM, el cual fue notificado a HORIZONTE el 5 de julio de 2017.

- g) Con Oficio N° 568-2017-OS-GSM notificado el 27 de setiembre de 2017, se trasladó a HORIZONTE el Informe Final de Instrucción N° 691-2017 de fecha 12 de setiembre de 2017, otorgándosele el plazo de cinco (5) días hábiles para que presente sus descargos. Asimismo, por Oficio N° 569-2017-OS-GSM notificado el 27 de setiembre de 2017 se le citó para audiencia de informe oral el día 5 de octubre de 2017.
- h) Mediante escrito presentado el 3 de octubre de 2017 registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700031344, la recurrente presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción.
- i) El 5 de octubre de 2017 se llevó a cabo la audiencia de Informe Oral con la presencia de los representantes de HORIZONTE, tal como consta en el Acta que obra a fojas 91 del expediente.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Mediante escrito del 17 de noviembre de 2017 registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700031344, HORIZONTE interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1764-2017, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

Sobre la supuesta vulneración al Principio de Jerarquía Normativa

- a) Señala que OSINERGMIN ha dejado sentado en el Informe Final de Instrucción y en la Resolución apelada, que las supuestas infracciones no son pasibles de subsanación voluntaria, en virtud a lo dispuesto en el literal c) del numeral 15.3 del artículo 15° de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD⁸.

Al respecto, indica que de la lectura del numeral 2 del artículo II y del numeral 245.2 del artículo 245° del TUO de la LPAG⁹ se puede concluir que el legislador ha dispuesto que bajo ningún supuesto los procedimientos especiales (reglamentos especiales, como el RSFS) podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en el TUO de la LPAG, toda vez que dejarían en indefensión al administrado.

En ese sentido, refiere que en ninguno de los extremos del TUO de la LPAG se ha dejado abierta la posibilidad ni se ha encargado a OSINERGMIN, la competencia de incluir, identificar y/o incorporar supuestos no pasibles de subsanación voluntaria.

⁸ Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD

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

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

c) Incumplimientos sobre reportes o informes de accidentes y/o situaciones de emergencia.

⁹ Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Artículo II.- Contenido

2. Las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley.

Artículo 245.- Ámbito de aplicación de este capítulo

245.2. Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales, incluyendo los tributarios, los que deben observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 246, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador.

Por lo antes expuesto, afirma que el artículo 15° de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD referido a supuestos no pasibles de subsanación voluntaria, vulnera el Principio de Jerarquía Normativa, toda vez que contradice los artículos II, 245° y 255° del TUO de la LPAG.

Por ello, solicita que la sede administrativa realice un control de legalidad entre el artículo 15° de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD y el artículo II, 245.2 y 255° del TUO de la LPAG, en virtud de lo dispuesto en el artículo 51° de la Constitución Política del Perú¹⁰.

Sobre la aplicación de la causal de eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria

- b) Señala que ha cumplido con comunicar y presentar la documentación a OSINERGMIN, con lo cual acredita el cumplimiento de la obligación (consistente en la comunicación de la situación de emergencia y la remisión del informe final de la situación de emergencia a OSINERGMIN) antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, por lo que se configura la causal de eximente de responsabilidad establecida en el literal f) del artículo 236-A del Decreto Legislativo N° 1272.

Al respecto, señala que se deberá tener en cuenta al momento de resolver, que la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD entró en vigencia el 9 de marzo de 2017, es decir, que la determinación de las excepciones a la subsanación voluntaria reguladas en el artículo 15° de la citada normativa, se realizó con posterioridad al cumplimiento de las obligaciones (subsanación voluntaria) por parte de HORIZONTE, por lo que en el marco de la correcta aplicación de normas en el tiempo, se deben aplicar a este caso las disposiciones vigentes. En ese sentido, correspondería que se aplique el TUO de la LPAG.

Sobre la presunta vulneración al Principio de Informalismo y Eficacia

- c) HORIZONTE refiere que cumplió con comunicar la situación de emergencia a la autoridad y cumplió con presentar el informe respectivo durante la visita de supervisión del 19 al 21 de noviembre de 2016, razón por la cual se cumplió con la finalidad de la normativa, la cual es que la autoridad tome conocimiento del hecho para efectos de cumplir con sus obligaciones en el marco de las competencias que las regulan. Por ello, en aplicación de los Principios de Informalismo y Eficacia, indica que carece de todo sustento imponer una sanción a HORIZONTE por una omisión formal, más aún si se toma en cuenta que OSINERGMIN ha cumplido a cabalidad sus funciones y el logro del fin perseguido, conforme a la normativa vigente.

¹⁰ Constitución Política del Perú

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

Sobre la falta de competencia de OSINERGMIN

- d) Señala que el ordenamiento legal precitado¹¹ obedece a un contexto en el cual OSINERGMIN era competente para supervisar y fiscalizar las actividades de minería en materia ambiental y de seguridad; sin embargo, las normas que regulan el procedimiento de comunicación de reportes de emergencia se encuentran derogadas en su integridad.

Asimismo, refiere que los eventos de sabotaje en la unidad minera Parcoy, tienen carácter ambiental y dado que el Estado cuenta con una normativa específica para ello, como es el Reglamento de Reporte de Emergencias Ambientales aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 018-2013-OEFA/CD, se reportó a OEFA la emergencia ambiental.

Sobre la presunta infracción al artículo 9° de la Ley N° 28964 y la definición de “situación de emergencia”

- e) HORIZONTE señala que nos encontramos ante una deficiencia normativa, toda vez que no es posible identificar cuando estamos ante una situación de emergencia, señalando que la Ley N° 28964, se encontraba circunscrita a la dación de su respectivo Reglamento¹². Es así que el Reglamento de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Mineras del OSINERGMIN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS/CD y su posterior modificatoria¹³, no desarrolla el supuesto de hecho que describa “estar en una situación de emergencia”¹⁴.

Adicionalmente, refiere que OSINERGMIN aprueba el Procedimiento para Reporte de Emergencias en las Actividades Mineras, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 013-2010-OS/CD¹⁵, incidiendo de forma expresa en su artículo 4° no hace referencia alguna a dicha situación de emergencia.

¹¹ Cabe precisar que HORIZONTE hace referencia al siguiente marco normativo:

- Ley N° 28964, derogado mediante Séptima Disposición Complementaria de la Ley N° 29783, publicada el 20 de agosto de 2011, mediante Oficio N° 15-2016-OS-GG, se indicó que el artículo 9° de la Ley N° 29783 estaría derogado tácitamente, en la medida que OSINERGMIN ya no cuenta con las facultades de supervisión en materia ambiental ni seguridad y salud en el trabajo.
- Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS/CD, Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN, derogado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 205-2009-OS/CD.
- Resolución de Consejo Directivo N° 205-2009-OS/CD, Reglamento dejado sin efecto por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Resolución 171-2013-OS/CD, publicado el 28 de agosto de 2013.
- Resolución de Consejo Directivo N° 013-2010-OS/CD, derogado mediante Decreto Supremo N° 118-2013-PCM, o formando parte del ordenamiento jurídico.

¹² Ley N° 28964, Ley que Transfiere Competencias de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Mineras al OSINERG
Disposiciones Complementarias Transitorias

Segunda.- El Reglamento de Supervisión y Fiscalización de las actividades mineras será pre publicado en el plazo de noventa (90) días y aprobado por el OSINERGMIN dentro de los treinta (30) días de dicha pre publicación.

¹³ Cabe precisar que HORIZONTE cita la Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS/CD, modificada por la Resolución de Consejo Directivo N° 205-2009-OS/CD.

¹⁴ Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007-OS/CD

TÍTULO VI

EMERGENCIAS

Artículo 29º.- Obligación de informar

En caso de que se produzcan accidentes graves o fatales, incidentes, situaciones de emergencia, interrupciones del servicio público de electricidad o paralización de operaciones, deterioro al medio ambiente, el responsable de la actividad supervisada, deberá informar por escrito a OSINERGMIN de acuerdo a los formatos que establezca, dentro del primer día hábil siguiente de producido el hecho. Dicho informe deberá ser ampliado y entregado a OSINERGMIN en un plazo máximo de diez días hábiles contados desde la ocurrencia del hecho.

¹⁵ Procedimiento para Reporte de Emergencias en las Actividades Mineras, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 013-2010-OS/CD

Artículo 4.- Obligación de presentar reportes de emergencias en las actividades mineras. Las empresas supervisadas están obligadas a reportar ante la Gerencia de Fiscalización Minera del OSINERGMIN, las siguientes emergencias en seguridad e higiene minera y medio ambiente:

Por ello, indica que, al encontrarnos en el supuesto de una deficiencia de fuentes, es preciso acudir a los principios del derecho administrativo para resolver la cuestión en controversia, por lo que cita el Principio de Informalismo, con la finalidad de que se ampare la decisión en el citado principio.

Respecto a la presunta infracción al inciso e) del artículo 26° del RSSO y la definición de "incidente peligroso"

- f) HORIZONTE señala que la autoridad supervisora, al referirse al literal e) del artículo 26° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM¹⁶, omite señalar que dicho marco normativo no prevé la obligación de presentar tal reporte ante "situaciones de emergencia", sino ante "incidentes peligrosos"¹⁷, tipología que no se encuentra desarrollada en el procedimiento administrativo sancionador. Asimismo, señala que no se ha realizado un juicio de subsunción de los hechos acontecidos en dicha oportunidad y el concepto de incidente peligroso.

Sostiene que al darle lectura al concepto de "incidente peligroso"¹⁸, advierte que si bien en el título se hace mención a una "situación de emergencia", en el desarrollo no incluye una definición que permita identificarla, alegando que para definirla tiene que recurrir a una interpretación extensiva, la cual no es válida para los procedimientos administrativos sancionadores.

Sobre el ejercicio abusivo del derecho por parte de OSINERGMIN

- g) Refiere que al no encontrarnos ante un supuesto de accidente fatal, ni tampoco de un incidente peligroso, sino ante una situación de emergencia de índole ambiental, la cual no se encuentra regulada por el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM, sino por la Resolución de Consejo Directivo N° 018-2013-OEFA/CD de competencia de OEFA, mantener la sanción constituye un ejercicio abusivo del derecho.

- Accidentes fatales.
- Accidentes graves.
- Accidentes ambientales.
- Desastres.

¹⁶ Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM

"Artículo 26.- Son obligaciones generales del titular de actividad minera: (...)

e) Informar a las autoridades competentes que correspondan, dentro de los plazos previstos, la ocurrencia de incidentes peligrosos o accidentes mortales, así como la muerte de trabajadores suscitada en centros asistenciales derivada de accidentes mortales. Asimismo, deberá presentar a las autoridades competentes que correspondan un informe detallado de la investigación en el plazo de diez (10) días calendario de ocurrido el suceso".

¹⁷ Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM

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

Incidente peligroso y/o situación de emergencia

Todo suceso potencialmente riesgoso que pudiera causar lesiones o enfermedades graves con invalidez total y permanente o muerte a las personas en su trabajo o a la población.

Se considera incidente peligroso a evento con pérdidas materiales, como es el caso de un derrumbe o colapso de labores subterráneas, derrumbe de bancos en tajos abiertos, atrapamiento de personas sin lesiones (dentro, fuera, entre, debajo), caída de jaula y skip en un sistema de izaje, colisión de vehículos, derrumbe de construcciones, desplome de estructuras, explosiones, incendios, derrame de materiales peligrosos, entre otros, en el que ningún trabajador ha sufrido lesiones.

¹⁸ Cabe precisar que HORIZONTE refiere que en aplicación del Principio de Legalidad, la redacción de "incidente peligroso" se circunscribe a eventos internos de supervisión y control del día a día, con el objeto de mejorar el sistema de gestión de seguridad de una unidad minera y calificar las condiciones o actos sub estándares.

Respecto a su solicitud de uso de la palabra y ampliación de sus argumentos de apelación

h) De acuerdo con el numeral 1 del artículo 170° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en adelante el T.U.O. de la Ley N° 27444, se reserva el derecho a ampliar los argumentos expuestos en su recurso de apelación.

i) Solicita se le conceda el uso de la palabra.

3. A través del Memorandum N° GSM-446-2017, recibido el 22 de noviembre de 2017, la Gerencia de Supervisión Minera remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la supuesta vulneración del Principio de Jerarquía Normativa

4. Con relación a lo indicado en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, cabe precisar que el artículo 51° de la Constitución Política del Perú¹⁹ establece que la Autoridad Administrativa tiene el deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución, por lo que se encuentra sometida, en primer lugar, a la Constitución de manera directa y, en segundo lugar, al Principio de Legalidad²⁰.

Asimismo, la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley, sino por su vinculación a la Constitución. Esta vinculación de la administración a la Constitución se aprecia en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobada mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, la cual, si bien formalmente ha sido denominada por la propia Ley como "Principio de Legalidad"²¹, en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica de la Constitución, al prever que "las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho (...)". (subrayado agregado)

En ese marco normativo, cabe señalar que mediante el Decreto Legislativo N° 1272 vigente desde el 22 de diciembre de 2016, se modificó la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, disponiéndose en el literal f) del numeral 1 del artículo 236°-A de la

¹⁹ Constitución Política del Perú

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

²⁰ Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo IV del Título Preliminar

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

²¹ Se precisa que existen dos sistemas de control de la constitucionalidad y legalidad de las normas jurídicas, según sea el órgano al cual la Constitución encargue dicho cometido. Uno de ellos se denomina control concentrado porque se crean órganos constitucionales con la específica finalidad de ejercer el control de la constitucionalidad de las leyes; y, el otro sistema se llama control difuso, porque cualquier operador del derecho, en caso de conflicto entre una norma de superior jerarquía con otra de inferior jerarquía, debe preferir la primera al resolver un caso concreto.

No obstante, es pertinente indicar que el cumplimiento de una disposición expresa de rango legal, debe entenderse como el apego de toda Autoridad Administrativa a los Principios de Legalidad y de Jerarquía Normativa, lo cual no puede ser entendido como ejercicio de "control difuso", el cual implica exclusivamente una facultad del poder judicial en una situación de conflicto entre una norma ordinaria y una norma constitucional, debiéndose preferir esta última. (subrayado agregado)

mencionada Ley que constituye una condición eximente de la responsabilidad por infracción, la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 235° del aludido cuerpo legal. (Subrayado agregado)²²

En ese sentido, la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1272, dispuso que las entidades tendrán un plazo de sesenta (60) días, contado desde la vigencia del citado Decreto Legislativo para adecuar sus procedimientos especiales, según lo previsto en el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444²³.

Es así que OSINERGMIN, en ejercicio de sus funciones normativas, dispuestas por el inciso c) del artículo 3° de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos²⁴ y el artículo 3° de la Ley N° 27699 - Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN²⁵, a través de la Resolución N° 040-2017-OS/CD ha incorporado la figura del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1272, así como ha regulado los incumplimientos que no son pasibles de subsanación voluntaria, considerando para ello las características y naturaleza de las obligaciones exigidas y su condición de normas de orden público conforme a la normativa vigente.

En efecto, cabe precisar que en los numerales 15.1, 15.2 y 15.3 del Artículo 15° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD, incorpora los elementos para la configuración de la causal de eximente de responsabilidad, los siguientes:

- i. La oportunidad de la subsanación voluntaria. Se cumple con dicha condición cuando se da con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos, actuación con la que se inicia el procedimiento administrativo sancionador.

²² Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
Artículo 236-A.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

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

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

²³ Decreto Legislativo N° 1272

Disposiciones Complementarias Transitorias

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

²⁴ Ley N° 27332

"Artículo 3.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones: (...)

c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;

Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador."

²⁵ Ley N° 27699

"Artículo 3.- Procedimientos Administrativos Especiales

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

- 
- ii. La voluntariedad de la subsanación²⁶ por parte del administrado, esto es, que al realizar la conducta que revierta el supuesto incumplimiento de la norma sustantiva que sostiene el tipo infractor, esta debe efectuarse de manera espontánea y libre por el administrado, sin que sea inducida, generada o como respuesta a cualquier mandato o medida administrativa dentro de un procedimiento administrativo sancionador, que sea exigible al administrado.
- iii. Así también, en observancia del Principio de Legalidad, dicho Reglamento ha regulado los incumplimientos que no son pasibles de subsanación voluntaria, considerando para ello las características y naturaleza de las obligaciones exigidas y su condición de normas de orden público conforme a la normativa vigente, toda vez que no todas las actividades que realicen los administrados pueden ser consideradas como condición eximente de responsabilidad, ya que existen infracciones que por su propia naturaleza son de imposible reversión según la descripción de la propia conducta. (subrayado agregado)



De lo expuesto, se precisa que la inaplicación del eximente de responsabilidad administrativa en los supuestos que no son pasibles de subsanación voluntaria, dispuestos por el inciso 15.3 del Artículo 15° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a Cargo de OSINERGMIN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD²⁷, no vulneran el Principio de Legalidad, toda vez que se obedecen a aquéllos incumplimientos que por su naturaleza son irreversibles, así como garantizar la protección constitucional sobre los derechos y bienes jurídicos que por su propia competencia OSINERGMIN tutela.

En consecuencia, se advierte que el procedimiento especial aplicable por OSINERGMIN y, aprobado mediante Resolución N° 040-2017-OS/CD ha respetado las disposiciones contenidas en el T.U.O. de la Ley N° 27444 y el análisis de cada supuesto se interpreta conforme al Decreto

²⁶ Esta conducta, conforme al TUO de la LPAG, implica una subsanación del incumplimiento de la norma sustantiva cuando se adopten aquellas acciones que reconducen la actuación del administrado a cumplir con las normas vulneradas, y, de ser el caso, también a remover las posibles consecuencias negativas devenidas de la comisión la infracción. Evidentemente, en algunos casos que no involucren consecuencias negativas, la subsanación no tendrá como fin su remoción, sino solamente que el administrado haya orientado su situación jurídica hacia el cumplimiento de la norma sustantiva infractora.

²⁷ Resolución N° 040-2017-OS/CD, vigente desde el 19 de marzo de 2017, antes del inicio del presente procedimiento administrativo sancionador.

"Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción

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

15.3 No son pasibles de subsanación:

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

b) Aquellos incumplimientos de obligaciones sujetas a un plazo o momento determinado cuya ejecución posterior pudiese afectar la finalidad que persigue, o a usuarios o clientes libres que se encuentren bajo el ámbito de competencia de Osinergmin.

c) Incumplimientos sobre reportes o informes de accidentes y/o situaciones de emergencia.

d) Los incumplimientos que impliquen la obstaculización o el impedimento del ejercicio de la función supervisora y/o fiscalizadora de Osinergmin, así como el incumplimiento de las medidas administrativas.

e) Incumplimientos relacionados a la presentación de información o documentación falsa.

f) Incumplimientos de normas sobre uso del equipo de Sistema de Posicionamiento Global, obligaciones relativas al uso del Sistema de Control de Órdenes de Pedido (SCOP), o falta de registro y/o actualización de precios de venta de combustible en el Sistema Price de Osinergmin.

g) Incumplimientos relacionados con el expendio, abastecimiento, despacho, comercialización, suministro o entrega de Hidrocarburos u Otros Derivados a personas no autorizadas.

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

i) Los incumplimientos de indicadores verificados en procedimientos de supervisión muestral, salvo que se acredite el levantamiento de la infracción en todo el universo al que representan las muestras.

j) Incumplimientos relacionados con la obtención de autorizaciones exigibles para una actividad, que fueran obtenidas o regularizadas con posterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

k) Los actos u omisiones que hubiesen generado la imposición de una medida correctiva, medida cautelar o mandato, por parte de Osinergmin, orientada al levantamiento del incumplimiento suscitado.

l) Otros que apruebe el Consejo Directivo.

Legislativo N° 1272, considerando que ninguna condición pueda ser menos favorable para los administrados²⁸.

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

Sobre la aplicación de la causal de eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria y la supuesta vulneración al Principio de Informalismo y Eficacia

5. Con relación a lo indicado en los literales b) y c) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que el artículo 9° de la Ley N° 28964²⁹ establece que luego de la comunicación que realiza el titular minero sobre las situaciones de emergencia de seguridad (en 24 horas), OSINERGMIN dispondrá la correspondiente inspección de las instalaciones. En consecuencia, se verifica de la propia lectura de la citada ley que su finalidad es que esta entidad, habiendo tomado conocimiento de la ocurrencia del evento en el plazo previsto, pueda disponer y realizar la correspondiente inspección en las unidades mineras. (resaltado nuestro).

Asimismo, el literal e) del artículo 26° del RSSO³⁰ establece que es una obligación del titular de la actividad minera, informar la ocurrencia de incidentes peligrosos a las autoridades competentes que correspondan, dentro del plazo de diez (10) días calendario de ocurrido el suceso, mediante un informe detallado de la investigación de dicho suceso.

Ahora bien, de acuerdo al Principio de Razonabilidad, regulado en el numeral 3 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, “las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción (...)”.

Al respecto, Morón Urbina indica que “el Principio de Razonabilidad es empleado para orientar y controlar el ejercicio de la determinación de la sanción aplicable al infractor, proscribiendo los dos extremos agraviantes a este principio: la infra punición y el exceso de punición”³¹.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC ha señalado que hay “un claro mandato a la Administración (...) para que, en el momento de establecer una sanción administrativa, no se limite a realizar un razonamiento mecánico de aplicación de normas, sino que, además, efectúe una apreciación razonable de los hechos en

²⁸ En efecto, no se ha trasgredido lo dispuesto por el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444 y modificatorias, que establece que las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente ley, ya que conforme se explicó la infracción materia de análisis no admite subsanación alguna.

²⁹ Ley N° 28964

Artículo 9°.- Accidentes fatales y situaciones de emergencia Los accidentes fatales, así como las situaciones de emergencia de seguridad e higiene minera y/o de naturaleza ambiental, deben ser comunicados por el titular minero al OSINERGMIN dentro de las veinticuatro (24) horas de ocurridos. En estos casos, el OSINERGMIN dispondrá la inspección sin perjuicio de las medidas inmediatas que deberá tomar el titular de la actividad minera.

³⁰ Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM

Artículo 26.- Son obligaciones generales del titular de actividad minera:

e) Informar a las autoridades competentes que correspondan, dentro de los plazos previstos, la ocurrencia de incidentes peligrosos o accidentes mortales, así como la muerte de trabajadores suscitada en centros asistenciales derivada de accidentes mortales. Asimismo, deberá presentar a las autoridades competentes que correspondan un informe detallado de la investigación en el plazo de diez (10) días calendario de ocurrido el suceso.

³¹ Morón Urbina, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444*, Gaceta Jurídica, octubre 2017, tomo II, p. 399.

relación con quien los hubiese cometido; es decir, que no se trata solo de contemplar los hechos en abstracto, sino 'en cada caso' (...)". (Subrayado agregado)

De lo expuesto, cabe señalar que el Cuadro de Tipificación de Infracciones y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras, aprobado por Resolución N° 286-2010-OS/CD, establece como sanción para los incumplimientos por no presentar el aviso de la situación de emergencia, así también para el incumplimiento de no presentar el informe detallado, una multa de quince (15) UIT; es decir, tanto para la no presentación del informe como para la presentación tardía correspondería de acuerdo a la Tipificación citada la imposición de dicha sanción.

Ahora bien, en el presente caso, esta Sala verifica los siguientes hechos:

- a) El 3 de noviembre de 2016 se produjo la situación de emergencia en la progresiva 6+750 de la línea de conducción de relaves de flotación de 8,630 metros, entre la Planta de Beneficio "Parcoy" y el depósito de relaves "Alpamarca" de titularidad de HORIZONTE, consistente en el derrame de relaves por el cierre intempestivo de las válvulas manuales, hecho que ocasionó un colapso en la línea de conducción de relaves³².
- b) El 14 de noviembre de 2016, (11 días después) HORIZONTE comunicó a OSINERGMIN la ocurrencia de la situación de emergencia (Informe Preliminar).
- c) Del 19 al 21 de noviembre de 2016, se realizó la visita de supervisión a la unidad minera "Acumulación Parcoy N° 1" de titularidad de HORIZONTE, donde ocurrió la situación de emergencia.
- d) El 20 de noviembre de 2016, durante la visita de supervisión, HORIZONTE presentó el Informe Final de la situación de emergencia; es decir en atención a la supervisión.

Como se ha señalado en los hechos antes descritos, la administrada comunicó la situación de emergencia a esta entidad once (11) días después de ocurridos los hechos, es decir no solo fuera de las 24 horas dispuestas para informes preliminares, sino incluso con posterioridad al plazo de 10 días calendario para la presentación del Informe Final; por lo que ya no se trata de un informe "preliminar".

Asimismo, se constata que cinco (5) días después de la comunicación del primer informe, se realizó la visita de supervisión a las instalaciones del titular minero con el fin de verificar el cumplimiento de la normativa vigente.

Además, el Informe Final detallado de la investigación de la situación de emergencia se presentó siete (7) días después del vencimiento del plazo legal de diez (10) días calendario establecido (desde la fecha de ocurrida la situación de emergencia), incumpléndose nuevamente una obligación normativa.

Por lo tanto, en el presente caso no se cumplió con el objetivo que perseguía la norma: que la supervisión de esta entidad se realice oportunamente, primero porque el informe preliminar

³² Cabe precisar que mediante correo electrónico de fecha 14 de noviembre de 2016, HORIZONTE comunicó a OSINERGMIN la ocurrencia de la situación de emergencia ocurrida el 3 de noviembre de 2016, y adjuntó el Reporte Preliminar de Emergencias Ambientales – Formato 1, comunicación realizada fuera de las 24 horas a que se refiere el artículo 9° de la Ley N° 28964.

no cumplió con su condición de ser un informe “pre” o “antes de” el Informe Final de la emergencia, al haberse presentado cuando ya se había vencido el plazo de vencimiento de este último; y segundo porque este informe final detallado, no solo fue presentado fuera del plazo de 10 días que manda la norma (Plazo razonable para tener el detalle de los hechos ocurridos); sino que se proporcionó ante la concurrencia de OSINERGMIN a las instalaciones de la administrada, lo que le quita voluntariedad (condición para considerar eximente).

Así las cosas, tal como lo expuso la Gerencia de Supervisión Minera en la resolución impugnada, y acorde con lo previsto en los literales b) y c) del numeral 15.3 del artículo 15° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, ambas infracciones imputadas no fueron subsanadas, por lo que no procede el supuesto de eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria³³.

Por lo tanto, en el presente caso, no se configura la condición eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria del incumplimiento con anterioridad a la imputación de cargos. En ese sentido, se debe declarar infundado el recurso de apelación en este extremo.

Sobre la falta de competencia de OSINERGMIN

6. Con relación a lo indicado en los literales d) y e) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que de acuerdo al Principio de Legalidad previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas³⁴.

De otro lado, el numeral 70.1 del artículo 70° y numeral 74.1 del artículo 74° del T.U.O. de la Ley N° 27444, establecen que las competencias de las entidades tienen su fuente en la Constitución y en la ley, por lo que su ejercicio es una obligación directa del órgano administrativo que la tiene atribuida como propia³⁵.

En este contexto, es pertinente acotar que mediante Ley N° 28964, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 24 de enero de 2007, se transfirieron al OSINERGMIN las competencias de fiscalización de las actividades mineras definidas en la Ley N° 27474, Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras, cuyo artículo 2° establecía que el ámbito de la fiscalización involucraba, entre otros, las disposiciones legales, normas técnicas y

³³ Resolución N° 040-2017-OS/CD, vigente desde el 19 de marzo de 2017, antes del inicio del presente procedimiento administrativo sancionador.

“Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción

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

c) Incumplimientos sobre reportes o informes de accidentes y/o situaciones de emergencia.

³⁴ TUO de la Ley N° 27444.

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

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

³⁵ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

“Artículo 70.- Fuente de competencia administrativa

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

Artículo 74.- Ejercicio de la competencia

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

procedimientos administrativos sobre aspectos referidos de seguridad e higiene minera³⁶.

Posteriormente, a través de la Segunda y Séptima Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, publicada con fecha 20 agosto 2011, se dispuso la transferencia de competencias de fiscalización de las actividades mineras previstas en la Ley N° 28964, del regulador al MTPE y; asimismo, la derogación de la referida ley³⁷.

En dicho contexto, el artículo 2° de la Ley N° 29901, Ley que precisa competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería, publicada con fecha 12 de julio de 2012, definió el alcance de las citadas disposiciones de la Ley N° 29783, estableciéndose que la transferencia de competencias se limitó únicamente a la supervisión, fiscalización y sanción en materia de seguridad y salud en el trabajo en el subsector minero, por lo que la derogación de la Ley N° 28964 sólo se refirió a la supervisión y fiscalización de las disposiciones legales y técnicas en dicho ámbito.³⁸ (Subrayado agregado).

Igualmente, por medio del artículo 3° y la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29901, se estableció que este Organismo es competente para supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con la actividad minera; manteniendo las competencias en temas de seguridad de la infraestructura de dicho subsector. Y, que, mediante Decreto Supremo se aprobaría el listado de funciones bajo el ámbito de competencia del OSINERGMIN³⁹.

³⁶ Ley N° 28964.

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

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

Ley N° 27474.

"Artículo 2°.- Ámbito de aplicación de la ley

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

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

³⁷ Ley N° 29783

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

SEGUNDA. Transfíranse las competencias de fiscalización minera, establecidas en la Ley 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinerg, al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (...)

SÉPTIMA. Derógase la Ley 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinerg, del 24 de enero de 2007.

Cabe acotar que el OSINERGMIN solicitó asesoría jurídica a la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia a efectos de que emita pronunciamiento sobre los alcances de las citadas disposiciones de la Ley N° 29783; por lo que mediante Consulta Jurídica N° 002-2012-JUS-DNAJ de fecha 06 de enero de 2012, la aludida entidad concluyó, entre otros, que no fueron materia de transferencia las competencias generales de fiscalización de obligaciones legales, contractuales o técnicas no referidas a la seguridad y salud en el trabajo en el subsector minero; haciendo énfasis en que este organismo mantenía la función supervisora y fiscalizadora respecto a las disposiciones de seguridad de la actividad. Y, adicionalmente, acotó que no se derogó íntegramente la Ley N° 29324, sino únicamente en el extremo referido a la fiscalización de la seguridad y salud en el trabajo en el citado subsector.

La Consulta Jurídica N° 002-2012-JUS-DNAJ de fecha 06 de enero de 2012 de la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia se encuentra disponible en: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2007/Enero/24/CJ-002-2012-JUS-DNAJ.pdf>

³⁸ 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.

³⁹ 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

Además, se aprobó mediante el Decreto Supremo N° 088-2013-PCM, publicado con fecha 10 de agosto de 2013, el listado de funciones técnicas del OSINERGMIN, cuyo numeral 6 del Anexo 2, establece como función del regulador la de supervisar y fiscalizar el incumplimiento de obligaciones sobre seguridad de las actividades mineras; así como de las disposiciones legales y normas técnicas relacionadas con la gestión de la seguridad de la infraestructura, instalaciones, y de las operaciones mineras; lo cual es ratificado por el artículo 2° de la citada disposición reglamentaria⁴⁰ (subrayado agregado).

De lo anterior, queda claro que los efectos de la derogación dispuesta por la Segunda y Séptima Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29783 solo comprendieron los aspectos de la Ley N° 28964, relacionados a la supervisión, fiscalización y sanción en materia de seguridad y salud en el trabajo en el subsector minero; mas no las actuales competencias del OSINERGMIN, descritas en el párrafo anterior.

Por otro lado, cabe precisar que mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N° 1013, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 14 de mayo del 2008, se creó el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante, OEFA), como organismo público técnico especializado, adscrito al Ministerio del Ambiente y encargado de la fiscalización, supervisión, control y sanción en materia ambiental.

Asimismo, mediante Decreto Supremo N° 001-2010-MINAM, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 21 de enero de 2010, se reglamentó la transferencia de atribuciones en materia ambiental de fiscalización de OSINERGMIN a OEFA, de conformidad con lo dispuesto en la indicada Segunda Disposición Complementaria Final. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD⁴¹ se aprobaron los aspectos objeto de la transferencia de funciones de supervisión, fiscalización y sanción ambiental en materia de minería de OSINERGMIN a la OEFA, las mismas que están directamente vinculadas al ejercicio de las funciones de supervisión y fiscalización según la definición contenida en la Ley N° 27332, en materia de conservación y protección al medio ambiente así como a los procedimientos que desarrolla OSINERGMIN para dicho ejercicio.

De lo anterior, queda claro que los efectos de la derogación dispuesta por la Segunda y Séptima Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29783 solo comprendieron los aspectos de la Ley N° 28964, relacionados a la supervisión, fiscalización y sanción en materia ambiental en el subsector minero; mas no las actuales competencias del OSINERGMIN, descritas en el sétimo párrafo del numeral 6 de la presente resolución, por lo que la citada norma se encuentra vigente y por lo tanto resulta de obligatorio cumplimiento para los administrados que realizan

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.

⁴⁰ 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 (...)

⁴¹ Resolución de Consejo Directivo N° 003-2010-OEFA/CD

Artículo 1°.- Aprobar los aspectos objeto de la transferencia de la función de supervisión, fiscalización y sanción en materia de minería entre el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN, y el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA (...).

actividades de minería.

De lo anterior, se desprende que es correcto lo indicado por la GSM respecto a que la omisión de información afecta el ejercicio de las funciones de regulador; dado que, al no tomar conocimiento oportuno de la situación de emergencia, OSINERGMIN se ve imposibilitado de verificar el cumplimiento de las disposiciones bajo su ámbito de competencia. A lo que se debe agregar que la labor de determinación de la naturaleza jurídica de los accidentes es de la Administración Pública y no de los administrados.

En ese sentido, cabe precisar que la participación de OEFA respecto a la situación de emergencia, en ningún caso afecta el ejercicio de la función supervisora a cargo de OSINERGMIN, por lo que el reporte presentado por HORIZONTE ante OEFA, con relación a la situación de emergencia, no sustituye la obligación exigida conforme al artículo 9° de la Ley N° 28964.

A mayor abundamiento, es preciso indicar que, como bien se ha indicado en la resolución apelada, el hecho de que la normativa vigente permita la actuación de más de una entidad pública, en relación con una situación de emergencia y que se hubiese comunicado tal hecho ante el OEFA, no exime a HORIZONTE de su obligación de reporte ante OSINERGMIN, en el plazo legal establecido conforme a lo exigido por el Artículo 9° de la Ley N° 28964, al resguardar cada una de estas entidades bienes jurídicos distintos.

Por lo tanto, todas las actuaciones relacionadas al presente procedimiento administrativo sancionador fueron emitidas en el marco del ejercicio válido de las funciones de supervisión, fiscalización y sanción en el ámbito de las actividades mineras; correspondiendo desestimar lo alegado por HORIZONTE en este extremo.

Sobre la presunta infracción al artículo 9° de la Ley N° 28964 y al inciso e) del artículo 26° del RSSO, respecto a las definiciones de “situación de emergencia” e “incidente peligroso”, respectivamente

7. Con relación a lo indicado en los literales e) y f) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde indicar que el artículo 9° de la Ley N° 28964, señala lo siguiente:

“Artículo 9.- Accidentes fatales y situaciones de emergencia

*Los accidentes fatales, así como **las situaciones de emergencia de seguridad** e higiene minera y/o de naturaleza ambiental, **deben ser comunicados por el titular minero al OSINERGMIN dentro de las veinticuatro (24) horas de ocurridos** (...).”*

(Negrita y subrayado agregados)

Al respecto el artículo 7° del RSSO⁴² define como “Incidente peligroso y/o situación de emergencia”, lo siguiente:

⁴² Decreto Supremo 024-2016-EM

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

Incidente peligroso y/o situación de emergencia

Todo suceso potencialmente riesgoso que pudiera causar lesiones o enfermedades graves con invalidez total y permanente o muerte a las personas en su trabajo o a la población. Se considera incidente peligroso a evento con pérdidas materiales, como es el caso de un derrumbe o colapso de labores subterráneas, derrumbe de bancos en tajos abiertos, atrapamiento de personas sin lesiones (dentro, fuera, entre, debajo), caída de jaula y skip en un sistema de izaje, colisión de vehículos, derrumbe de construcciones, desplome de estructuras, explosiones, incendios, derrame de materiales peligrosos, entre otros, en el que ningún trabajador ha sufrido lesiones.

“Incidente peligroso y/o situación de emergencia

Todo suceso potencialmente riesgoso que pudiera causar lesiones o enfermedades graves con invalidez total y permanente o muerte a las personas en su trabajo o a la población.

Se considera incidente peligroso a evento con pérdidas materiales, como es el caso de un derrumbe o colapso de labores subterráneas, derrumbe de bancos en tajos abiertos, atrapamiento de personas sin lesiones (dentro, fuera, entre, debajo), caída de jaula y skip en un sistema de izaje, colisión de vehículos, derrumbe de construcciones, desplome de estructuras, explosiones, incendios, derrame de materiales peligrosos, entre otros, en el que ningún trabajador ha sufrido lesiones”. (subrayado agregado)



Por su parte, el “Procedimiento para reporte de emergencias en las actividades mineras” aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 013-2010-OS/CD, define “Emergencia”, de acuerdo al siguiente detalle:

“Situación generada por el riesgo inminente u ocurrencia súbita de daños materiales, a las personas, y/o al ambiente que requiere una movilización de recursos. Una emergencia puede ser causada por: incidentes, accidentes o desastres”.



De las definiciones citadas, es preciso aclarar que resulta explícito que el derrame de relaves del 3 de noviembre de 2016, constituyó una situación de emergencia y/o incidente peligroso, por lo que se debió presentar a OSINERGMIN el Informe Preliminar de aviso de lo ocurrido, así como el Informe Final detallado de la investigación correspondiente, respecto de dicha situación de emergencia; luego de lo cual OSINERGMIN evaluará la existencia o no de alguna condición en temas de seguridad de la infraestructura que pudo suscitar la emergencia.

Asimismo, como bien ha señalado la Gerencia de Supervisión Minera en la resolución apelada, de acuerdo a las definiciones anteriores, es válido concluir que HORIZONTE no puede desconocer que el derrame de relaves ocurrido el 3 de noviembre de 2016, constituyó una situación de emergencia y/o incidente peligroso, por lo que se debió presentar a OSINERGMIN el aviso del informe preliminar, conforme al artículo 9° de la Ley N° 28964, así como el Informe Final detallado de investigación, de acuerdo al inciso e) del artículo 26° del RSSO.

Tal es así, que en el descargo al inicio del procedimiento administrativo sancionador⁴³, HORIZONTE reconoce que infringió dicha obligación, al comunicar de forma extemporánea la situación de emergencia que ocurrió el 3 de noviembre de 2016.

Por lo demás, conforme al análisis expuesto anteriormente, HORIZONTE sí se encontraba obligada a cumplir el artículo 9° de la Ley N° 28964 y el literal f) del artículo 26° del RSSO, reportando la situación de emergencia y presentando el respectivo informe detallado al regulador; debiendo desestimarse lo argumentado sobre el particular.

Por las consideraciones expuestas, corresponde desestimar los argumentos planteados por

⁴³ Mediante escrito de registro N° 2017-31344, de fecha 22 de mayo de 2017, obrante HORIZONTE precisa lo siguiente:

“III. DESCARGOS.

A continuación, señalamos nuestros descargos:

3.1. Estamos de acuerdo con la autoridad en el sentido de que mi CMH infringió sus obligaciones al comunicar y presentar de forma tardía la información referente a la situación de emergencia suscitada el pasado 03 de noviembre de 2016; pero es necesario aclarar que la CMH cumplió con su deber de comunicación y presentación de información.

Además, es menester dejar en claro que dicha situación de emergencia, fue comunicada al OEFA dentro de las 24 horas desde que se tomó conocimiento del hecho (...)” (subrayado agregado)

HORIZONTE en este extremo.

Sobre el supuesto abuso de poder de OSINERGMIN

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

Sobre el particular, corresponde señalar que la actuación de OSINERGMIN, como organismo supervisor se enmarca en el fiel cumplimiento de la normativa vigente, la sujeción al Principio de Legalidad y la estricta observancia del Debido Procedimiento Administrativo, recogidos en el Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Asimismo, en virtud al Principio de Buena Fe Procedimental recogido en el numeral 1.8 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el numeral 1 del artículo 56° de la citada Ley⁴⁴, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento deben actuar guiados por la buena fe.

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

Finalmente, cabe precisar que la recurrente tiene expedito su derecho a recurrir a la vía judicial en caso lo estime conveniente, de conformidad con el numeral 218.1 del artículo 218° de la Ley N° 27444, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el artículo 148° de la Constitución Política del Perú⁴⁵.

⁴⁴ Ley N° 27444 y modificatorias

"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

(...)

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

"Ley N° 27444

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

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

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

⁴⁵ Ley N° 27444 y modificatorias

Ley del Procedimiento Administrativo General

"Artículo 218.- Agotamiento de la vía administrativa

218.1 Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el artículo 148 de la Constitución Política del Estado".

Constitución Política del Perú

"Artículo 148.- Proceso contencioso administrativo

Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa".

Por lo tanto, corresponde desestimar este extremo de la apelación interpuesta por HORIZONTE.

Respecto a su solicitud de uso de la palabra y ampliación de sus argumentos de apelación

9. Sobre lo citado en el literal h) del numeral 2 de la presente resolución, se debe indicar que, de la revisión del expediente, se verifica que la apelante no amplió los argumentos expuestos en su recurso de apelación.

Con relación a su solicitud de uso de la palabra, contenido en el literal h) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que conforme al artículo 33° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD, el agente supervisado puede solicitar el uso de la palabra al órgano sancionador o al órgano revisor. La denegatoria a dicha solicitud debe encontrarse debidamente motivada a fin de no vulnerar el derecho al debido procedimiento⁴⁶.

Por su parte, de conformidad con el numeral 23.3 del artículo 23° del nuevo Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD, corresponde al Presidente de la Sala 2 del TASTEM aprobar la realización de informes orales cuando resulte necesario para resolver el caso⁴⁷.

Sobre el particular, cabe señalar que habiéndose revisado y analizado todos los actuados obrantes en el expediente, conforme se advierte de los considerandos expuestos precedentemente, esta instancia administrativa considera que ha contado con elementos de juicio suficientes para emitir su pronunciamiento sobre el presente caso, habiéndose señalado los motivos por los cuales se han desestimado los argumentos alegados por el recurrente.

En virtud de ello, el Presidente de esta Sala del TASTEM, con la conformidad de los demás Vocales que integran este Órgano Colegiado, considera que no corresponde acceder a la solicitud de informe oral formulada por la recurrente.

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 presentado por CONSORCIO MINERO HORIZONTE S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1764-2017 de fecha 19

⁴⁶ Resolución N° 040-2017-OS/CD

Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN

"Artículo 33.- Informe oral

El Agente Supervisado puede solicitar el uso de la palabra al órgano sancionador o al órgano revisor. La denegatoria a dicha solicitud debe encontrarse debidamente motivada a fin de no vulnerar el derecho al debido procedimiento."

⁴⁷ Resolución N° 044-2018-OS/CD

Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN

"Artículo 23.- Funciones de los Presidentes de las Salas de los Órganos Resolutivos (...)

23.3. Disponer la realización de informes orales cuando lo considere necesario para resolver el caso, o si algún Vocal o el Secretario Técnico Adjunto se lo solicite o a pedido de parte. (...)"

de octubre de 2017; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus extremos, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.



Artículo 2°. - Declarar agotada la vía administrativa.

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


JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE