

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 380-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 22 de octubre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201800008905 que contiene el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA SANTA LUISA S.A., representada por el señor Pedro Mario Vera Ortiz, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2143-2018 de fecha 27 de agosto de 2018, mediante la cual se le sancionó por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 2143-2018, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a COMPAÑÍA MINERA SANTA LUISA S.A., en adelante SANTA LUISA, con una multa total de 1.13 (uno con trece 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
Infracción al numeral 2 del literal e) del artículo 254° del RSSO¹ Durante la supervisión en las operaciones subterráneas se efectuó la medición de emisión de gases de monóxido de carbono (CO) por el tubo de escape de los equipos petroleros, los resultados obtenidos exceden el límite de 500 ppm exigido conforme se detalla:			Numeral 2.1.11 del Rubro B ²	1.13 UIT
Equipo	Medición de CO (ppm)	Ubicación del equipo		
Camioneta Toyota Modelo Hilux N° 98 Placa D3L-909	1323	Tj. A – 200 V4 Nv. A		
Camioneta Toyota Modelo Hilux N° 96 Placa D3L-907	676	Tj. A – 200 V4 Nv. A		
Camioneta Toyota Modelo Hilux N° 99 Placa P0K-735	1199	Rampa S – 300		
Camioneta Toyota Modelo Hilux N° 86 Placa D3J-849	1054	Acceso W 220		

¹ RSSO

“Artículo 254.- En las labores mineras subterráneas donde operan equipos con motores petroleros deberá adoptarse las siguientes medidas de seguridad: (...)
e) Las operaciones de los equipos a petróleo se deben suspender, prohibiendo su ingreso a labores de mina subterránea en los siguientes casos: (...)
2. Cuando la emisión de gases por el escape de dicha máquina exceda de quinientos (500) ppm de monóxido de carbono o de cien (100) ppm de dióxido de nitrógeno, medidos en las labores subterráneas donde desarrollen sus actividades.”

² Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD

Anexo: Cuadro de Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera.

Rubro B - Incumplimiento de Disposiciones y Normas Técnicas de Seguridad Minera

2. Incumplimiento de normas de diseño, instalación, construcción, montaje, operación, proceso y control de terreno

2.1 En concesiones mineras

2.1.11 Ventilación

Base legal: Arts. 131°, 132°, 246°, 247°, 248°, 249°, 250°, 251°, 252°, 253°, 254°, 256°, 257°, 258°, 259°, 402° literal i) y 295° literal b) del RSSO

Sanción: Hasta 400 UIT

Camioneta Toyota Modelo Hilux N° 94 Placa PQD-656	1051	Rampa B - 3200		
TOTAL				1.13 UIT ³

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- a) Durante los días 8 al 12 de junio de 2017 se efectuó una supervisión a la unidad minera "Santa Luisa y El Recuerdo"⁴, de titularidad de SANTA LUISA, a cargo de supervisores designados por OSINERGMIN.
 - b) A través del Oficio N° 1442-2018 notificado a SANTA LUISA el 22 de mayo de 2018, que obra a fojas 58 del expediente, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.
 - c) Por escrito presentado el 31 de mayo de 2018, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201800008905, SANTA LUISA remitió sus descargos y solicitó el uso de la palabra.
 - d) Mediante Oficio N° 326-2018-OS-GSM notificado el 12 de julio de 2018, se remitió a SANTA LUISA el Informe Final de Instrucción N° 1433-2018. Asimismo, con Oficio N° 327-2018-OS-GSM notificado el 12 de julio de 2018 se le citó para audiencia de informe oral.
 - e) Con escrito presentado el 19 de julio de 2018, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201800008905, SANTA LUISA remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción.
 - f) El 20 de julio de 2018 se llevó a cabo el informe oral con la presencia de los representantes de SANTA LUISA.
2. Mediante escrito del 24 de setiembre de 2018, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201800008905, SANTA LUISA interpuso su recurso de apelación contra la Resolución N° 2143-2018, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a la subsanación voluntaria del incumplimiento

- a) Señala que realiza todas sus actividades conforme lo establece el RSSO, además que, como parte de su política, realiza mediciones previas a todos los vehículos que ingresan a la unidad minera, teniendo en cuenta sus estándares y PETS de trabajo.

Las mediciones que realiza permiten prevenir que ingresen vehículos con concentraciones de monóxido de carbono (CO) superiores al límite máximo permisible (LMP). Sin embargo, no se han tomado en cuenta sus mediciones, bajo el supuesto que son hechos no subsanables y que las mismas corresponden a otro evento distinto al de las mediciones que se realizaron durante la supervisión.

³ Cabe precisar que para la determinación y graduación de las sanciones se consideraron los criterios, metodología y la probabilidad de detección que fueron aprobados por las Resoluciones de Gerencia General N° 035 y 256-2013 publicadas en el Diario Oficial El Peruano con fecha 03 de febrero de 2011 y 23 de noviembre de 2013, respectivamente.

⁴ La unidad minera "Santa Luisa y El Recuerdo" se encuentra ubicada en el distrito de Huallanca, provincia Bolognesi y departamento de Ancash.

Protocolo y/o procedimiento de medición de emisión de gases de monóxido de carbono (CO) de equipos con motores petroleros

- b) SANTA LUISA señala que se ha desestimado su solicitud de aclaración respecto del protocolo y/o procedimiento que se realiza para la medición de emisión de gases de monóxido de carbono (CO), pues al finalizar el sexto párrafo del análisis de los descargos del Informe Final de Instrucción se señala que "(...) no cabe condicionar la validez de las mediciones obtenidas por los supervisores a la existencia de un protocolo determinado (...)". (Subrayado y negritas son de la recurrente).

De igual manera en el sexto y séptimo párrafo de la Resolución N° 2143-2018 se indica que no se cuenta o se sigue un protocolo, pues el RSSO no lo establece.

En ese sentido, advierte que se ha omitido un requisito de validez de los actos administrativos al no detallarse cuál es la norma que regula el procedimiento para medir la emisión de gases de monóxido de carbono. Inclusive, ha recibido como respuesta que ello no es necesario, lo cual vulnera su derecho a la información y violenta el Principio del Debido Procedimiento.

La falta de un protocolo y/o procedimiento permite afirmar que existirán ocasiones en que OSINERGMIN actuará de una forma determinada u otra, lo cual demuestra la arbitrariedad que ocasiona la falta de un procedimiento.

- c) Menciona que OSINERGMIN viene incurriendo en un error en su procedimiento de prueba y análisis respecto a la medición de emisión de gases de monóxido de carbono (CO) por tubo de escape de los equipos petroleros en cuestión, lo cual recaería en una causal de nulidad prevista en el numeral 1° del artículo 10° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en adelante el T.U.O. de la Ley N° 27444, ya que OSINERGMIN realiza la medición de emisión de monóxido de carbono acelerando únicamente el motor a 2100 revoluciones por minuto, cuando el punto II del Anexo N° 2 del Decreto Supremo N° 047-2001-MTC⁵ establece un claro procedimiento que OSINERGMIN no cumplió en la supervisión. En efecto, OSINERGMIN no ha cumplido con (i) acreditar que se han realizado dos (02) aceleraciones previas a la prueba; (ii) que se haya soltado el pedal de acelerador hasta que el motor regrese a la velocidad de ralentí, y el opacímetro se estabilice en condiciones mínimas de lectura como mínimo seis (06) y un máximo de diez (10) veces; y (iii) que se hayan realizado tres (03) pruebas de aceleración en

⁵ Decreto Supremo N° 047-2001-MTC, Establecen Límites Máximos Permisibles de emisiones contaminantes para vehículos automotores que circulen en la red vial

"II. MEDICIÓN DE EMISIONES PARTICULADOS PARA VEHICULOS DE ENCENDIDO POR COMPRESION QUE USAN COMBUSTIBLE DIESEL O SIMILAR

(...)

Prueba en aceleración libre

(...)

Se deberá realizar dos aceleraciones previas al inicio de las pruebas para limpiar el tubo de escape.

Con el motor operando en ralentí y sin carga, se inserta la sonda en el tubo de escape y luego se acciona rápidamente el acelerador a fondo por un máximo de 2 a 3 segundos, hasta obtener la intervención del gobernador, se suelta el pedal del acelerador hasta que el motor regrese a la velocidad de ralentí, y el opacímetro se estabilice en condiciones mínimas de lectura.

La operación descrita en el párrafo anterior deberá efectuarse seis (06) veces como mínimo y diez (10) veces como máximo, para evitar mayores desgastes en el motor.

Si al realizarse la primera prueba de aceleración el coeficiente de absorción es inferior al Límite Máximo Permissible, la prueba se dará por concluida y se registrará el valor obtenido y la aprobación de la prueba.

Si al realizarse la tercera prueba de aceleración el coeficiente de absorción no ha bajado de $k = 7,50 \text{ m}^{-1}$, la prueba se dará por concluida y se registrará el valor máximo y la desaprobación de la prueba. (...) (El subrayado y resalto es suyo)

caso se haya superado en una primera prueba el LMP de CO.

Por tal motivo, SANTA LUISA indica que OSINERGMIN está inobservando y/o contraviniendo el Decreto Supremo N° 047-2001-MTC, norma que regula la medición de monóxido de carbono.

- d) En ese orden de ideas, SANTA LUISA indica que la supuesta conducta infractora no se encuentra debidamente acreditada dentro del presente procedimiento administrativo sancionador.

Sobre la supuesta vulneración de los Principios de Tipicidad y Razonabilidad

- e) Señala que la falta de un procedimiento y/o protocolo, habilita a la interpretación (arbitraria) de la administración lo que determina la existencia de una supuesta infracción. Esa aplicación incorrecta de las normas vulnera Principios del Procedimiento Administrativo tales como: el Principio de Tipicidad toda vez que la autoridad excede lo establecido en las normas, al interpretarlas y aplicarlas de una manera tal que establezca obligaciones adicionales para los administrados y, el Principio de Razonabilidad, mediante la interpretación incorrecta de las normas, al imputarle infracciones de una manera desproporcionada a la realidad constatada.⁶ (Subrayado de la recurrente).

Otros argumentos adicionales

- f) SANTA LUISA refiere que en virtud de lo establecido en el artículo 170° del T.U.O. de la Ley N° 27444⁷, se reserva su derecho de ampliar los argumentos expuestos en su recurso de apelación.

- g) Solicita que antes de emitirse pronunciamiento se le conceda el uso de la palabra.

3. A través del Memorándum N° GSM-387-2018, recibido el 28 de setiembre de 2018, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a la subsanación voluntaria del incumplimiento

4. Respecto a lo manifestado en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que mediante el Decreto Legislativo N° 1272 publicado el 21 de diciembre de 2016, se modificó la

⁶ Al respecto, la recurrente cita la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC que señala "(...) las determinaciones administrativas que se fundamentan en la satisfacción del interés público son también decisiones jurídicas, cuya validez corresponde a su concordancia con el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, tales decisiones, incluso cuando la ley las configure como "discrecionales", no pueden ser "arbitrarias", por cuanto son sucesivamente "jurídicas" y, por lo tanto, sometidas a las denominadas reglas de la "crítica racional" (...)".

Asimismo, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída sobre el Expediente N° 3361-2004-AA/TC ha establecido que "(...) un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando sólo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión no motiva o expresa la razones que lo han conducido a adoptar tal decisión". (Énfasis y subrayado es suyo).

Del mismo modo, en el fundamento 36 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0090-2004-AA, el Tribunal Constitucional concluye "(...) que el control de constitucionalidad de los actos dictados al amparo de una facultad discrecional no debe ni puede limitarse a constatar que el acto administrativo tenga una motivación más o menos explícita, pues constituye, además, una exigencia constitucional evaluar la decisión finalmente adoptada observa los principios de razonabilidad y proporcionalidad con relación a la motivación de hechos, ya que una incoherencia sustancial entre los considerados relevantes para que se adopte la medida y decisión tomada, convierte a esta última también en una manifestación de arbitrariedad (...)"'. (Énfasis y subrayado es suyo).

⁷ La recurrente hace referencia al artículo 161° de la Ley N° 27444, el cual corresponde al artículo 170° del T.U.O. de la Ley N° 27444.



Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, disponiéndose en el literal f) del numeral 1 del artículo 236°-A y en el artículo 255° del T.U.O. de la mencionada Ley, que constituye una condición eximente de la responsabilidad por infracción la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253° del mencionado T.U.O.⁸ (Subrayado agregado).

Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Transitoria del referido Decreto Legislativo, dispuso que las entidades tendrán un plazo de sesenta (60) días, contado desde su vigencia, para adecuar sus procedimientos especiales según lo previsto en el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

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 Públicos⁹ y el artículo 3° de la Ley N° 27699 - Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN¹⁰, a través del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD, en adelante el RSFS, ha regulado los incumplimientos que no son pasibles de subsanación voluntaria, considerando para ello las características y naturaleza de las obligaciones exigidas y su condición de normas de orden público conforme a la normativa vigente.

De acuerdo a ello, en el literal h) del numeral 15.3 del artículo 15° del RSFS¹¹, OSINERGMIN ha dispuesto que no son pasibles de subsanación aquellos incumplimientos relacionados con procedimientos o estándares de trabajo calificados como de alto riesgo, normas que establecen parámetros de medición, límites o tolerancias, tales como, normas de control de calidad, control metrológico, peso neto de cilindros de GLP, parámetros de aire o emisión, existencias, entre otros. (Subrayado agregado)

⁸ T.U.O. de la Ley N° 27444

Artículo 255.- 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.

⁹ 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."

¹⁰ 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."

¹¹ Resolución N° 040-2017-OS/CD

"Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción

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

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





Es el caso, del incumplimiento al numeral 2 del literal e) del artículo 254° del RSSO, materia de imputación en el presente procedimiento, el cual está vinculado al monitoreo de agentes químicos en motores petroleros en las labores mineras. En ese sentido, tal como expuso la GSM en la resolución impugnada, la medición refleja una condición única cuyo resultado es inmediato (registro de hora), por lo que una nueva medición, posterior a la verificada durante la supervisión, reflejará una condición de emisión de gases de los equipos de motores petroleros distinta que no subsana el “defecto” (incumplimiento del parámetro de emisión de monóxido de carbono por el escape de equipos con motores petroleros) detectado durante la supervisión del 8 al 12 de junio de 2017, tal como se verifica en los Formatos “Medición de Emisión de Gases de Equipos con Motores Petroleros”, que obran de fojas 14 al 16 del expediente, los cuales fueron suscritos por los representantes de SANTA LUISA.



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

En ese sentido, la infracción al numeral 2 del literal e) del artículo 254° del RSSO no es pasible de subsanación, por lo que no corresponde la aplicación de la eximente de responsabilidad previsto en el inciso f) del numeral 236-A de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272 y el inciso f) del numeral 1 del artículo 255° del T.U.O. de la citada Ley.

No obstante, las acciones correctivas realizadas por la recurrente a fin de cumplir con la obligación establecida en el numeral 2 del literal e) del artículo 254° del RSSO, si bien no la eximen de responsabilidad, sí fueron consideradas en el cálculo de la multa impuesta.

En efecto, de acuerdo a lo señalado en el presente numeral de la resolución recurrida, se advierte que la GSM consideró lo dispuesto en el inciso g.3) del literal g) del numeral 25.1 del artículo 25° del RSFS¹², el cual establece que para los supuestos indicados en el numeral 15.3 del artículo 15° (incumplimientos no pasibles de subsanación), constituye un factor atenuante la realización de acciones correctivas, debidamente acreditadas por parte del Agente Supervisado, para cumplir con la obligación infringida hasta la presentación de los descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador. En estos casos, el factor atenuante será de -5%.

Por lo tanto, se aplicó el citado atenuante sobre la multa base, toda vez que SANTA LUISA mediante el escrito del 23 de junio de 2017, informó las acciones correctivas realizadas en los

¹² Resolución N° 040-2017-OS/CD

Artículo 25.- Graduación de multas

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

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

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

equipos con motores petroleros que excedían los quinientos (500) ppm de monóxido de carbono.

Protocolo y/o procedimiento de medición de emisión de gases de monóxido de carbono (CO) de equipos con motores petroleros

- 
5. En cuanto a lo señalado en los literales b) y c) del numeral 2 de la presente resolución, conforme fue expuesto por la resolución impugnada, el RSSO establece dos condiciones que se deben considerar para verificar el cumplimiento de la obligación imputada: i) que la emisión de gases por el escape de máquinas a petróleo no exceda de quinientos (500) ppm de monóxido de carbono; y, ii) que la medición se efectúe en labores subterráneas. Debe indicarse que ambas condiciones se han verificado en las mediciones realizadas durante la supervisión.

Asimismo, cabe agregar que el RSSO no establece que las mediciones de emisión de gases de monóxido de carbono (CO) de equipos con motores petroleros deban realizarse siguiendo un protocolo o guía específica, más aún cuando un documento de tal naturaleza no ha sido aprobado, ni incluido dentro de dicho reglamento¹³; razón por la cual mal puede la recurrente fundar su defensa en el procedimiento establecido en el punto II del Anexo N° 2 del Decreto Supremo N° 047-2001-MTC, además que dichos procedimientos de la referida norma tienen como objeto el control de las emisiones de los vehículos automotores que circulen en la red vial.



No obstante, es pertinente resaltar que las mediciones de emisión de gases de monóxido de carbono (CO) de equipos con motores petroleros se realizaron conforme al manual del instrumento de medición¹⁴, según consta en los Formatos “Medición de Emisión de Gases de Equipos con Motores Petroleros”, y que dichos formatos contienen la información mínima que señala la Guía de Supervisión de las Actividades Mineras N° GFM-G-01 que, a su vez recoge lo dispuesto por el Lineamiento Resolutivo XI de la Sala Plena del Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería, aprobado por Resolución N° 001-2016-OS-STOR-TASTEM, del 21 de setiembre de 2016.

Además, las mediciones de emisión de gases con motores petroleros se llevaron a cabo en presencia de los representantes de la recurrente, quienes junto a los supervisores designados por OSINERGMIN suscribieron los documentos que contenían los datos de las mediciones efectuadas, tales como el Acta de Supervisión y los Formatos “Medición de Emisión de Gases de Equipos con Motores Petroleros”, que obran de fojas 3, 14, 15 y 16 del expediente. Se debe agregar que los representantes de la recurrente no consignaron observaciones a la labor realizada por los supervisores, funcionarios a quienes la norma reconoce condición de autoridad y realizan sus labores conforme a los dispositivos legales pertinentes.

En atención a las consideraciones expuestas, se concluye que los hechos materia de sanción se encuentran debidamente acreditados, por lo que contrariamente a lo argumentado por la recurrente, la resolución impugnada se encuentra debidamente motivada y no se ha vulnerado su derecho a la información ni el Principio del Debido Procedimiento.

¹³ En contraste, cabe acotar que el RSSO sí estableció guías para la medición de ruido, estrés térmico y vibración, las cuales resultan aplicables para el monitoreo de dichas condiciones por disposición expresa de los artículos 103° (ruido), 104° (estrés térmico) y 109° (vibración) de la citada norma.

¹⁴ Formatos “Medición de Emisión de Gases de Equipos con Motores Petroleros” que obran en fojas 14, 15 y 16 del expediente.

De acuerdo a lo señalado, la resolución recurrida fue emitida cumpliendo los requisitos de validez del acto administrativo, lo dispuesto en el RSFS, así como los demás principios establecidos en el Título Preliminar y en el artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444; obteniéndose una decisión motivada y fundada en derecho, no existiendo, vicios que causen su nulidad.

En consecuencia, corresponde declarar infundado este extremo del recurso de apelación.

6. En atención a lo expuesto en el numeral precedente no corresponde emitir pronunciamiento sobre lo alegado en el literal d) del numeral 2 de la presente resolución.

Sobre la supuesta vulneración de los Principios de Tipicidad y Razonabilidad

7. En cuanto a los argumentos contenidos en el literal e) del numeral 2 de la presente resolución, se debe manifestar que de acuerdo al Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, dispone que sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por vía reglamentaria¹⁵.

Dicho esto, se debe señalar que mediante los literales c) y d) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privadas en los Servicios Públicos, se estableció que los Organismos Reguladores cuentan con la función normativa, que les faculta a tipificar infracciones y aprobar su propia escala de sanciones; y la función fiscalizadora y sancionadora, que comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión¹⁶.

¹⁵ T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras. (...)"

¹⁶ 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."

d) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión; (...)"

A través del artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, se estableció que el Consejo Directivo de este Organismo se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, graduar las sanciones, así como aprobar su respectiva escala de multas y sanciones¹⁷.

Acorde con dicho marco legal, el Consejo Directivo de OSINERGMIN emitió la Resolución N° 039-2017-OS/CD, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18 de marzo de 2017, cuyo Anexo aprobó el Cuadro de Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera, en el cual se tipifica como infracción, entre otras, el incumplimiento de diversas disposiciones del RSSO, y se establece la sanción aplicable.

Por lo tanto, se concluye que los requisitos de precisión y claridad en la descripción de la conducta ilícita son exigibles a aquellas normas que tipifican las infracciones imputadas a los administrados dentro del procedimiento sancionador, en la medida que son éstas las que definen aquellas actuaciones u omisiones que se encuentran prohibidas por transgredir la legislación, en este caso aplicable al ámbito de la gestión de la seguridad de las actividades mineras, y cuya configuración acarrea la imposición de una sanción administrativa.

Sobre el particular, debe advertirse que en el presente caso se imputó a la apelante la infracción tipificada en el numeral 2.1.11 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 039-2017-OS/CD, conforme al siguiente detalle:

NORMA QUE TIPIFICA LA INFRACCIÓN	BASE LEGAL
ANEXO DE LA RESOLUCIÓN N° 039-2017-OS/CD	RSSO
Rubro B - Incumplimiento de Disposiciones y Normas Técnicas de Seguridad Minera 2. Incumplimiento de normas de diseño, instalación, construcción, montaje, operación, proceso y control de terreno 2.1 En concesiones mineras 2.1.11 Ventilación Base legal: Arts. 131°, 132°, 246°, 247°, 248°, 249°, 250°, 251°, 252°, 253°, 254°, 256°, 257°, 258°, 259°, 402° literal i) y 295° literal b) del RSSO Sanción: Hasta 400 UIT	"Artículo 254°.- En las labores mineras subterráneas donde operan equipos con motores petroleros deben adoptarse las siguientes medidas de seguridad: (...) e) Las operaciones de los equipos petroleros se deben suspender, prohibiendo su ingreso a labores de mina subterránea, en los siguientes casos: (...) 2. Cuando la emisión de gases por el escape de dicha máquina exceda de quinientos (500) ppm de monóxido de carbono o de cien (100) ppm de dióxido de nitrógeno, medidos en las labores subterráneas donde desarrollen sus actividades. (...)"

Como puede advertirse, el numeral 2.1.11 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 039-2017-OS/CD tipifica como infracción administrativa sancionable con una multa de hasta 400 (cuatrocientos) UIT, el incumplimiento de la obligación del RSSO relativa al monitoreo de agentes químicos en motores petroleros en las labores mineras subterráneas, dentro de la cual encontramos la prevista en el numeral 2 del literal e) del artículo 254° del citado reglamento.

¹⁷ Ley N° 27699

"Artículo 1.- Facultad de Tipificación

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

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

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

El Consejo Directivo del OSINERG establecerá el procedimiento de comiso así como el destino donación o destrucción de los bienes comisosados."

Adicionalmente, los hechos imputados en el Oficio N° 1442-2018 mediante el cual se notificó el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador fueron los siguientes:

HECHOS IMPUTADOS		
Infracción al numeral 2 del literal e) del artículo 254° del RSSO		
Durante la supervisión en las operaciones subterráneas se efectuó la medición de emisión de gases de monóxido de carbono (CO) por el tubo de escape de los equipos petroleros, los resultados obtenidos exceden el límite de 500 ppm exigido conforme se detalla:		
Equipo	Medición de CO (ppm)	Ubicación del equipo
Camioneta Toyota Modelo Hilux N° 98 Placa D3L-909	1323	Tj. A – 200 V4 Nv. A
Camioneta Toyota Modelo Hilux N° 96 Placa D3L-907	676	Tj. A – 200 V4 Nv. A
Camioneta Toyota Modelo Hilux N° 99 Placa POK-735	1199	Rampa S – 300
Camioneta Toyota Modelo Hilux N° 86 Placa D3J-849	1054	Acceso W 220
Camioneta Toyota Modelo Hilux N° 94 Placa PQD-656	1051	Rampa B – 3200

En este contexto, se verifica que tanto el supuesto de hecho de la infracción tipificada en el numeral 2.1.11 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 039-2017-OS/CD, como la obligación cuyo incumplimiento le sirve de base legal contienen una descripción clara, precisa y de fácil comprensión; habiéndose establecido, además, la sanción aplicable para ésta.

De acuerdo a lo consignado en el cuadro citado, los hechos imputados sí se adecúan a la conducta típica descrita en el numeral 2.1.11 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 039-2017-OS/CD, pues tal como se expuso anteriormente, están vinculados a aspectos de monitoreo de agentes químicos en motores petroleros en las labores mineras subterráneas.

Por otro parte, cabe señalar que el Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, dispone que la autoridad administrativa debe prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción¹⁸.

Además, corresponde indicar que la infracción imputada a SANTA LUISA se encuentra tipificada en numeral 2.1.11 del Rubro B del Cuadro de Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera aprobado por Resolución N° 039-2017-OS/CD, en el cual se prevé como sanción aplicable una multa máxima de hasta 400 (cuatrocientos) UIT.

¹⁸ T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
b) La probabilidad de detección de la infracción;
c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
d) El perjuicio económico causado;
e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor".

Por ello, a efectos de determinar y graduar la sanción, la GSM consideró los criterios de graduación establecidos en el artículo 25° del RSFS, así como los criterios fijados en la Resolución de Gerencia General N° 035 y lo dispuesto en la Disposición Complementaria Única de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS-GG, los mismos que consideran los criterios de graduación regulados por el citado Principio de Razonabilidad.

De acuerdo a ello, se verifica que tanto en el Informe Final de Instrucción N° 1433-2018 como en la Resolución N° 2143-2018, notificados a SANTA LUISA con fechas 12 de julio de 2018 y 11 de setiembre de 2018, respectivamente, en la determinación de la sanción, se expusieron cada uno de los factores utilizados para el cálculo del beneficio ilegalmente obtenido y demás criterios de graduación aplicados, de conformidad con el artículo 25° del RSFS, la Resolución de Gerencia General N° 035 y la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG.

De lo citado en los párrafos precedentes y en la medida que SANTA LUISA no ha precisado de manera expresa qué aspectos de la multa impuesta contravienen el Principio de Razonabilidad, esta Tribunal Administrativo considera que en el presente caso no se ha verificado transgresión alguna a dicho principio.

Por otro lado, contrariamente a lo manifestado por la recurrente, no hubo una interpretación arbitraria para determinar la existencia de una supuesta infracción, dado que conforme a lo explicado en el numeral 5 de la presente resolución, la configuración del ilícito administrativo se encuentra debidamente acreditada en función al contenido de los medios probatorios obtenidos durante la supervisión y obrantes dentro del expediente administrativo, los mismos que no han sido desvirtuados por SANTA LUISA a lo largo del presente procedimiento.

En atención a lo señalado, queda acreditado que las normas sancionadoras aplicadas en el presente procedimiento cumplen con las exigencias derivadas de los Principios de Tipicidad y Razonabilidad, por lo que no existen vicios que causen la nulidad de la resolución impugnada ni el archivo del procedimiento. Por lo tanto, se debe declarar infundado el recurso de apelación en estos extremos.

Otros argumentos adicionales

8. Sobre lo citado en el literal f) del numeral 2 de la presente resolución, se debe indicar que no consta en el expediente que el apelante haya realizado la ampliación de sus argumentos.
9. Respecto a la solicitud de uso de la palabra contenida en el literal g) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde precisar que conforme al artículo 33° del RSFS, 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 procedimiento¹⁹.

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

¹⁹ 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."

al Presidente de la Sala 2 del TASTEM aprobar la realización de informes orales cuando resulte necesario para resolver el caso²⁰.

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 el impugnante.

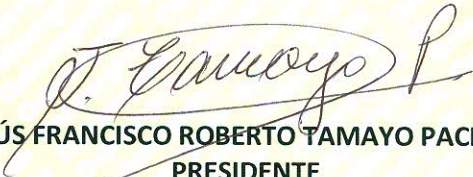
De conformidad con el numeral 16.1 del artículo 16° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD, y toda vez que no obra en el expediente administrativo mandato judicial alguno al que este Tribunal deba dar cumplimiento.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA SAN LUISA S.A., contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2143-2018 de fecha 27 de agosto de 2018; 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

²⁰ 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. (...)"