

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 398-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 29 de octubre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201600157023 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° 2107-2017 de fecha 24 de noviembre de 2017, mediante la cual se la sancionó por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM, en adelante RSSO.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 2107-2017, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a CONSORCIO MINERO HORIZONTE S.A., en adelante HORIZONTE con una multa de 1.54 (uno con cincuenta y cuatro centésimas) UIT, por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM, en adelante RSSO, conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN		TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Infracción al literal e) del artículo 236° del RSSO¹ Se constató que en las labores detalladas en el cuadro siguiente, no se contaba con la velocidad mínima de aire de 20 m/min:		Numeral 1.1.10 del Rubro B ²	1.54 UIT
Labor	Velocidad Detectada (m/min)		
Polvorín principal de explosivos, Nv. 2430, Cámara 3	4.8		
Polvorín principal de explosivos, Nv. 2430, Cámara 4	12.0		
Polvorín principal de explosivos, Nv. 2430, Cámara 2	13.8		

¹ RSSO

"Artículo 236°.- El titular minero dotará de aire limpio a las labores de trabajo de acuerdo a las necesidades del trabajador, de los equipos y para evacuar los gases, humos y polvo suspendido que pudieran afectar la salud del trabajador. (...) Además debe cumplir con lo siguiente:
(...) e) En ningún caso la velocidad del aire será menor de veinte (20) metros por minuto ni superior a doscientos cincuenta (250) metros por minuto en las labores de explotación, incluido el desarrollo, preparación y en todo lugar donde haya personal trabajando. (...)"

² Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD

Anexo: Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras
Rubro B - Incumplimiento de Normas Técnicas de Seguridad Minera

1. Incumplimiento de Normas de Diseño, Instalación, Construcción, Montaje, Operación, Proceso, Control de Terreno
1.1. En minería subterránea

1.1.10 Ventilación

Base legal: Arts. 236°, 237°, 238°, 239°, 240° y 255° del RSSO

Sanción: Hasta 400 UIT

TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES
EN TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA - TASTEM
OSINERGMIN
SALA 2

RESOLUCIÓN N° 398-2018-OS/TASTEM-S2



Polvorín principal de explosivos, Nv. 2430, Cámara 1	15.0		
Polvorín principal de accesorios, Nv. 2430, Cámara 02	12.0		
Polvorín principal de accesorios, Nv. 2430, Cámara 01	12.6		
RP 2767 Nv. 2250	16.2		
TOTAL			1.54 UIT ³

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- 
- Del 23 al 25 de setiembre de 2015 se efectuó una visita de supervisión a la unidad minera "Acumulación Parcoy N° 1" de HORIZONTE, a cargo de supervisores designados por OSINERGMIN.⁴
 - A través del Oficio N° 345-2017, que obra a fojas 18 del expediente, notificado a HORIZONTE el 6 de marzo de 2017, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.
 - Por escrito presentado el 15 de marzo de 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201600157023, HORIZONTE remitió sus descargos y solicitó el uso de la palabra.
 - Mediante Oficio N° 623-2017-OS-GSM⁵ notificado el 20 de octubre de 2017, se remitió a HORIZONTE el Informe Final de Instrucción N° 766-2017. Asimismo, con Oficio N° 624-2017-OS-GSM notificado en la fecha antes indicada, se le citó para audiencia de informe oral.
 - Con escrito presentado el 27 de octubre de 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201600157023, HORIZONTE remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción.
 - Los representantes de HORIZONTE asistieron al informe oral programado el 30 de octubre de 2017, tal como se verifica del Acta que obra a fojas 95 del expediente.⁶
2. Mediante escrito del 19 de diciembre de 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700157023, HORIZONTE interpuso su recurso de apelación contra la Resolución N° 2107-2017, solicitando se declare su nulidad en atención a los siguientes fundamentos:

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Con relación a la supuesta infracción al literal e) del artículo 236° del RSSO

- La recurrente refiere que la obligación dispuesta en el literal e) del artículo 236° del RSSO

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. Asimismo, se aplicó lo dispuesto en la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

⁴ La unidad minera "Acumulación Parcoy", se encuentra ubicada en el distrito de Parcoy, provincia de Pataz y departamento de la Libertad.

⁵ Documento notificado con la Cédula de Notificación N° 655-2017-OS-GSM que obra a fojas 76 del expediente.

⁶ Mediante el escrito presentado el 30 de octubre de 2017 con registro N° 201600157023, HORIZONTE remitió los nombres de los abogados designados para hacer uso de la palabra.



remite directa y expresamente a las labores de explotación, incluida el desarrollo; extendiéndose solamente a todo lugar donde haya personal trabajando. OSINERGMIN, al aplicar el literal e) del artículo 236° del RSSO a los polvorines, efectúa una interpretación extensiva, ya que los parámetros de ventilación han sido fijados en el RSSO en virtud a la sinergia del trabajo (entre explosivos, maquinarias, personal trabajando, etc.) en los frentes de trabajo, explotación y desarrollo, los que podrían extenderse solamente a la realización de trabajo de minado, pero no directamente a los polvorines que tienen un tratamiento normativo especial y diferenciado en el Capítulo VI del RSSO referido a explosivos

- b) El literal d) del artículo 246° del RSSO es la base legal aplicable para los polvorines, el cual dispone que estos deben estar dotados de ventilación natural y, de no ser así, ventilación forzada; es decir, dicho reglamento delimita de forma expresa e inequívoca la obligación del titular minero de dotar con ventilación adecuada a los polvorines, sin exigir un límite máximo permisible, toda vez que no se trata de una labor o frente de trabajo.

Asimismo, el artículo 247° del RSSO prescribe que los explosivos deben almacenarse en polvorines o depósitos especiales, superficiales o subterráneos dedicados exclusivamente a este objeto, por lo que considerar que los polvorines son frentes de trabajo de explotación, desarrollo u otro similar o conexo, contraviene la naturaleza de estos competentes y la de las obligaciones que dispone el RSSO. Agrega que los artículos 248° y siguientes establecen todos los requisitos y medidas de seguridad que deben cumplir el titular minero para la construcción y funcionamiento de los polvorines, pero no se disponen obligaciones relacionadas con los parámetros de ventilación, ya que estos componentes mineros tienen un tratamiento especial y diferenciado de las labores mineras de explotación y desarrollo.



Igualmente, sostiene que durante la visita de supervisión no se detectó algún incumplimiento de las obligaciones relacionadas a los polvorines, descritas anteriormente, y tampoco se dejó evidencia que se haya encontrado personal laborando, permanente o parcialmente en los polvorines observados, por lo que resulta arbitrario asegurar lo contrario.

- c) En ese sentido, manifiesta que OSINERGMIN ha efectuado una interpretación extensiva y analógica del RSSO al darle el mismo tratamiento a un polvorín y a una labor de explotación y/o desarrollo, así como extender en base a la analogía los supuestos parámetros de ventilación a los polvorines, lo cual vulnera los Principios de Debido Procedimiento y Tipicidad.

En cuanto a la procedencia de la eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria

- d) De otro lado, señala que la subsanación del incumplimiento al literal e) del artículo 236° del RSSO consiste en cumplir con los parámetros de velocidad de aire en los polvorines, lo cual se corrobora con el escrito del 29 de octubre de 2015 presentado a OSINERGMIN. Precisa que la adecuación a los parámetros no era una obligación expresa exigida por el RSSO, sino que ésta se hizo en base a las recomendaciones emitidas por OSINERGMIN en la supervisión, y es una clara expresión de las buenas prácticas de seguridad de su empresa.



HORIZONTE indica que la actividad de medición es un acto o actuación de supervisión con el objeto de levantar información, pero no constituye una infracción en sí misma, sino sólo un mecanismo para probar un elemento típico de la conducta infractora. Reitera que no tuvo la obligación de adecuarse a los parámetros de ventilación de la supuesta norma infringida, pero lo hizo a fin de cumplir con el requerimiento efectuado por OSINERGMIN, lo que implica la subsanación voluntaria del hallazgo detectado.

- e) Adicionalmente, sostiene que las disposiciones referidas a la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad previstas por el Decreto Legislativo N° 1272 que modificó la Ley N° 27444, entraron en vigencia con anterioridad al Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN aprobado por Resolución de Consejo N° 040-2017-OS/CD, en adelante RSFS, por lo que sus efectos normativos eran aplicables al momento de la supervisión en virtud al Principio de Irretroactividad y no aquellos supuestos establecidos por el artículo 15° del reglamento antes citado.

La recurrente refiere que hacer comiso omiso a lo descrito anteriormente implicaría una vulneración al artículo 245° de la Ley N° 27444, el cual dispone que los procedimientos especiales no pueden imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en el Capítulo de dicha Ley. En consecuencia, constituye un error no aplicar el eximente de responsabilidad sin considerar la norma sustantiva, la conducta infractora y la acciones que realizó su empresa para resarcir el defecto incurrido.



Con relación a la solicitud de uso de la palabra

- f) HORIZONTE solicita se le conceda el uso de la palabra.
3. A través del Memorándum N° GSM-512-2017, recibido el 28 de diciembre de 2017, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Con relación a la supuesta infracción al literal e) del artículo 236° del RSSO

4. En cuanto a lo sostenido en los literales a) al c) del numeral 2 de la presente resolución, cabe precisar que el literal e) del artículo 236° del RSSO, cuyo incumplimiento se imputa a HORIZONTE, establece expresamente lo siguiente:

(...) e) En ningún caso la velocidad del aire será menor de veinte (20) metros por minuto ni superior a doscientos cincuenta (250) metros por minuto en las labores de explotación, incluido el desarrollo, preparación y en todo lugar donde haya personal trabajando. (...)"

Por lo tanto, el alcance de la norma se extiende a toda zona de trabajo en interior mina de manera permanente, con el objetivo de que las actividades mineras se realicen en condiciones de seguridad, sin haberse previsto como condición de que en las labores de explotación exista personal trabajando de manera efectiva, ya que basta que la labor subterránea se encuentre

activa, sin bloqueos ni tapones y, por lo tanto, susceptible de ser transitada por los trabajadores durante el desarrollo de sus actividades.

Además, tal como se expuso en la resolución apelada, el literal e) del artículo 236° del RSSO establece dos condiciones que se deben considerar para verificar el cumplimiento de la obligación imputada: i) que la velocidad de aire no sea menor de 20 m/min en toda labor subterránea o no menor de 25 m/min en toda labor subterránea donde se use ANFO; y, ii) que la medición se efectúe en labores en interior de la mina (labores de explotación, desarrollo o preparación). Cabe precisar que ambas condiciones se han verificado durante la labor de supervisión.

De otro lado, es importante precisar que en el Capítulo VI del RSSO, efectivamente, se recogen disposiciones aplicables a los polvorines, tales como, ubicación, condición, área, capacidad, etc. En el caso del literal d) del artículo 246° del RSSO se establece una obligación relacionada con la infraestructura con la que debe contar un polvorín, es decir el tipo de ventilación que se debe implementar de acuerdo al tipo de instalación (estar dotado de ventilación natural. De no ser así, ventilación forzada).

Cabe indicar que los polvorines inspeccionados, ubicados en minería subterránea, contaban con ventilación forzada haciendo uso de ventiladores, tal como se corrobora del escrito presentado por la recurrente el 29 de octubre de 2015, con el que dio respuesta a las recomendaciones hechas en la visita de supervisión realizada del 23 al 25 de setiembre de 2015, el cual obra de fojas 34 a 64 del expediente. En efecto, en dicho escrito, HORIZONTE comunicó las acciones realizadas para garantizar la velocidad mínima de aire exigida por el RSSO en las labores inspeccionadas Nv. 2430, Cámara 3 (Polvorín principal de explosivos), Nv. 2430, Cámara 4 (Polvorín principal de explosivos), Nv. 2430, Cámara 2 (Polvorín principal de explosivos), Nv. 2430, Cámara 1 (Polvorín principal de explosivos), Nv. 2430, Cámara 02 (Polvorín principal de accesorios), Nv. 2430, Cámara 01 (Polvorín principal de accesorios) y RP 2767 Nv. 2250.

Por lo tanto, la exigencia de la ventilación prevista en el literal d) del artículo 246° del RSSO únicamente se agota al diferenciar si es natural o forzada, pero no detalla ni especifica la velocidad de aire en función al parámetro mínimo que sí está previsto en el literal e) del artículo 236° del RSSO, el cual se aplica a toda zona de trabajo en interior mina de manera permanente. Igualmente, los artículos 247° y 248° del RSSO regulan lo concerniente a la forma de almacenamiento de explosivos, accesorios y agentes de voladura en los polvorines, pero no desarrollan las disposiciones vinculadas a la ventilación en dichas labores mineras, considerando el parámetro mínimo de velocidad de aire.

Además, conforme ha sido expuesto anteriormente y tal como se verifica de las vistas fotográficas que obran de fojas 6 a 9 del expediente, los polvorines inspeccionados no estaban bloqueados ni taponeados, siendo factible la concurrencia de personal para el retiro y manipulación de los explosivos y accesorios de voladura almacenados, por lo que estos deben encontrarse debidamente ventilados. En ese sentido, resulta exigible una velocidad mínima de 20 m/min que permita una ventilación adecuada y condiciones seguras por ser zonas de trabajo.

De otro lado, cabe indicar que el Principio de Tipicidad⁷ previsto en el numeral 4 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, prohíbe la interpretación extensiva o aplicación analógica de la infracción administrativa, es decir, la extensión del supuesto de hecho o la aplicación del mismo a un supuesto similar no regulado, de las normas que tipifican las conductas sancionables y que dan contenido a las mismas.⁸

En el presente caso, la base legal de la infracción imputada a HORIZONTE en el presente procedimiento administrativo sancionador viene constituida por el literal e) del artículo 236° del RSSO, que contiene la obligación fiscalizable incumplida; y el numeral 1.1.10 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD, que tipifica el incumplimiento de tal obligación como infracción sancionable, lo cual otorga certeza y convicción a los sujetos que realizan actividades mineras bajo el ámbito de supervisión de OSINERGMIN respecto de las obligaciones exigibles cuyo incumplimiento configura infracción administrativa, tal como ha sucedido en este caso.

Por lo tanto, conforme fue expuesto por la GSM, el presupuesto a cumplir para tipificar una infracción como sancionable, es que dicha obligación se encuentre prevista en una norma legal o reglamentaria, lo cual se cumple en el presente caso, ya que la obligación señalada en el literal e) del artículo 236° del RSSO es exigible a todos los polvorines dentro de la instalación de la unidad minera, por lo que no se ha vulnerado el Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, al no existir interpretación analógica ni extensiva de la norma materia de la presente imputación.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe agregar que el incumplimiento a las obligaciones vinculadas a la construcción, almacenamientos y disposición de explosivos, agentes y accesorios de voladura en los polvorines, previstas en el artículo 246°, 247° y 248° del RSSO se encuentran tipificadas en los numerales 3.2 y 3.3 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD.

En atención a las consideraciones expuestas, el pronunciamiento emitido en la resolución impugnada respetó el marco normativo aplicable y el debido procedimiento, por lo que corresponde desestimar lo alegado por HORIZONTE en este extremo.

⁷ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

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

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.

⁸ Según Rubio Correa (1986) la interpretación extensiva de una disposición jurídica se produce cuando se extiende el ámbito de aplicación de la norma para comprender supuestos no contenidos en ella; mientras que la analogía se configura cuando la norma se aplica a un supuesto no regulado, pero semejante al previsto en ella.

RUBIO CORREA, Marcial. "Para Leer el Código Civil III. Título Preliminar". Lima: Fondo editorial de la PUCP, Primera Edición, 1986. Pp. 82-84.

Sobre la procedencia de la eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria

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

Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1272, dispuso que las entidades tendrán un plazo de sesenta (60) días, contado desde la vigencia del citado Decreto Legislativo, para adecuar sus procedimientos especiales según lo previsto en el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444¹⁰.

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 Públicos¹¹ y el artículo 3° de la Ley N° 27699 - Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN¹², a través de la Resolución N° 040-2017-OS/CD que aprobó el Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN, 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.

⁹ 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 235.

¹⁰ 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.

¹¹ 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."

¹² 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."



De acuerdo a ello, en el literal h) del numeral 15.3 del artículo 15° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD¹³, OSINERGMIN ha dispuesto que no es pasible de subsanación aquellos incumplimientos relacionados con procedimientos o estándares de trabajo calificados como de alto riesgo, normas que establecen parámetros de medición, límites o tolerancias, tales como normas de control de calidad, control metrológico, peso neto de cilindros de GLP, parámetros de aire o emisión, existencias, entre otros. Es el caso, del incumplimiento al literal e) del artículo 236° del RSSO, materia de imputación en el presente procedimiento, el cual está vinculado al monitoreo de los parámetros de ventilación (velocidad de aire) en las labores mineras subterráneas. (Subrayado agregado)

En ese sentido, tal como lo expuso la GSM en la resolución impugnada, las mediciones reflejan condiciones únicas cuyos resultados son inmediatos (registro de hora), por lo que unas nuevas mediciones, posteriores a las verificadas durante la supervisión, reflejarán condiciones de ventilación distintas que no subsanan los “defectos” (incumplimiento del parámetro de velocidad) detectados durante la supervisión del 23 al 25 de setiembre de 2015, tal como se verifica en el Formato N° 9 “Medición de Velocidad de Aire – Temperatura- Humedad”, que obra de fojas 11 a 13 del expediente y que fue suscrito por los representantes de HORIZONTE.

Pues bien, conforme lo señalado por la GSM, el RSSO ha fijado el parámetro legal de velocidad de aire no menor de 20 m/min, el cual constituye norma de orden público, de manera que el desarrollo de actividades mineras que no respeten el mismo se encuentra prohibido, por lo que admitir su incumplimiento –tolerancia de dicho parámetro- atenta contra la finalidad misma. En efecto, el parámetro legal exigido por el RSSO es una condición mínima de seguridad de cumplimiento obligatorio y constante, cuya finalidad es garantizar el desarrollo adecuado de las actividades mineras en el interior de la mina, que incluye espacios confinados (labores ciegas) calificados como de alto riesgo, en las cuales no es admisible una velocidad de aire por debajo del mínimo permitido y la ausencia de aire limpio.

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

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

¹³ 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. (...)”

No obstante lo expuesto, las acciones correctivas realizadas por la recurrente a fin de cumplir con la obligación establecida en el literal e) del artículo 236° del RSSO, si bien no la eximen de responsabilidad, sí fueron consideradas en el cálculo de la multa impuesta.

En efecto, de acuerdo al numeral 5 de la resolución recurrida, se advierte que la GSM consideró lo dispuesto en el inciso g.3) del literal g) del numeral 25.1 del artículo 25° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD¹⁴, 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, en este caso se aplicó el citado atenuante sobre la multa base como parte del criterio de circunstancias de la comisión de la infracción, toda vez que HORIZONTE, mediante el escrito del 29 de octubre de 2015, informó las acciones correctivas a fin de mejorar la velocidad de aire en las labores materia del hecho constitutivo de infracción.

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

En 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 no ha dispuesto ninguna condición menos favorable para los administrados¹⁵, por lo que el pronunciamiento de la primera instancia fue emitido cumpliendo el marco normativo aplicable y atendiendo a la naturaleza de los incumplimientos materia de imputación, no habiéndose configurado causal alguna para declarar la nulidad de la resolución impugnada.

Por otra parte, es importante precisar que la obligación referida al cumplimiento de las recomendaciones en la forma, modo y/o plazo establecido es distinta a aquellas obligaciones previstas en el RSSO. Al respecto, la inobservancia de una recomendación constituye infracción

¹⁴ 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%.

¹⁵ 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.

sancionable, de acuerdo al Rubro 10 de la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de la Supervisión y Fiscalización de las Actividades Mineras, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 035-2014-OS/CD. En ese sentido, en caso de incumplimiento de una recomendación impuesta por OSINERGMIN, podría iniciarse el procedimiento administrativo sancionador respectivo.

Así, el incumplimiento de las obligaciones previstas en el RSSO y el de una recomendación constituyen infracciones distintas y acarrear sanciones independientes, de acuerdo a las tipificaciones aprobadas mediante las Resoluciones de Consejo Directivo N° 286-2010-OS-CD y N° 035-2014-OS-CD, respectivamente.

Además, se debe señalar que el incumplimiento de recomendaciones en la forma, modo y/o plazo establecido no cumplen con el requisito de voluntariedad, esencial para la configuración de la eximente de responsabilidad por “subsanción voluntaria del incumplimiento con anterioridad a la imputación de cargos”, establecido en el literal f) del numeral 1 del artículo 255° del T.U.O. de la Ley N° 27444.

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

Respecto a su solicitud de uso de la palabra

6. Con relación a lo indicado en el literal f) 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 procedimiento¹⁶.

Por su parte, el numeral 23.3 del artículo 23° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD, establece que corresponde al Presidente del TASTEM 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.¹⁷

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

¹⁶ 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.”

¹⁷ Resolución N° 044-2018-OS/CD

“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. (...)”

juicio suficientes para emitir su pronunciamiento sobre el presente caso, habiéndose señalado los motivos por los cuales se han desestimado los argumentos alegados por la 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 apelante.

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.

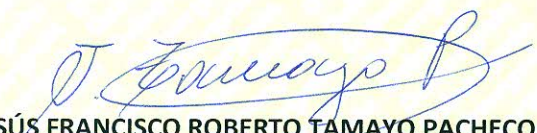


SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por CONSORCIO MINERO HORIZONTE S.A., contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2107-2017 de fecha 24 de noviembre 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