

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 406-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 30 de octubre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201400117855 que contiene el recurso de apelación interpuesto por SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE S.A.A., representada por el señor Óscar Enrique Champion Hau, y GyM S.A., representada por la señora Susy Cuevas Tapia, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 3642-2016 de fecha 30 de diciembre del 2016, mediante la cual se las sancionó por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 3642-2016, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE S.A.A., en adelante CERRO VERDE y GyM S.A., en adelante LA CONTRATISTA, con una multa solidaria de 54.51 (cincuenta y cuatro con cincuenta y un 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 a) del artículo 38° del RSSO¹ La supervisión no verificó el cumplimiento de los literales A y T del numeral 4.2.2.2. del Reglamento General de Tránsito de Sociedad Minera Cerro Verde, en tanto que el vehículo de placa de rodaje B3L-958 marca FOTON que se utilizaba para el transporte de personal, no se encontraba en condiciones óptimas de funcionamiento al tener el sistema de frenos neumático de las llantas y el freno de motor con desperfectos mecánicos.	Numeral 5.1.3 del Rubro B ²	54.51 UIT

¹ RSSO.

Artículo 38.- Es obligación del supervisor (ingeniero o técnico): (...)

a) Verificar que los trabajadores cumplan con el presente reglamento y con los reglamentos internos.

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 Ocupaciones para las actividades mineras

Rubro B

Incumplimientos de Normas Técnicas de Seguridad Minera

5. Incumplimiento de Normas de Supervisión e Inspecciones

5.1 Supervisión

5.1.3 Obligaciones del supervisor

Base legal: Art. 38°, 39°, 130° y 153° del RSSO

Sanción: Multa hasta 250 UIT.

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- a) El 05 de setiembre de 2014 a las 16:10 horas, el minibús de placa B3L-985, conducido por el señor José Bernaola inició su recorrido para recoger al personal Staff en los paraderos K162 y K109 del proyecto de Expansión de la Unidad de Producción Cerro Verde a fin de trasladarlos hasta Arequipa.



Aproximadamente a las 16:30, el minibús se desplazaba hacia la garita de control Halcón Bravo 2, invadiendo el carril derecho de la vía asfaltada (a 3.5 Km de la garita) y en pendiente negativa 5% aumentó la velocidad. Al observar que venía un tráiler, realizó una maniobra para volver a su carril (izquierdo), pero cruzó nuevamente al carril derecho, para no colisionar con otras unidades que bajaban en el mismo sentido. Por la velocidad impactó violentamente la llanta delantera con unas piedras dando dos vueltas de campanada cayendo parado en un desnivel de 1.3 metros.

El personal que estaba ileso auxilió a los heridos que fueron trasladados a las clínicas de Arequipa. El señor Gerardo Manuel Gil Roldán fue trasladado a Essalud de Yanahura, donde falleció a la 1:30 horas del día 6 de setiembre de 2014.

- b) Los días 07 al 11 de setiembre de 2014, se efectuó una supervisión especial a la unidad minera "EXPANSIÓN DE LA UNIDAD DE PRODUCCIÓN CERRO VERDE"³ de titularidad de CERRO VERDE, a cargo de Minera Interandina de Consultores S.R.L., en adelante la supervisora.
- c) Mediante escrito del 15 de setiembre de 2014 (foja 212), registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201400121593, CERRO VERDE presentó su informe de investigación del accidente mortal.
- d) A través de los Oficios N° 898-2016 y 899-2016, notificados a CERRO VERDE y a LA CONTRATISTA el 4 y 6 mayo de 2016, respectivamente, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.
- e) El 13 de mayo de 2016, LA CONTRATISTA presentó sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador y solicitó informe oral.
- f) El 17 de mayo de 2016, CERRO VERDE presentó sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- g) El 23 de noviembre de 2016 se llevó a cabo la audiencia de informe oral solicitada por LA CONTRATISTA.



2. Mediante escrito del 23 de enero de 2017 registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201400117855, CERRO VERDE interpuso su recurso de apelación contra la Resolución N° 3642-2016, de acuerdo con los siguientes fundamentos:

³ La Unidad Minera "EXPANSIÓN DE LA UNIDAD DE PRODUCCIÓN CERRO VERDE" se encuentra ubicado en el distrito de Yarabamba, provincia y departamento de Arequipa.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN DE CERRO VERDE

Sobre la vulneración del Principio de Legalidad en la imposición de la sanción

- a) CERRO VERDE manifiesta que la Ley 29783 - Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo incluyó en su Séptima Disposición Complementaria Modificatoria la derogación expresa de la Ley 28964 sin señalar un alcance parcial, como equívocamente se señala en la resolución impugnada; siendo transferidas las funciones del OSINERGMIN al MTPE, de acuerdo a la Segunda Disposición Complementaria Final.

Asimismo, indica que con la emisión de la Ley 29901 se precisaron los alcances de la Ley 29783 - Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo en cuanto a la competencia del MTPE la misma que es la de "supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con la Seguridad y Salud en el Trabajo en los subsectores electricidad, minería e hidrocarburos".

La Ley 29901, en su artículo 3°, señala que, en concordancia con su artículo 2° (que precisa las competencias del MTPE), OSINERGMIN es competente para fiscalizar la "seguridad de la infraestructura en los subsectores electricidad, minería e hidrocarburos".

En ese sentido, considera que OSINERGMIN ha vulnerado el Principio de Legalidad toda vez que arbitraria e ilegalmente en la Resolución de Consejo Directivo N° 171-2013-OS/CD establece que es competente para realizar la supervisión y fiscalización del cumplimiento de las actividades técnicas y legales, seguridad de infraestructura, gestión de seguridad y operaciones relacionadas con el sector Minero en las etapas de exploración, explotación, beneficio, transporte minero y almacenamiento de concentrado de mineral en las actividades de geomecánica, ventilación, transporte, maquinarias, entre otros y otras actividades previstas en la normativa como consecuencia de denuncias, accidentes fatales, entre otros.

OSINERGMIN, a través de la resolución antes mencionada, se está irrogando competencias que no le corresponden y que han sido definidas por la Ley 29901, afectando con su accionar el Principio de Legalidad que debe aplicar toda entidad u organismo público.

Respecto a la vulneración del Principio de Proporcionalidad y Principio de Culpabilidad en la imposición de la multa

- b) Respecto a la vulneración del Principio de Proporcionalidad, la recurrente considera que la multa impuesta no se encuentra debidamente motivada, además de constituir un acto excesivo de punición que vicia de nulidad al acto administrativo, puesto que la Gerencia de Fiscalización Minera no aplicó adecuadamente los criterios de graduación que justifiquen la medida a aplicar y su cuantía, con el fin de guardar una debida adecuación entre la gravedad del hecho imputado y la sanción aplicada. OSINERGMIN asume que el "Salary Pack" elaborado por una Empresa Privada: Prive Waterhouse Coopers es una fuente válida para determinar la multa, no constituyendo un parámetro objetivo ya que no es un documento de carácter público, ni mucho menos una fuente de Derecho Administrativo válida.
- c) Respecto al Principio de Culpabilidad CERRO VERDE solicita se analice el elemento subjetivo de la culpabilidad, a la luz de la doctrina y de pronunciamientos del Tribunal Constitucional Peruano. Agrega que al haberse emitido el Certificado TG-07-00012830, la recurrente asumió

que las condiciones del vehículo se cumplían. Ello, sumado a que la Contratista GyM estaba a cargo de la verificación de las condiciones de seguridad de su personal responsable.

CERRO VERDE considera que el grado de culpabilidad en el sujeto infractor no puede estar ausente a la hora de calificar si una conducta es o no merecedora de sanción. El primer y fundamental corolario del Principio de Culpabilidad es la absoluta erradicación de la responsabilidad objetiva. En ningún caso es legítima la imposición de sanciones administrativas si la conducta constitutiva de infracción no es atribuible a su autor a título de dolo o culpa. La simple realización de la conducta tipificada no es suficiente para fundamentar la responsabilidad punitiva.

De lo expuesto, concluye que OSINERGMIN, previamente a la imposición de una sanción, debe evaluar y probar que el administrado actuó con dolo o con culpa en la comisión de una infracción administrativa y no limitarse únicamente a evaluar criterios atenuantes y/o agravantes que conllevan a la determinación final de la sanción. En ese sentido, en el ámbito administrativo sancionador, la culpabilidad es presupuesto de responsabilidad; la responsabilidad punitiva requiere de una conducta culpable y esta se circunscribe a la exigencia del elemento subjetivo de la culpa o el dolo.

En relación a la ausencia de motivación en la aplicación de los criterios de graduación de la sanción y la vulneración al Principio del Debido Procedimiento Administrativo (Derecho de Defensa)

- d) Señala que la exteriorización obligatoria de las razones que sirven de base o determinan una resolución de la Administración es denominada motivación, constituyéndose como un aspecto sustancial del acto administrativo.

En el presente caso, CERRO VERDE considera que el monto de la multa impuesta no se encuentra debidamente motivado y justificado, no solo porque no existe aplicación alguna de los Criterios de Graduación de Sanciones, sino que además OSINERGMIN impone una multa de 54.5 UIT sin explicar debidamente las razones que conllevaron a la misma.

Asimismo, señala que OSINERGMIN ha excluido injustificadamente otras circunstancias que conllevarían a atenuar la sanción fijada en la apelada, tales como la ausencia de voluntariedad e intencionalidad en la imputada para incurrir en la infracción, la naturaleza de los perjuicios ocasionados o de la infracción imputada, vulnerándose el Principio de Proporcionalidad consagrado en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley 27444.

La Resolución Impugnada es nula de pleno derecho

- e) CERRO VERDE considera que de acuerdo con los fundamentos de derecho señalados con anterioridad, el acto administrativo impugnado es nulo de pleno derecho.

Uso de la palabra y ampliación de sus argumentos

- f) Solicita se le conceda el uso de la palabra, indicando que reserva su derecho de ampliar los argumentos de su apelación.



3. Mediante escrito del 23 de enero de 2017 registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201400117855, LA CONTRATISTA interpuso su recurso de apelación contra la Resolución N° 3642-2016, de acuerdo con los siguientes fundamentos:



ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN DE LA CONTRATISTA

En cuanto a la afectación al Principio de Casualidad y las normas sobre responsabilidad objetiva y solidaria

- a) LA CONTRATISTA sostiene que en aplicación del Principio de Causalidad, la administración no puede pretender responsabilizar y sancionar a una persona (natural o jurídica) por hechos cometidos por terceros, pudiendo solo aplicar sanciones por hechos propios.

Al respecto, luego de la supervisión especial realizada, no se le imputó responsabilidad alguna a su empresa, ni en calidad de responsable directa, ni como responsable solidario. Adicionalmente, señala que la resolución apelada no establece expresa ni explícitamente cuál sería la responsabilidad directa e individual de LA CONTRATISTA por estos hechos.

De otro lado, refiere que la primera instancia administrativa pretende asignar a LA CONTRATISTA el carácter de responsable solidario al amparo de lo dispuesto en el Artículo 216° del Texto Único de la Ley General de Minería, en adelante TUO de la LGM. Al respecto, se está incurriendo en un grave error, pues se está omitiendo aplicar lo dispuesto en el segundo párrafo de la norma acotada, la cual señala que *"Esta disposición no es aplicable a terceros, contratistas de empresas mineras, que presten servicios conexos de índole no minero."*



Por su parte, si bien conforme al literal b) del Artículo 2° del RSSO, la construcción civil es un servicio conexo a la actividad minera, también es un servicio conexo de índole no minero conforme a lo establecido en el Artículo VI del Título Preliminar del TUO de la LGM; norma que establece de manera expresa y taxativa las labores consideradas como actividades mineras, entre las que no está incluida la construcción.

En ese sentido, considera que al no haber realizado ninguno de los supuestos actos ilícitos señalados, no habría cometido infracción administrativa alguna, ni tampoco se habría configurado la aplicación de la responsabilidad solidaria prevista en el TUO de la LGM, por lo que la imputación de supuesta responsabilidad formulada por la autoridad administrativa en este caso carecería de sustento y vulneraría expresamente el Principio de Causalidad invocado.

En relación a la afectación del Principio de Presunción de Licitud

- b) Manifiesta que, en el marco administrativo, la aplicación de este Principio determina que la carga de la prueba corresponde a la administración, no al administrado, y, en tanto la administración no presente suficientes evidencias que acrediten que la autoría de los hechos imputados corresponde al presunto infractor, no puede sindicarse a éste como responsable, y, en consecuencia, no es posible la aplicación de sanción administrativa alguna.

Refiere que, en el presente caso, en la resolución de primera instancia administrativa se determinó que LA CONTRATISTA habría vulnerado lo dispuesto en el inciso a) del artículo 38° del RSSO. Al respecto, manifiesta que estos hechos no se ajustan a la verdad, toda vez que OSINERGMIN no habría demostrado ni en el Informe de Supervisión, ni en la Resolución de

RESOLUCIÓN N° 406-2018-OS/TASTEM-S2

Primera Instancia, que LA CONTRATISTA hubiera incurrido en incumplimiento alguno al deber de supervisión previsto en el literal a) del artículo 38° del RSSO. Por el contrario, basándose en análisis y evaluaciones posteriores al evento, así como en determinadas declaraciones no contrastadas con pruebas o evidencias tangibles, OSINERGMIN se ha limitado en manifestar que las labores de supervisión (refiriéndose solamente a CERRO VERDE y no a LA CONTRATISTA) habrían sido insuficientes.

Por lo antes indicado, considera que no es jurídicamente posible que se le pretenda imputar la presunta comisión de una infracción administrativa; toda vez que OSINERGMIN no habría acreditado la responsabilidad administrativa imputada. Por lo tanto, la resolución de primera instancia contraviene el Principio de Licitud.

Sobre la afectación de Legalidad del Procedimiento Administrativo

- c) LA CONTRATISTA, refiere que se habría vulnerado lo establecido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444⁴ (en adelante, LPAG) toda vez que la administración ha actuado al margen de ordenamiento legal vigente, debiendo enmarcar sus actuaciones en lo expresamente previsto en el ordenamiento legal.

En este caso, la primera instancia administrativa habría vulnerado el artículo 16° de la Ley de Salud y Seguridad en el Trabajo - Ley N° 29783 (en adelante LSST), el cual establece expresamente que: *"El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, así como el Ministerio de Salud, son organismos supra sectoriales en la prevención de riesgos materia de seguridad y salud en el trabajo, que coordinan con el ministerio respectivo las acciones a adoptar con este fin."*

En tal sentido, toda actuación de OSINERGMIN debe estar enmarcada en las coordinaciones que a tal efecto hayan realizado el referido Ministerio con el Ministerio de Energía y Minas. Sin embargo, no habría habido coordinaciones que determinen una transferencia de atribuciones y facultades en materia de fiscalización, investigación y sanción respecto de temas de seguridad y salud ocupacional (en minería) a favor de OSINERGMIN.

LA CONTRATISTA agrega que en este caso también ha sido transgredida la Segunda Disposición Complementaria Final de la norma antes indicada, la cual expresamente señala lo siguiente: *"Transfíranse las competencias de fiscalización minera, establecidas en la Ley N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinerg, al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo."* De ello se advierte que las funciones de supervisión y fiscalización que antes tenía OSINERG (hoy OSINERGMIN) son transferidas al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (y, como apreciaremos a continuación, en virtud de otra norma legal vigente, transferidas a su vez a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - SUNAFIL).

El Artículo 34.2 de la Ley N° 28806, modificado por la Primera Disposición Complementaria

⁴ TUO de la Ley N° 27444

Artículo IV del Título Preliminar

Número 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 para los que les fueron conferidas".

Modificatoria de la LSST, ha establecido expresamente que *"El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo es el encargado de velar por el cumplimiento de las obligaciones contenidas en las leyes de la materia y convenios colectivos, determinar la comisión de infracciones de carácter general en materia de seguridad y salud en el trabajo aplicables a todos los centros de trabajo, así como las infracciones de seguridad y salud en el trabajo para la industria, la construcción, y energía y minas a que se refiere el presente título."*

A su vez, la aplicación de la norma antes indicada debería realizarse observando lo dispuesto en la Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) - Ley N° 29881 (en adelante "Ley SUNAFIL"), la cual, en virtud de sus Artículos 3° y 4° confieren a SUNAFIL exclusivas y excluyentes facultades inspectivas y sancionadoras en materia de salud y seguridad en el trabajo aplicables, entre otros sectores, a energía y minas.

Finalmente cita textualmente, la Séptima Disposición Complementaria Modificatoria de la LSST, la cual ha expresamente derogado "(...) la Ley N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinerg, del 24 de enero de 2007". Dicha derogatoria fue precisada posteriormente en virtud de la Ley que precisa competencias del Organismo Supervisor en Energía y Minas - Ley N° 29901, en cuyo Artículo 2° se señala que debe entenderse que la derogación de la Ley N° 28964 *"(...) 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."*

En ese sentido, concluye que OSINERGMIN actúa en expresa contravención a las disposiciones legales antes indicadas. La redacción del Artículo 2° de la Ley N° 29901 es absolutamente clara al establecer cuál es la entidad pública competente en materia de salud y seguridad en el trabajo (tanto en aspectos técnicos como legales). La propia norma antes indicada no solo se ha limitado a establecer una exclusión expresa de competencia de OSINERGMIN en la materia, sino que, además, en su artículo 3° ha establecido que dicha institución es competente para fiscalizar solamente la seguridad en infraestructura de los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos.

La recurrente considera pertinente señalar que no existe una definición legal del concepto de "seguridad en infraestructura", al no ser precisado en el RSSO (norma que, como se ha indicado anteriormente, forma parte del Sistema Transversal de Gestión de la Seguridad y Salud Ocupacional) ni en ninguna otra norma legal vigente. Esta omisión legislativa lleva a que cuando OSINERGMIN pretende asumir su atribución de fiscalización en materia de "seguridad en infraestructura" termine aplicando las normas que regulan los temas de seguridad y salud ocupacional.

En base a todos los argumentos antes señalados es claro que OSINERGMIN habría vulnerado expresamente el Principio de Legalidad del Procedimiento Administrativo, al no haber observado el cumplimiento de las disposiciones legales antes mencionadas.

En relación a la afectación al Principio de Legalidad de la Potestad Sancionadora Administrativa.

- d) El numeral 1 del Artículo 230° de la LPAG, establece expresamente que *"Solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un*

administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad."

En el presente caso, la norma con rango de ley que confería a OSINERGMIN la facultad de supervisar y fiscalizar (y sancionar) disposiciones legales y técnicas en materia de salud y seguridad en el trabajo (Ley N° 28964) ha sido expresamente derogada en dicho extremo, tanto por lo dispuesto en la Séptima Disposición Complementaria Modificatoria de la LSST, mencionada en el literal d) del numeral 1.2 del punto 1 anterior, como en el artículo 2° de la Ley que precisa competencias del Organismo Supervisor en Energía y Minas - Ley N° 29901.

Por lo tanto, es evidente que actualmente no existe norma expresa con rango de ley que atribuya a OSINERGMIN las potestades de supervisión, fiscalización y sanción en materia de salud y seguridad en el trabajo.

En relación a la afectación del Principio de Non Bis In Idem de la Potestad Sancionadora Administrativa.

- e) La aplicación de este principio supone la existencia de la triple identidad e implica una suerte de conflicto de competencias por parte de diversas instituciones de la Administración Pública.

En el presente caso, LA CONTRATISTA refiere que comunicó a la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo del Gobierno Regional de Arequipa el evento ocurrido, con lo cual la referida autoridad procedió al avocamiento del conocimiento del presente caso. Posteriormente, hizo lo propio SUNAFIL, desde la ciudad de Lima, a partir de fines del mes de junio del año 2015. Por ello, la pretensión de OSINERGMIN de iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionador actualmente implicaría la coexistencia de dos (02) procedimientos administrativos en simultáneo, lo cual determinaría la evidente vulneración por parte de OSINERGMIN del Principio de Non Bis In Idem.

Al respecto, OSINERGMIN señala que en este caso no se habría presentado la identidad de fundamento, dado que OSINERGMIN sería competente para "supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con la seguridad en infraestructura, sus instalaciones, gestión de seguridad y de operaciones del Sector Minero" y que SUNAFIL lo sería para supervisar y fiscalizar las disposiciones relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo.

Lo que no ha demostrado OSINERGMIN es que el mismo evento (accidente de tránsito fatal por falla mecánica de un vehículo de transporte) pueda ser catalogado simultáneamente como una infracción fiscalizable y sancionable por OSINERGMIN y una infracción fiscalizable y sancionable por SUNAFIL. Al respecto, la supuesta falta de supervisión constituye una infracción en materia de salud y seguridad ocupacional, siendo, por lo tanto, materia de análisis en los procedimientos administrativos sancionadores seguidos ante las Autoridades Laborales antes mencionadas.

Afectación al Artículo 231° de la LPAG.

- f) El artículo 231° de la LPAG establece que *"el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a las autoridades administrativas a quienes les hayan sido expresamente atribuidas por disposición legal o reglamentaria, sin que pueda asumirla o delegarse en órgano distinto."*

Según la recurrente, en este caso no existe disposición legal o reglamentaria que haya atribuido a la Gerencia de Supervisión Minera de OSINERGMIN la facultad de supervisar, fiscalizar y sancionar el incumplimiento de las disposiciones técnicas y legales en materia de salud y seguridad en el trabajo en los subsectores energía, minería e hidrocarburos. Por lo tanto, el inicio del presente Procedimiento Administrativo Sancionador constituye una evidente vulneración de la norma legal antes indicada.



Afectación al Principio del Debido Procedimiento.

- g) LA CONTRATISTA refiere que una de las garantías fundamentales del debido proceso es la debida valoración de los medios probatorios presentados por los administrados. Dicha valoración debe ser real y no aparente. De este modo, no constituye una verdadera valoración de los medios probatorios la sola mención a estos, sino que se debe evidenciar el análisis realizado respecto de los mismos, plasmado en el razonamiento del órgano sancionador, y que determine, la convicción de éste respecto de la responsabilidad imputable al supuesto infractor.

En el presente caso, la supuesta infracción habría sido evidenciada por el Informe de la Supervisión de OSINERGMIN, específicamente en dos (02) Informes Técnicos (ambos posteriores a la fecha del accidente) y dos (02) declaraciones aparentemente relacionadas con estos hechos. Sin embargo, OSINERGMIN desestima la validez probatoria de la Hoja de Ruta para Fotocheck Vehicular (que figura como Anexo 4.1 del Informe de la Supervisión de OSINERGMIN), los Partes Diarios de Operador de fechas 03 y 04 de septiembre de 2014 (que figuran como Anexo N° 4.2 del Informe de la Supervisión de OSINERGMIN) así como el Certificado de Inspección Técnica Vehicular de la empresa FARENET, y la Certificación Técnica Complementaria de fecha 22 de abril de 2014 (que figuran en el Anexo N° 4.5 del Informe de la Supervisión de OSINERGMIN) sin brindar mayor explicación de por qué esos medios probatorios no generarían convicción o certeza de que no ha habido supervisión alguna en este caso. Es decir, basado simplemente en la ocurrencia del hecho en sí, sin mayor análisis o evaluación técnica, la Gerencia de Supervisión Minera de OSINERGMIN decidió brindar pleno valor probatorio al Informe de Supervisión de OSINERGMIN, el cual no ha sido riguroso en el análisis de todos los medios probatorios aportados en la etapa de investigación del evento.



Ello no hace sino demostrar que la Entidad actuó en este caso con evidente afectación a las garantías del debido procedimiento, invirtiendo el Principio de la Carga de la Prueba, y determinando que debía su representada conjuntamente con CERRO VERDE en su calidad de responsable solidario en este caso, las que debían acreditar su inocencia.

Precisamente, esta falta de motivación ha llevado a que sin mayor análisis ni evaluación de medio probatorio alguno. OSINERGMIN tampoco se haya pronunciado respecto al argumento de LA CONTRATISTA respecto a que el Informe de la Supervisión de OSINERGMIN no le imputó responsabilidad alguna.

Tampoco se identificó con claridad la real causal de imputación de responsabilidad, pues, por un lado, se invoca una supuesta supervisión insuficiente de parte del titular minero, pero por otro se señala que la imputación versaría sobre el supuesto incumplimiento de la obligación de mantener en condiciones óptimas de funcionamiento el sistema de frenos de los vehículos que operan en la Unidad Minera.

En virtud a todos los argumentos antes indicados, es claro que la resolución apelada contraviene los Principios del Procedimiento Administrativo y los Principios del Derecho Administrativo Sancionador antes indicados. Adicionalmente refiere que no ha incurrido en infracción administrativa alguna, por lo cual, la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 3642-2016 debe ser revocada o debe ser declarada nula, disponiéndose el correspondiente archivamiento definitivo del caso.

4. A través del Memorándum N° GSM-69-2017, recibido el 13 de febrero de 2017, la Gerencia de Supervisión Minera remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN DE CERRO VERDE

Con relación a la vulneración del Principio de Legalidad en la imposición de la sanción

3. Respecto a lo alegado en los literal a) del numeral 2 de la presente resolución, los artículos 70° y 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, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan, por lo que su ejercicio es una obligación directa del órgano administrativo que la tiene atribuida como propia⁵.

Ahora bien, mediante la 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 procedimientos administrativos referidos a aspectos de seguridad e higiene minera⁶.

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 el 20 agosto de 2011, se dispuso la transferencia de competencias de fiscalización de las actividades mineras previstas en la Ley N° 28964, de OSINERGMIN al MTPE y; asimismo, la derogación de la referida ley⁷.

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 (OSINERGMIN), publicada con fecha 12 de julio de

⁵ T.U.O. de la Ley N° 27444

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.

⁶ 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. (...)

⁷ 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.

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 ámbito⁸.

Asimismo, por medio del artículo 3° y la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29901, se estableció que OSINERGMIN es competente para supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas, entre otros, 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 OSINERGMIN⁹.

En ese sentido, para la fecha en la que se supervisión el accidente materia del presente procedimiento, ya se encontraba vigente la norma de precisión en la que claramente se establecía que OSINERGMIN mantenía las competencias en seguridad de la infraestructura del ámbito minero; lo que abarca la gestión de la seguridad como sería la de los procedimientos de supervisión y el control de los riesgos originados por condiciones o actos subestándares.

Para corroborar lo antes descrito, 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 reglamentaria¹⁰ (subrayado agregado).

⁸ 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.

⁹ Ley N° 29901

Artículo 3. Competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin) para supervisar y fiscalizar

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

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

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

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

¹⁰ Decreto Supremo N° 088-2013-PCM.

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

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

Anexo 2

SECTOR MINERO

Funciones Técnicas

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

- Obligaciones sobre seguridad de las actividades mineras.

En el presente caso, la infracción imputada a CERRO VERDE involucra lo siguiente:

- El literal a) del artículo 38° del RSSO es una disposición legal por la cual el titular minero verificar que los trabajadores cumplan con el presente reglamento y con los reglamentos internos.

En ese sentido, se advierte que las obligaciones dispuestas en el artículo antes citado, desarrolla medidas vinculadas a la gestión de la seguridad en el desarrollo de las operaciones mineras, ámbito respecto del cual OSINERGMIN sí tiene competencias conforme al marco legal antes citado.

Por lo tanto, contrariamente a lo sostenido por la apelante, sí había un respaldo normativo que establecía las competencias de OSINERGMIN para ejercer su función técnica de supervisión y fiscalización de las disposiciones legales relativas a la seguridad de las operaciones mineras; en ese sentido, la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador y los pronunciamientos emitidos dentro del mismo se han realizado de conformidad con el Principio de Legalidad y las funciones atribuidas.

Asimismo, es pertinente señalar si bien la conducta fue desarrollada por el personal de una empresa sub contrista, no enerva su responsabilidad como titular minero, por no verificar a través de una debida supervisión que se cumpla el Reglamento General de Tránsito de Sociedad Minera Cerro Verde el cual establece, entre otros, que todos los vehículos dispondrán de un sistema de frenos de servicio, además de los sistemas auxiliares exigidos por el Reglamento Nacional de Vehículos D.S. 058-2003-MTC de acuerdo al tipo de vehículo (más aún cuando la Escala vigente al momento de los hechos ocurridos, es decir, la aprobada por Resolución N° 286-2010-OS/CD, contemplada como infracciones sujetas a la fiscalización de OSINERGMIN, tanto la verificación en la supervisión de los procedimientos PETS como las relativas a transporte de personal).

Sobre el particular, el Principio de Causalidad, contenido en el numeral 8 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444 determina que la responsabilidad recaerá en quien no cumplió la norma que fundamenta la imputación de la infracción, en este caso CERRO VERDE. Además, el artículo 3° del RSSO dispone que dicho reglamento es de aplicación a toda persona natural o jurídica, pública o privada, que realiza actividades mineras y actividades conexas con personal propio o de terceros, las que están obligadas a dar cumplimiento a todas sus disposiciones¹¹.

En atención a las consideraciones expuestas, corresponde declarar infundado este extremo del recurso de apelación.

Respecto a la vulneración del Principio de Proporcionalidad y Principio de Culpabilidad en la imposición de la multa y Principio del Debido Procedimiento.

5. En relación a los literales b), c) y d) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que en el cálculo de las multas impuestas se ha aplicado los Criterios de Graduación aprobados mediante Resolución de Gerencia General N° 035 así como el Anexo N° 1 de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG respecto al factor probabilidad de detección.

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

¹¹ RSSO

Artículo 3°. - El alcance de este reglamento es de aplicación a toda persona natural o jurídica, pública o privada, que realice actividades mineras y actividades conexas con personal propio o de terceros; las que están obligadas a dar cumplimiento a todas sus disposiciones.

Al respecto, de acuerdo a la metodología establecida, la multa es igual al beneficio ilícito (B) asociado a la infracción, entre la probabilidad de detección de la multa (P) multiplicada por el criterio de gradualidad (A). Asimismo, en el presente caso no se consideró el cálculo de la ganancia ilícita debido a que el equipo estaba destinado al transporte del personal.

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

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

De otro lado, la apelante como argumento de defensa señala que se le habría vulnerado el Principio de Proporcionalidad toda vez que la multa impuesta no guarda una debida adecuación entre la gravedad del hecho imputado y la sanción aplicada. De la revisión del cálculo de la misma se ha determinado que procede su recalcuro en los extremos detallados a continuación:

Respecto a los costos evitados por concepto de Especialistas encargados:

- Se han aplicado los costos evitados vinculados a las inversiones no incurridas para contar con una supervisión eficiente que verifique el cumplimiento de los literales A y T del numeral 4.2.2.2. del Reglamento de Tránsito de Cerro Verde. En la resolución apelada se ha considerado la participación de un ingeniero de Seguridad y un Ingeniero de Mantenimiento. Sin embargo, solo se debió considerar al primero, quien es responsable de la seguridad de las operaciones y coordinar acciones de para la prevención, corrección de condiciones de trabajo inseguro, así como verificar el cumplimiento de los reglamentos internos.

Respecto del cálculo de la tasa COK:

- En la resolución apelada la tasa COK se calculó considerando 26 meses de setiembre de 2014 a noviembre de 2016 (del momento de ocurridos los hechos al momento del cálculo de la multa por parte de la Administración). Sin embargo, se debió considerar el plazo máximo para la tramitación de los procedimientos administrativos, que conforme lo indicado por el artículo 25° de la Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS-CD, es 270 días hábiles (aproximadamente 9 meses). Además, se debe tener en cuenta que actualmente el plazo de caducidad de tramitación de los procedimientos administrativos según la Resolución N° 040-2017-OS/CD es 9 meses.

Respecto a los costos de los servicios no vinculado a la supervisión:

- Corresponde indicar que el criterio de “costo por servicios no vinculados a la supervisión” se



utiliza para darle carácter disuasivo a las multas bajas que no desincentivarían las conductas ilícitas; verificándose que no corresponde aplicar para el presente caso.

Por lo tanto, corresponde recalcular la multa impuesta de acuerdo con los argumentos expuestos, siendo el nuevo cálculo el siguiente:

Descripción	Monto
Costo Evitado por Especialista (S/. setiembre 2014)	33,283.75
Tipo de Cambio, setiembre 2014	2.865
Costo Evitado por Especialista (US\$, setiembre 2014)	11,617.55
Tasa COK	1.07%
Número de meses	9
Costo Evitado por Especialista (US\$, noviembre 2016)	12,786.83
Tipo de Cambio, noviembre 2016	3.405
Costo Evitado por Especialista (S/. noviembre 2016)	43,541.18
Escudo Fiscal (30%)	-13,062.36
Beneficio económico por costo evitados (S/. noviembre 2016)	30,478.83
Costo servicios no vinculados a supervisión	0.00
Beneficio económico de la infracción - Factor B (S/. noviembre 2016)	30,478.83
Probabilidad de detección	30%
Multa Base	101,596.10
Factores Agravantes y Atenuantes	0.85
Multa (S/.)	86,356.68
Multa (UIT)	21.86

De otro lado, respecto al Principio de Culpabilidad, el Decreto Legislativo N° 1272, publicado con fecha 21 de diciembre de 2016, incorporó el Principio de Culpabilidad como uno de los principios de la potestad sancionadora administrativa¹², por el cual “la responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva”.

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

Asimismo, la citada ley señala que “(...) el Consejo Directivo (...) se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, así como a graduar las sanciones, para lo cual tomará en cuenta los principios de la facultad sancionadora contenidos. La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente, de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones del OSINERGMIN, aprobada por el Consejo Directivo (...)”.

De lo expuesto, cualquier acto que implique incumplimiento a las normas de competencia de OSINERGMIN, en tanto se encuentre tipificado, constituye infracción sancionable determinable

¹² Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444

“Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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



de manera objetiva. En ese sentido, basta la verificación de la infracción tipificada como tal, para determinar la responsabilidad administrativa del sujeto infractor, sin que se requiera evaluar elementos de tipo subjetivo, como la intencionalidad.

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

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

La Resolución impugnada es nula de pleno derecho

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

Por lo tanto, no se ha configurado causal de nulidad alguna de la resolución impugnada, de acuerdo a los numerales 1 y 2 del artículo 10° del TUO de la Ley N° 27444, correspondiendo desestimar este extremo del recurso de apelación interpuesto por CERRO VERDE.



Uso de la palabra y ampliación de sus argumentos

7. En relación al 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 procedimiento¹³.

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 caso¹⁴.

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

¹³ 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."

¹⁴ 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. (...)"

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 otro lado, de la revisión del expediente, se verifica que la apelante a la fecha no ha presentado argumentos adicionales a su recurso de apelación, no correspondiendo, en consecuencia, emitir pronunciamiento adicional al respecto.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN DE LA CONTRATISTA

En cuanto a la afectación de las normas sobre responsabilidad solidaria

8. En relación al literal a) del numeral 3 de la presente resolución, cabe señalar que de acuerdo a lo establecido en el numeral 11 del artículo 37° del T.U.O. de la LGM, los titulares de las concesiones, gozan entre otros atributos, el de contratar la ejecución de los trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio, con empresas especializadas inscritas en la Dirección General de Minería. Asimismo, el artículo 216° de la citada norma, dispone lo siguiente:

“Las disposiciones de este Título obligan también a terceros que, por cualquier acto o contrato, resultaren, ejecutando o conduciendo trabajos propios para la explotación de la concesión minera por cuenta del titular de derecho minero. Las obligaciones y responsabilidades son solidarias.

Esta disposición no es aplicable a terceros, contratistas de empresas mineras, que presten servicios conexos de índole no minero.”

Por su parte, el artículo 11° del Decreto Supremo N° 005-2008-EM, que reestructura el Registro de Empresas Especializadas de Contratistas Mineros, establece lo siguiente:

“Empresa contratista minera es la empresa que cuenta con autonomía funcional y patrimonio propio que le permita actuar en las actividades a que se refiere el numeral 11) del Artículo 37° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, y que ostente la calificación como tal, emitida por la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas.” (Subrayado agregado)

Además, el artículo 2° del RSSO señala las actividades a las que alcanza dicho reglamento, tales como las siguientes:

a) Las actividades mineras siguientes, desarrolladas en los emplazamientos en superficie o subterráneos:

- 1. Exploración, desarrollo, preparación y explotación en minería subterránea y a cielo abierto de minerales metálicos y no metálicos.*
- 2. Preparación mecánica, incluido la trituración y molienda.*
- 3. Clasificación de minerales metálicos y no metálicos.*
- 4. Concentración.*
- 5. Depósitos de relaves, desmonte y escorias.*
- 6. Lixiviación o lavado metalúrgico del material extraído.*



7. Fundición.
8. Refinación.
9. Labor general.
10. Transporte minero.
11. Depósitos de almacenamiento de concentrados de minerales, refinados y minerales no metálicos.

b) Los trabajos siguientes, conexos a la actividad minera:

Construcciones civiles, instalaciones anexas o complementarias, tanques de almacenamiento, tuberías en general, generadores, sistemas de transporte que no son concesionados, uso de maquinaria, equipo y accesorios, mantenimiento mecánico, eléctrico, comedores, hoteles, campamentos, servicios médicos, vigilancia, construcciones y otros tipos de prestación de servicios.

Cabe precisar que el artículo 3° del RSSO establece que su alcance es de aplicación a toda persona natural o jurídica, pública o privada, que realice actividades mineras y actividades conexas con personal propio o de terceros; las que están obligadas a dar cumplimiento a todas sus disposiciones.

Igualmente, cabe precisar que el artículo 7° del RSSO establece las siguientes definiciones:

“(…)

Empresa Contratista Minera

Es toda persona jurídica que, por contrato, ejecuta una obra o presta servicio a los titulares mineros, en las actividades de exploración, desarrollo, explotación y/o beneficio, y que ostenta la calificación como tal emitida por la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas.

Empresa Contratista de Actividades Conexas

Es toda persona natural o jurídica que realiza actividades auxiliares o complementarias a la actividad minera por encargo del titular minero. (...)” (Subrayado agregado)

De acuerdo a lo establecido en las normas citadas y en anteriores pronunciamientos emitidos por este tribunal respecto a la responsabilidad solidaria, se concluye lo siguiente:

- Las obligaciones y responsabilidades son solidarias respecto a aquellas personas jurídicas que ejecutan una obra o prestan servicios por cuenta de los titulares mineros, en las actividades de exploración, desarrollo, explotación y/o beneficio.
- Las empresas que realicen las actividades arriba citadas deberán estar inscritas en la Dirección General de Minería, para ostentar la condición de contratista minera.
- Las empresas contratistas que efectúan actividades conexas no realizan trabajos propios de la actividad minera por lo que no se inscriben en el registro de la Dirección General de Minería.

Ahora bien, en ejercicio de sus funciones normativas, dispuestas por el inciso c) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión



Privada en los Servicios Públicos¹⁵ y el artículo 3° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN¹⁶, mediante el RSFS publicado en el diario oficial El Peruano el 18 de marzo de 2017, se establecieron las disposiciones de obligatorio cumplimiento para OSINERGMIN, las Empresas Supervisores y los Agentes Supervisados, en el marco de las funciones supervisora, fiscalizadora y sancionadora, bajo competencia de este Organismo Regulador.

Así pues, el artículo 7° del RSFS describe las actividades del sector minero bajo competencia de OSINERGMIN, disponiendo lo que se detalla a continuación:

Artículo 7.- Actividades del sector minero bajo competencia de Osinerqmin

Osinerqmin ejerce sus funciones de supervisión, fiscalización y sanción de las obligaciones legales y técnicas de seguridad de la infraestructura, las instalaciones y la gestión de seguridad de sus operaciones, en las siguientes actividades mineras:

- a) Exploración.*
- b) Explotación.*
- c) Beneficio.*
- d) Transporte minero.*
- e) Almacenamiento de concentrado de mineral.*

Además, en los numerales 23.2 y 23.3 del RSFS se dispuso lo siguiente:

"(...)

23.2 Sin perjuicio de lo señalado en el numeral 23.3, la responsabilidad administrativa bajo competencia de Osinerqmin corresponde ser determinada únicamente respecto del Agente Supervisado, independientemente que la conducta imputada sea realizada por contratistas o subcontratistas.

23.3 Solo corresponde imputar responsabilidad administrativa solidaria cuando la ley así lo prevé respecto de más de un Agente Supervisado; y en los casos de accidentes mortales del sub sector minero, respecto a contratistas mineras que realicen trabajos propios de actividades mineras, inscritas en el Registro correspondiente. (...)" (Subrayado agregado)

En ese sentido, de acuerdo a lo previsto en el RSFS, respecto a la determinación de la responsabilidad administrativa solidaria para las contratistas mineras, en el ejercicio de las funciones supervisora y fiscalizadora, OSINERGMIN deberá considerar que:

- a) La responsabilidad administrativa únicamente recae sobre el Agente Supervisado; es decir,

¹⁵ 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."

¹⁶ 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."

en el presente procedimiento corresponde a CERRO VERDE.

- b) Excepcionalmente se podrá atribuir responsabilidad solidaria a las contratistas mineras para los casos de accidentes mortales, cuando éstas realicen trabajos propios de las actividades mineras, que se encuentren inscritas en el Registro correspondiente.



Por lo tanto, de acuerdo a la interpretación sistemática de las normas emitidas por el Ministerio de Energía y Minas y lo dispuesto por el RSFS, corresponde evaluar si en el presente procedimiento administrativo sancionador se habría configurado los supuestos para determinar la responsabilidad solidaria de GyM; es decir, si los trabajos realizados por esta fueron propios de la actividad minera en su calidad de contratista, inscrita en el Registro de la Dirección General de Minería.

Ahora bien, de acuerdo con lo señalado en el Informe de Supervisión de Especial de la empresa supervisora, la sub contratista de GyM realizaba labores de construcción y, en este caso, contrató a un tercero para el transporte de su personal, trasladándolo de la unidad minera a Arequipa y viceversa.

Por lo tanto, se desprende que en el presente procedimiento sancionador no se habría configurado los supuestos previstos, a fin que GyM sea considerada como contratista minera de responsabilidad administrativa solidaria, pues no realizó trabajos propios de la actividad minera. En consecuencia, no estaría sujeto a la responsabilidad solidaria antes descrita.



Además, considerando que lo dispuesto en el numeral 23.3 del artículo 23° del RSFS constituye un elemento de juicio objetivo sobreviniente a la emisión de la resolución de sanción y que establece una condición más favorable para GyM al excluirla de responsabilidad. En consecuencia, la responsabilidad solidaria de LA CONTRATISTA es susceptible de evaluación en esta etapa del procedimiento.

Adicionalmente, debe precisarse, que este razonamiento no constituye una condición menos favorable para CERRO VERDE, ya que dicha empresa se mantiene como responsable, sin perjuicio de la solidaridad en la multa que inicialmente alcanzó a la contratista y que, en aplicación de una norma posterior, como se ha explicado, ha dejado de involucrarla.

De acuerdo a ello, en virtud de los Principios de Legalidad y Debido Procedimiento, así como del numeral 225.1 del artículo 225° del T.U.O. de la Ley N° 27444¹⁷, corresponde declarar fundado el recurso de apelación interpuesto por GyM, así como disponer el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador respecto a la determinación de responsabilidad y sanción solidaria impuesta GyM.

Finalmente, considerando lo expuesto anteriormente, carece de objeto emitir pronunciamiento respecto a los argumentos señalados en los literales b) a la g) del numeral 3, de la presente resolución.

¹⁷ T.U.O de la Ley N° 27444

"Artículo 225.- Resolución

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

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por GyM S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 3642-2016 del 30 de diciembre de 2016, respecto a su determinación de responsabilidad administrativa y sanción solidaria por la infracción al literal a) del artículo 38° del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM, así como disponer el **ARCHIVO** del procedimiento administrativo sancionador tramitado en el Expediente N° 201400117855 en tales extremos, conforme a las consideraciones expuestas en el numeral 8 de la presente resolución.

Artículo 2°.- Declarar **INFUNDADO** recurso de apelación interpuesto por SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE S.A.A., contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 3642-2016 del 30 de diciembre de 2016, respecto a la determinación de su responsabilidad administrativa por la infracción al literal a) del artículo 38° del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en tal extremo.

Artículo 3°.- Declarar **FUNDADO** recurso de apelación interpuesto por SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE S.A.A., contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 3642-2016 del 30 de diciembre de 2016, respecto al cálculo de la multa por las razones expuestas en el numeral 5 de la presente resolución

Artículo 4°.- Determinar que el monto total de la multa queda reducido de 54.51 (cincuenta y cuatro con cincuenta y un centésimas) UIT a 21.86 (veintiún con ochenta y seis centésimas) UIT, de conformidad a lo resuelto en el numeral 5 de la presente resolución; monto que corresponde pagar a SOCIEDAD MINERA CERRO VERDE S.A.A.

Artículo 5°.- 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