

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 443-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 19 de noviembre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201600128641 que contiene el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA CONDESTABLE S.A., representada por el señor Elvis Ray Salazar Niño contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2051-2017 de fecha 20 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.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 2051-2017, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a COMPAÑÍA MINERA CONDESTABLE S.A., en adelante CONDESTABLE con una multa total de 13.53 (trece con cincuenta y tres 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 En las áreas de trabajo que se detallan en el cuadro siguiente, no se cumple la velocidad mínima de aire establecida de 20 m/min: <table><tr><th>Labor</th><th>Velocidad Detectada (m/min)</th></tr><tr><td>Nv. +210, Polvorín Principal de Explosivos, cámara 3</td><td>2.6</td></tr><tr><td>Nv. +210, Polvorín Principal de Explosivos, cámara 2</td><td>7.2</td></tr><tr><td>Nv. +210, Polvorín Principal de Explosivos, cámara 4</td><td>3.6</td></tr><tr><td>Nv. +210, Polvorín Principal de Explosivos, cámara 1</td><td>2.8</td></tr><tr><td>Nv. -400, CX_4392_1</td><td>13.7</td></tr><tr><td>Nv. -255, TJ_3947</td><td>9.8</td></tr><tr><td>Nv. -255, TJ_4202</td><td>8.5</td></tr></table>	Labor	Velocidad Detectada (m/min)	Nv. +210, Polvorín Principal de Explosivos, cámara 3	2.6	Nv. +210, Polvorín Principal de Explosivos, cámara 2	7.2	Nv. +210, Polvorín Principal de Explosivos, cámara 4	3.6	Nv. +210, Polvorín Principal de Explosivos, cámara 1	2.8	Nv. -400, CX_4392_1	13.7	Nv. -255, TJ_3947	9.8	Nv. -255, TJ_4202	8.5	Numeral 1.1.10 del Rubro B ²	2 UIT
Labor	Velocidad Detectada (m/min)																	
Nv. +210, Polvorín Principal de Explosivos, cámara 3	2.6																	
Nv. +210, Polvorín Principal de Explosivos, cámara 2	7.2																	
Nv. +210, Polvorín Principal de Explosivos, cámara 4	3.6																	
Nv. +210, Polvorín Principal de Explosivos, cámara 1	2.8																	
Nv. -400, CX_4392_1	13.7																	
Nv. -255, TJ_3947	9.8																	
Nv. -255, TJ_4202	8.5																	

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

Infracción al inciso b) del artículo 236° del RSSO³ No se mantiene una circulación de aire en cantidad suficiente de acuerdo con el número de trabajadores y la potencia (HP) de los equipos con motores de combustión interna, conforme al siguiente detalle:									Numeral 1.1.10 del Rubro B ⁴	1.09 UIT
Labor	Velocidad (m/min)	Área (m²)	Caudal calculado (m³/min)	Caudal requerido por personal (m³)	Equipo diésel	Caudal requerido Total (m³/min)	Déficit (m³/min)	Cobertura (%)		
Nv. -255 CX_3923 NE	10.2	11.37	116	3	Jumbo Boomer J-11 de 78 HP	237	121	48.9		
Infracción al literal a) del Rubro "Usos" del artículo 256° del RSSO⁵ En el XC_4480, del Nv. -375 se usaba ANFO sin contar con la autorización de la autoridad minera competente para dicho uso.									Numeral 3.6 del Rubro B ⁶	10.44 UIT
TOTAL										13.53 UIT⁷

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- Del 6 al 9 de setiembre de 2015 se efectuó una supervisión a la unidad minera "Acumulación Condestable" de titularidad de CONDESTABLE, a cargo de supervisores designados por OSINERGMIN.
- A través del Oficio N° 351-2017 notificado a CONDESTABLE el 7 de marzo de 2017, que obra a fojas 54 del expediente, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador, al cual se adjuntó el Informe de Inicio de PAS N° 175-2017 de fecha 27 de febrero de 2017 y se le otorgó el plazo de siete (7) días hábiles para la presentación de sus descargos.
- Por escrito presentado el 16 de marzo de 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201600128641, CONDESTABLE remitió sus descargos.
- Mediante Oficio N° 642-2017-OS-GSM⁸ notificado el 25 de octubre de 2017, se trasladó a CONDESTABLE el Informe Final de Instrucción N° 772-2017.

³ RSSO

"Artículo 236°.- (...)

b) En todas las labores subterráneas se mantendrá una circulación de aire limpio y fresco en cantidad y calidad suficientes de acuerdo con el número de trabajadores, con el total de HPs de los equipos con motores de combustión interna (...)"

⁴ Ver pie de página 2.

⁵ RSSO

"Artículo 256°.- La preparación, almacenamiento, transporte y uso de los agentes de voladura estará bajo la supervisión de un personal competente, experimentado y autorizado.

Para el caso de ANFO se tendrá en cuenta lo siguiente: (...)

Usos:

a) En minas subterráneas el uso de ANFO requerirá la autorización de la autoridad minera competente previa inspección, evaluación de la memoria descriptiva, planos de ventilación y otros. El uso de ANFO estará limitado, tanto en sección horizontal como en vertical a las labores mineras inspeccionadas y autorizadas. (...)"

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

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

3. Incumplimiento de Almacenamiento, Transporte, Manipuleo de Explosivos y Agentes de Voladuras

3.6 Agentes de Voladura

Base legal: Arts. 255° y 256° del RSSO

Sanción: Hasta 400 UIT

⁷ 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, así como lo dispuesto en la Resolución N° 040-2017-OS/CD.

⁸ Documento remitido mediante la Cédula de Notificación N° 665-2017-OS-GSM que obra a fojas 102 del expediente.

- 
- e) Con escrito presentado el 2 de noviembre de 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201600128641, CONDESTABLE remitió su escrito de descargos el Informe Final de Instrucción N° 772-2017. Asimismo, reconoció su responsabilidad por la infracción al literal a) del Rubro "Usos" del artículo 256° del RSSO y solicitó se apruebe la reducción de la multa impuesta en un 30% de acuerdo a lo establecido en el literal g.1.2) del artículo 25° del Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD, en adelante RSFS.
- f) Mediante escrito presentado el 6 de noviembre de 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201600128641, CONDESTABLE procedió a rectificar un error material del escrito antes citado y reiteró su reconocimiento de responsabilidad.
- g) Con la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2051-2017 del 20 de noviembre de 2017 se resolvió sancionar a CONDESTABLE por las infracciones a los literales b) y e) del artículo 236°, así como por el literal a) del Rubro "Usos" del artículo 256° del RSSO. Asimismo, se dispuso aceptar el escrito de reconocimiento presentado respecto de esta última infracción, por lo que se aplicó una reducción del 30% de la multa quedando establecida en 10.44 (diez con cuarenta y cuatro centésimas) UIT.
2. Mediante escrito del 13 de diciembre de 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201600128641, CONDESTABLE comunicó el pago de la multa impuesta en la resolución apelada por la infracción al literal a) del Rubro "Usos" del artículo 256° del RSSO, para lo cual adjuntó la constancia del pago efectuado a la cuenta de OSINERGMIN por la suma de S/ 42,282 (cuarenta y dos mil doscientos ochenta y dos Soles).



De otro lado, con un escrito de la misma fecha interpuso recurso de apelación solicitando se declare la nulidad de la resolución apelada y se archive el procedimiento respecto de las infracciones a los literales b) y e) del artículo 236° del RSSO, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a la supuesta vulneración al Principio de Tipicidad

- a) CONDESTABLE señala que de acuerdo al Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 246° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en adelante el T.U.O. de la Ley N° 27444, sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones expresamente previstas en normas legales mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analógica.

La recurrente sostiene que se pretende sancionarla por hechos que se encuentran fuera de lo establecido en los literales b) y e) del artículo 236° del RSSO, ampliando arbitrariamente su alcance, lo cual vulnera los Principios de Legalidad y Tipicidad. Agrega que en el presente caso se pretende extender el supuesto de hecho previsto en los literales antes citados, incluyendo todos los ambientes de la mina, cuando estos sólo están referidos a lugares donde los trabajadores lleven a cabo sus labores.

Por lo tanto, indica que atribuirle responsabilidad por la comisión de los literales b) y e) del artículo 236° del RSSO vulneraría el Principio de Tipicidad, ya que la presunta conducta infractora no se subsume en el supuesto de hecho de la norma, correspondiendo su archivo.

En cuanto a la supuesta vulneración al Principio de Presunción de Licitud y Debido Procedimiento

- b) CONDESTABLE refiere que dejó constancia en el Acta de Supervisión que sí se cumplía con los parámetros de velocidad de aire exigido en el RSSO en la labor materia de imputación, donde al momento de la supervisión se encontraban trabajadores.



Asimismo, manifiesta que si bien el régimen administrativo dota de presunción de veracidad a las Actas de Supervisión, ésta tiene como parámetro la Presunción de Licitud de los actos de los administrados, prevista en el numeral 9 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, según el cual las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.⁹ En ese sentido, refiere que otorgar valor absoluto al contenido de las Actas de Supervisión, implica perder de vista que la presunción de veracidad de dichos documentos encuentran su límite en el Principio de Licitud y Presunción de Inocencia de los administrados.

- c) Por lo tanto, argumenta que las mediciones efectuadas durante la supervisión no respondieron a ningún criterio técnico, por lo que constituyen un elemento inválido para determinar la presunta comisión de una infracción. Agrega que mediante un escrito del 27 de octubre de 2016 solicitó a OSINERGMIN que indicara la existencia de un protocolo de medición que estableciera los parámetros y procedimientos en base a los cuales se llevan a cabo las supervisiones; sin embargo, no obtuvo respuesta, concluyendo que a la fecha no existe protocolo de mediciones de aire.



Por ello, precisa que la ausencia de dicho protocolo constituye un elemento para objetar la validez del Acta de Supervisión como sustento para determinar la presunta infracción. De hecho, mediante la Resolución de Sala Plena del Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería N° 001-2016-OS/STOR-TASTEM, dicho Tribunal reconoció que en caso de infracciones relativas a incumplimientos de magnitudes físicas definidas legalmente, como es el caso de la velocidad de aire, los medios probatorios deberán aportar, la siguiente información: a) lugar donde se realizó la medición; b) fecha y hora del muestreo; c) identificación del instrumento de medición utilizado y su estado de operación, asimismo, cuando sea pertinente adjuntar si certificado de calibración; d) técnica o método que incluya una breve descripción de la medición empleada; y e) resultado obtenido.

En tal sentido, indica que a través de la resolución antes citada el TASTEM aprobó, entre otros el Lineamiento Resolutivo XI, el cual establece lo siguiente:

*“El TASTEM declarará la nulidad por contravención al Principio del Debido Procedimiento por falta de motivación adecuada de una resolución de sanción, cuando la infracción por incumplimiento de magnitudes físicas mesurables establecidas legalmente, no tenga como sustento un Acta de Supervisión en la que se consignen los medios probatorios de los que se verifique el lugar donde se realizó la medición, la fecha y hora del muestreo, la identificación del instrumento de medición utilizado, su estado de operación, **la técnica de medición empleada en función a la magnitud física a verificar y el resultado obtenido.**”* (Subrayado y negritas agregadas por la administrada)

En consecuencia, señala que para admitir la validez de un Acta de Supervisión esta debe contener todos los elementos necesarios para constituir un medio probatorio suficiente que

⁹ La recurrente cita a:

MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Novena edición, Gaceta Jurídica: 2011. p. 725. a 727.

sustente la determinación de una infracción; por lo que no basta la presunción de veracidad que le otorga el ordenamiento. Por lo tanto, imponerle una sanción en virtud de dicho documento, sin haberse establecido el protocolo o técnica de medición, más aún cuando su empresa obtuvo muestreos con resultados favorables, implicaría una vulneración a los Principios de Licitud y Debido Procedimiento.



Sobre que las obligaciones deben evaluarse por criterios de Razonabilidad y Proporcionalidad

- d) CONDESTABLE sostiene que la obligación dispuesta en el RSSO implica que se cumplan con las velocidades mínimas de aire en aquellos ambientes donde los trabajadores se encuentren llevando a cabo labores o actividades, a fin de salvaguardar la salud de estos. De ahí que sea razonable que su exigibilidad se limite a aquellos ambientes en donde haya personas cuya salud pudiera verse afectadas. En este caso, ha quedado acreditado que los ambientes donde presuntamente no se cumplía con las velocidades mínimas de aire no correspondían a ambientes de trabajo.

Por lo tanto, manifiesta que en virtud al Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar, así como el numeral 4 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, toda obligación debe ser razonable y guardar proporción entre lo exigido y los fines que se pretenden garantizar, sin atribuir cargas indebidas a los administrados. Además, de acuerdo al numeral 10 del artículo 64° del T.U.O. de la citada Ley, los administrados tienen derecho a que las actuaciones de las entidades que les afecten, sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible, por lo cual se pretende evitar cualquier exceso en la punición.¹⁰



Afirma que la razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado al valor justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho, y se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos en el uso de las facultades discrecionales, y exige que las decisiones que se toman en ese contexto, respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias. En ese sentido, manifiesta que se debería haber analizado si resultaba razonable exigir el cumplimiento de las velocidades mínimas de aire, considerando si los lugares donde presuntamente se incumplía el RSSO eran áreas de trabajo, es decir, donde los trabajadores usualmente realizan sus labores.

Con relación a la falta de motivación de la resolución impugnada

- e) CONDESTABLE refiere que la resolución impugnada deviene en nula por no encontrarse debidamente motivada, de acuerdo al numeral 2 del artículo 10° del T.U.O. de la Ley N° 27444. La motivación se encuentra regulada en el artículo 3° del T.U.O. de la Ley N° 27444 como un requisito de validez del acto administrativo y en el artículo 6° del citado T.U.O.¹¹. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que la exigencia de la motivación de las resoluciones

¹⁰ La recurrente cita las Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N° 2192-2004-AA/TC y N° 090-2004-AA/TC, a fin de sustentar los Principios de Proporcionalidad y Razonabilidad.

¹¹ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
T.U.O. de la Ley N° 27444.

"Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos Son requisitos de validez de los actos administrativos: (...)

4. Motivación. - El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. (...)"

"Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

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

6.3. No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto. (...)"

consagrada en el artículo 139° inciso 5 de la Constitución Política es un principio aplicable también a la Administración Pública¹².

En consecuencia, toda resolución que no cumpla con los requisitos mínimos establecidos en la ley será una resolución arbitraria¹³ y, por ende, inconstitucional¹⁴. Además, señala que la doctrina jurídica¹⁵ ha clasificado los defectos en el razonamiento lógico de una decisión que afecta el derecho a una motivación adecuada de las resoluciones, conforme a lo siguiente:

- I. Falta de motivación: La motivación de la resolución está totalmente ausente.
- II. Motivación defectuosa: Formal o externamente existe una motivación, pero intrínsecamente afecta los principios de congruencia o identidad, de no contradicción, de tercio excluido o de razón suficiente.
 - (a) Motivación aparente o insuficiente: Lo argumentado no es el sustento real de la decisión adoptada, ello se hace con el fin de sostener que la decisión tiene motivación, pero solo es una fachada o cascarón.
 - (b) Motivación defectuosa en sentido estricto: el supuesto en el que se vulneran los principios lógicos de identidad o congruencia, no contradicción o el de tercio excluido.

Por lo tanto, agrega que la motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico y la exposición de las razones jurídicas y normativas que, con referencia directa a los anteriores, justifican el acto adoptado. No son admisibles como motivación la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.

En virtud de ello, la resolución apelada adolece de motivación aparente, lo cual acarrea su nulidad por vulnerar el Debido Procedimiento Administrativo; toda vez que la obligación de cumplir con las velocidades mínimas de aire está referida a ambientes de trabajo donde los trabajadores lleven a cabo labores o actividades. Además, se pretende “bajo un cascarón”

¹² Al respecto, cita el fundamento 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 6698-2006-PA/TC, conforme a lo siguiente: “En todo Estado constitucional y democrático de Derecho la motivación debida de las decisiones de las entidades públicas -sean o no de carácter jurisdiccional- es un derecho fundamental que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva. El derecho a la motivación debida constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional”. Asimismo, cita el fundamento 4 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 3611-2011-AA/TC.

¹³ La administrada cita a MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, 2001, pp. 145, conforme a lo siguiente: “la motivación cumple dentro de la concepción del acto administrativo las siguientes funciones: a) Propiciar que las autoridades se pronuncien con seriedad y el rigor en la formación de la voluntad de la Administración y aseguren su adecuación al ordenamiento jurídico; b) cumple un rol informador, ya que representa la exteriorización de las razones en cuya virtud se produce un acto administrativo, y permite, tanto al administrado como a los superiores con potestades de revisión del acto, asumir conocimiento de los hechos reales y jurídicos que fundamentan la decisión administrativa, para poder articular su defensa con posibilidad de criticar las bases en que se funda e impugnarlas; o para que el superior al conocer el recurso pueda desarrollar el control que examinando todos los datos y si se ajusta a ley; c) cumple con una función justificadora sobre los aspectos de contenido del acto administrativo, proyectándose como la argumentación que ofrece el razonamiento lógico preparatorio de la conclusión o la decisión administrativa; y, d) facilita el control de la Administración por el Poder Judicial ya que al vincular el acto a la legalidad, la motivación expresa la forma en que la autoridad ha entendido que se concreta la adecuación del acto al fin previsto por la norma, y otorga así racionalidad y objetividad a la actuación administrativa. (...)”.

¹⁴ Cita el fundamento 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1230-2002-HC/TC: “Uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. (...) su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión. (...) el derecho en referencia garantiza que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de ellas en la resolución de la controversia. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez (...) corresponde resolver”.

¹⁵ De acuerdo a FERNÁNDEZ, Raúl Eduardo, “Los errores ‘in cogitando’”, en *La Naturaleza del Razonamiento Judicial*, Córdoba, Ed. Alveroni, 1993, pp. 115 y ss.

interpretar que la obligación es aplicable a todos los ambientes sin excepción.

Sobre la falta de competencia de OSINERGMIN

- f) CONDESTABLE indica que la obligación dispuesta en el literal e) del artículo 236° del RSSO tiene como propósito dotar de aire limpio a las labores de trabajo de acuerdo a las necesidades del trabajador a fin de garantizar su salud. El propio artículo 236° establece que todo sistema de ventilación en la actividad minera, referido a la calidad de aire, deberá mantenerse dentro de los límites de exposición ocupacional para agentes químicos de acuerdo al Anexo N° 4 y lo establecido en el Decreto Supremo N° 015-2005-SA o la norma que la modifique o sustituya.

De acuerdo a lo expuesto, argumenta que la referida obligación no corresponde a una disposición sobre la seguridad y operatividad de la infraestructura/equipos mineros, sino más bien a una medida que tienen por objeto velar por la salud de los trabajadores.

Señala que con la entrada en vigencia de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, OSINERGMIN dejó de ser el organismo encargado de la fiscalización y supervisión del cumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud ocupacional en el ámbito de la mediana y gran minería, ya que dicha competencia fue asignada al MINTRA. Así, mediante el Decreto Supremo N° 002-2012-TR, el MINTRA estableció que las competencias transferidas de OSINERGMIN eran aquellas relativas a la supervisión, fiscalización y sanción de las normas de seguridad y salud en el trabajo de las actividades de energía y minería. Por lo tanto, las normas de energía y minas no vinculadas con las obligaciones o derechos laborales sobre seguridad y salud en el trabajo no eran competencia del MINTRA.

Posteriormente se aprobó la Ley N° 29901 a través de la cual se precisó que las competencias transferidas al MINTRA eran aquellas referidas únicamente a la supervisión y fiscalización del cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo, no incluyendo los aspectos de seguridad de infraestructuras que se mantuvieron dentro de la competencia de OSINERGMIN. En tal sentido, el Reglamento de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN aprobado por Resolución N° 171-2013-OS/CD dispuso que dicho organismo está a cargo de la supervisión de la seguridad de la infraestructura, sus instalaciones, gestión de seguridad y operaciones que, entre otros aspectos, incluye el de ventilación.

En tal sentido, el hecho que los literales e) y b) del artículo 236° contengan obligaciones que van más allá de la seguridad y operatividad de la infraestructura/equipo, no determina que OSINERGMIN se atribuya competencias para su supervisión y eventual sanción, toda vez que debe efectuarse un análisis acerca de si dicha obligación tiene como propósito la seguridad y operatividad de un equipo o la seguridad y salud de los trabajadores. Sin embargo, en este caso, los hechos que originan las imputaciones no son competencia de OSINERGMIN.

Por lo tanto, cualquier acto expedido por OSINERGMIN respecto a las imputaciones materia del presente procedimiento, devendría en nulo de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 10° del T.U.O. de la Ley N° 27444, al ser expedido por un órgano incompetente, ya que según el numeral 1 del artículo 3° del citado T.U.O., constituye un requisito de validez de todo acto administrativo que sea emitido por el órgano facultado en razón de la materia.¹⁶

¹⁶ Con relación a la competencia de la autoridad para avocarse un procedimiento administrativo, la recurrente cita las Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N° 0071-2002-AA/TC y N° 3891-2011-PA/TC.

En cuanto a la solicitud de uso de la palabra

g) CONDESTABLE solicitó el uso de la palabra de acuerdo al artículo 33° del RSFS.

3. A través del Memorándum N° GSM-497-2017, recibido el 21 de diciembre de 2017, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

CUESTIÓN PREVIA

4. Sobre el particular, de los actuados que obran en el expediente se advierte que CONDESTABLE no ha emitido cuestionamiento alguno respecto a la infracción al literal a) del Rubro "Usos" del artículo 256° del RSSO. Por lo tanto, de conformidad con el artículo 220° del T.U.O. de la Ley N° 27444, corresponde declarar firme la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2051-2017 del 20 de noviembre de 2017 en el extremo concerniente a la atribución de responsabilidad y la multa impuesta por la infracción antes citada.¹⁷

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la supuesta vulneración al Principio de Tipicidad

5. En cuanto a lo señalado en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, cabe precisar que los literales b) y e) del artículo 236° del RSSO, cuyo incumplimiento se imputan a CONDESTABLE, establecen expresamente lo siguiente:

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:

(...) b) En todas las labores subterráneas se mantendrá una circulación de aire limpio y fresco en cantidad y calidad suficientes de acuerdo con el número de trabajadores, con el total de HPs de los equipos con motores de combustión interna (...)"

(...) 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.

Sin perjuicio de lo expuesto, con relación a la infracción al literal b) del artículo 236° del RSSO, la supervisión de OSINERGMIN verificó la operatividad del área de trabajo Nv. -255 CX- 3923 NE donde se realizaron mediciones de velocidad de aire y cálculo de caudal requerido, tal como se

¹⁷ T.U.O. de la Ley N° 27444

Artículo 220°.- Acto firme

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto.

Adicionalmente, corresponde precisar que la declaración de firmeza de este extremo de la resolución de sanción no implica una aceptación del pago efectuado por CONDESTABLE por la sanción impuesta respecto de la infracción al literal a) del Rubro "Usos" del artículo 256° del RSSO, cuya verificación y validación corresponde al órgano de OSINERGMIN con competencias para ello.

observa en el Formato N° 9 “Medición de Velocidad de Aire – Temperatura – Humedad”: ítem N° 13, obrante a fojas 21 del expediente, en el cual se consignó como observación la presencia de dos personas que estaban perforando, lo que además, ha sido corroborado con el plan de avance del mes de setiembre de 2015 presentado por CONDESTABLE y que obra a fojas 30 del expediente.

En cuanto a la infracción al literal e) del artículo 236° del RSSO, ésta norma prevé 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.

Además, de acuerdo al Formato N° 9 “Medición de Velocidad de Aire – Temperatura – Humedad”, la operatividad de las labores inspeccionadas quedó acreditada en virtud a los siguientes medios probatorios:

Labor	Medios probatorios
Nv. +210, Polvorín Principal de Explosivos, cámara 3	- Fotografía N° 4 - Formato N° 9 ítem 20, se consignó dentro del rubro “Observaciones y/o equipos operativos”: “Se almacena emulsiones”.
Nv. +210, Polvorín Principal de Explosivos, cámara 2	- Fotografía N° 5 - Formato N° 9 ítem 21, se consignó dentro del rubro “Observaciones y/o equipos operativos”: “Se almacena Emulnor”.
Nv. +210, Polvorín Principal de Explosivos, cámara 4	- Fotografía N° 6 - Formato N° 9 ítem 22, se consignó dentro del rubro “Observaciones y/o equipos operativos”: “Se almacena Anfo”.
Nv. +210, Polvorín Principal de Explosivos, cámara 1	- Fotografía N° 7 - Formato N° 9 ítem 24, se consignó dentro del rubro “Observaciones y/o equipos operativos”: “Se almacena Pentacord”.
Nv. -400, CX_4392_1	- Fotografía N° 8 - Formato N° 9 ítem 2, se consignó dentro del rubro “Observaciones y/o equipos operativos”: “Trabajan dos personas”
Nv. -255, TJ_3947	- Fotografía N° 9 - Formato N° 9 ítem 6, se consignó dentro del rubro “Observaciones y/o equipos operativos”: “2 personas en perforación, tajeo ciego”
Nv. -255, TJ_4202	- Fotografía N° 11 - Formato N° 9 ítem 15, se consignó dentro del rubro “Observaciones y/o equipos operativos”: “Medido en la puerta”

Asimismo, en el plan de avance de setiembre de 2015 y el programa semanal de producción del 2 al 8 de setiembre de 2015, obrante a fojas 31 y 33 del expediente, se corrobora que las labores mineras Nv. -400, CX_4392_1; Nv. -255, TJ_3947 y Nv. -255, TJ_4202 estaban operativas cuando se realizó la visita de supervisión.

En consecuencia, conforme ha sido expuesto anteriormente y tal como se verifica de las vistas fotográficas que obran de fojas 12 a 16 del expediente, las labores de trabajo inspeccionadas no estaban bloqueadas ni taponeadas, siendo factible la concurrencia de personal para el retiro y

manipulación de los explosivos y accesorios de voladura almacenados, así como para la realización de otras actividades mineras, tales como la perforación, por lo tanto, estas deben encontrarse debidamente ventiladas. 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, es importante precisar que la base legal de las infracciones imputadas a CONDESTABLE en el presente procedimiento administrativo sancionador viene constituida por los literales b) y e) del artículo 236° del RSSO, que contienen las obligaciones fiscalizables incumplidas; y el numeral 1.1.10 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD, que tipifica el incumplimiento de tales obligaciones como infracciones sancionables, 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.

En atención a las consideraciones expuestas, el pronunciamiento emitido en la resolución impugnada respetó el marco normativo aplicable y en consecuencia no vulneró 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, por lo que corresponde desestimar lo alegado por CONDESTABLE en este extremo.

Respecto a la supuesta vulneración del Principio de Presunción de Licitud y Debido Procedimiento

6. Con relación a lo sostenido en el literal b) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde indicar que el artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, y el artículo 89° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, establecen que la responsabilidad administrativa por el incumplimiento de las disposiciones legales y técnicas bajo el ámbito de competencia de OSINERGMIN es objetiva, por lo que es suficiente que se constate el incumplimiento de la norma para que CONDESTABLE sea la responsable de la comisión de la infracción administrativa.¹⁸

En adición a ello, el numeral 50.1 del artículo 50° del T.U.O. de la Ley N° 27444 prescribe que son documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades públicas, mientras que el artículo 174° del mismo cuerpo normativo señala que constituyen hechos no sujetos a actuación probatoria, entre otros, aquellos que hayan sido comprobados con ocasión del ejercicio de las funciones atribuidas a la autoridad administrativa¹⁹.

¹⁸ Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG).

"Artículo 1°.- Facultad de Tipificación

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

Decreto Supremo N° 054-2001-PCM

"Artículo 89°.- Responsabilidad del Infractor

La responsabilidad del infractor en caso de procedimientos administrativos sancionadores que se sigan ante OSINERG, debe distinguirse de la responsabilidad civil o penal que se origine, de los hechos u omisiones que configuren infracción administrativa. La responsabilidad administrativa por incumplimiento de las disposiciones legales, técnicas, derivadas de contratos de concesión y de las dictadas por OSINERG es objetiva."

¹⁹ T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo 50.- Valor de documentos públicos y privados

50.1 Son considerados documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades."

"Artículo 174.- Hechos no sujetos a actuación probatoria

No será actuada prueba respecto a hechos públicos o notorios, respecto a hechos alegados por las partes cuya prueba consta en los archivos de la entidad, sobre los que se haya comprobado con ocasión del ejercicio de sus funciones, o sujetos a la presunción de veracidad, sin perjuicio de su fiscalización posterior."

Por tales motivos, el numeral 18.6 del artículo 18° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD, en adelante RPAS²⁰, ha previsto que la información contenida en los Informes Técnicos, Actas Probatorias, Carta de Visita de Supervisión, entre otras, responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario.

Bajo este marco legal, OSINERGMIN, en ejercicio de sus funciones, del 6 al 9 de setiembre de 2015 realizó una visita de supervisión a la unidad minera "Acumulación Condestable" de titularidad de la recurrente, registrando en el Acta de Supervisión obrante a fojas 3 a 6 del expediente que:

- (i) En las áreas de trabajo Nv. +210, Polvorín Principal de Explosivos, cámara 3; Nv. +210, Polvorín Principal de Explosivos, cámara 2; Nv. +210, Polvorín Principal de Explosivos, cámara 4; Nv. +210, Polvorín Principal de Explosivos, cámara 1; Nv. -400, CX_4392_1; Nv. -255, TJ_3947 y Nv. -255, TJ_4202 se registraron velocidades de aire por debajo del mínimo permitido (20 m/min), y
- (ii) En el Nv. -255 CX_3923 NE no se mantuvo una circulación de aire en cantidad suficiente de acuerdo con el número de trabajadores y la potencia (HP) de los equipos con motores de combustión interna, ya que se obtuvo una cobertura sólo de 48.9%.

Lo constatado anteriormente fue registrado en las vistas fotográficas que obran de fojas 12 a 16 del expediente, en las que se observan las mediciones de velocidad de aire en las labores antes citadas, realizadas por los supervisores de OSINERGMIN. Asimismo, obra de fojas 18 a 25 y 34 del expediente, el Formato N° 9 "Medición de Velocidad de Aire – Temperatura - Humedad" y el Formato N° 11 "Cálculo de Cobertura en Labores Específicas", emitidos por los supervisores, en los que se consignó la ubicación del punto de medición, velocidad de aire (m/min), la longitud de la sección supervisada, la fecha y hora de medición, el caudal de aire calculado y el requerimiento de caudal para personas y equipos, así como el tipo de equipo utilizado (número de serie, marca, fecha de calibración).

Es importante indicar que los documentos antes citados, fueron suscritos por el representante de los trabajadores de CONDESTABLE. Asimismo, si bien la recurrente consignó en el Acta de Supervisión su disconformidad con los resultados del monitoreo realizado durante la visita y señaló que sí cumplía con lo dispuesto en el RSSO, no adjuntó documento alguno que evidencie la realización de mediciones conjuntas o simultáneas a las efectuadas por los supervisores de OSINERMIN, a fin de demostrar sus afirmaciones.

Cabe señalar que los documentos antes citados, en donde se consignaron los hechos constatados por los supervisores, funcionarios a quienes la norma reconoce condición de autoridad, tienen en principio veracidad y fuerza probatoria, al responder a una realidad de hecho apreciada directamente por ellos en ejercicio de sus funciones, quienes realizan sus labores conforme a los dispositivos legales pertinentes.

²⁰ Resolución N° 272-2012-OS/CD

"Artículo 18.- Inicio del Procedimiento (...)

18.6. Los Informes Técnicos, Actas Probatorias, Cartas de Visita de Fiscalización, Actas de Supervisión constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos se presume cierta y que responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario. (...)"

En igual sentido, el nuevo Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD y publicado con fecha 18 de marzo de 2017, desarrolla en los artículos 13° y 14° lo referido a la información contenida en el Acta e Informe de Supervisión.

Por lo tanto, de acuerdo al Principio de Presunción de Licitud²¹ contenido en el numeral 9 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, concordado con el numeral 171.2 del artículo 171° de dicha norma, recaía en CONDESTABLE aportar los medios de prueba que acrediten que no cometió los incumplimientos señalados, lo que no ocurrió en el presente caso.

En consecuencia, contrariamente a lo sostenido por la recurrente, no existió incertidumbre en la determinación de su responsabilidad por la comisión de las infracciones a los literales b) y e) del artículo 236° del RSSO, ya que estas fueron debidamente acreditadas y comprobadas durante la visita de supervisión efectuada del 6 al 9 de setiembre de 2015, lo cual quedó documentado en: i) el Acta de Supervisión del 9 de setiembre de 2015; ii) el Formato N° 9 “Medición de Velocidad de Aire – Temperatura – Humedad”; iii) el Formato N° 11 “Cálculo de Cobertura en Labores Específicas”; iv) el plan de avance de setiembre de 2015 y el programa semanal de producción del 2 al 8 de setiembre de 2015; y, vi) las vistas fotográficas tomadas durante la inspección in situ.

En cuanto a lo manifestado en el literal c) del numeral 2 de la presente resolución, se debe señalar que en cumplimiento de lo establecido en el Lineamiento Resolutivo XI aprobado por Resolución de Sala Plena del Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería N° 001-2016-OS/STOR-TASTEM, en el Formato N° 9 “Medición de Velocidad de Aire – Temperatura – Humedad”, se consignó el lugar donde se efectuó la medición, la fecha y hora del muestreo, los resultados obtenidos y se indicó que el equipo utilizado para realizar el monitoreo era un Anemómetro, marca TESTO AG/Testo 435-4 con sonda térmica de 7.5 mm, serie Testo 435-4: 60326237/Sonda Térmica: 10316400, con fecha de calibración 20 de julio de 2015. El Informe de Calibración impreso obra a fojas 26 y 27 del expediente.

Cabe precisar que el equipo TESTO AG/Testo 435-4 utilizó una sonda dotada de un hilo caliente que se introduce en el conducto de aire, según lo que refiere el hilo se podrá saber la velocidad de aire en el conducto. El caudal se obtendrá multiplicando la velocidad por la sección de la labor.

Adicionalmente, en el ítem 2 del Formato N° 11 “Cálculo de Cobertura en Labores Específicas” se detalló el método empleado para determinar el citado cálculo respecto de la labor minera Nv. - 255 CX_3923 NE, el cual se obtuvo de la siguiente manera:

- En primer lugar, se multiplicó la velocidad de aire de la labor por el área de la misma ($Q = A \times V$)²², dando como resultado el caudal (aire circulante expresado en m³/min) de **116 m³/min**.
- Luego, se estableció el requerimiento de aire considerando el número de equipos (3m³/min por cada HP) y trabajadores (3m³/min por hombre cuando las minas se encuentren hasta 1,500 m.s.n.m.)²³ que se encontraban presentes en la labor.

²¹ T.U.O. de la Ley N° 27444

Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

9. Presunción de licitud. - Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

²² Donde:

Q= Caudal de aire

A= Área de la labor

V= Velocidad del aire

²³ La unidad minera “Acumulación Condestable” se encuentra ubicada en el distrito de Mala, provincia de Cañete y departamento de Lima a una altitud de 32 m.s.n.m.

<http://munimala.gob.pe/distrito/ubicacion/>

En este caso, el requerimiento de aire para el equipo Jumbo Boomer J-11 de 78 HP es de 234 m³/min y para el personal 3 m³/min, obteniendo un caudal requerido total de **237 m³/min**.

- Finalmente, se determinó que la cobertura de aire (cantidad expresada en porcentaje) de acuerdo con el número de trabajadores y la potencia (HP) de los equipos con motores de combustión interna sólo era de **48.9%**.

De acuerdo a la información proporcionada durante la supervisión se pudo determinar objetivamente que existía un déficit de aire de 121 m³/min en la labor minera Nv. -255 CX_3923 NE. Por lo tanto, ha quedado acreditado que el método empleado para determinar la cobertura de aire fue detallado en el Formato N° 11 "Cálculo de Cobertura en Labores Específicas", el mismo que se encuentra suscrito por el representante de los trabajadores de CONDESTABLE y fue entregado en copia a esta.

En ese sentido, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente con relación a la falta de protocolo para realizar las mediciones, en tanto que las acciones de medición efectuadas durante la visita de supervisión generan certeza y veracidad de los resultados obtenidos, los cuales constituyen sustento probatorio suficiente para que se determinara si durante la supervisión se cumplió con las obligaciones dispuestas en los literales b) y e) del artículo 236° del RSSO.

Además, cabe precisar que la recurrente no ha adjuntado medios probatorios a lo largo del procedimiento para acreditar que en la visita de supervisión realizada del 6 al 9 de setiembre de 2015, las labores inspeccionadas por OSINEGMIN hayan obtenido resultados favorables en cuanto a la velocidad y cobertura de aire exigidas por en los literales antes citados.

En virtud de lo expuesto, ha quedado acreditado que el pronunciamiento de la primera instancia fue emitido respetando el ordenamiento jurídico aplicable en observancia del Principio de Licitud y Debido Procedimiento, por lo que no procede el archivo de los incumplimientos imputados, debiendo declararse infundado el recurso de apelación en estos extremos.

En cuanto a que las obligaciones deben evaluarse por criterios de Razonabilidad y Proporcionalidad

7. Sobre lo manifestado en el literal d) del numeral 2 de la presente resolución, se debe señalar que el Principio de Razonabilidad regulado en el numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444 establece que las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

En este caso, como ya se ha mencionado anteriormente, se imputó a CONDESTABLE lo siguiente:

- Infracción al literal e) del artículo 236° del RSSO: No cumplir con la velocidad mínima de aire de 20 m/min en las áreas de trabajo: Nv. +210, Polvorín Principal de Explosivos, cámara 3; Nv. +210, Polvorín Principal de Explosivos, cámara 2; Nv. +210, Polvorín Principal de Explosivos, cámara 4; Nv. +210, Polvorín Principal de Explosivos, cámara 1; Nv. -400, CX_4392_1; Nv. -255, TJ_3947 y Nv. -255, TJ_4202, y

- Infracción al literal b) del artículo 236° del RSSO: No mantener en el Nv. -255 CX_3923 NE una circulación de aire en cantidad suficiente de acuerdo con el número de trabajadores y la potencia (HP) de los equipos con motores de combustión interna, y con total de HP de los equipos con motores de combustión interna, ya que se obtuvo una cobertura de 48.9%.

En ese sentido, no se produjo vulneración del Principio de Razonabilidad, ya que en el presente procedimiento administrativo sancionador se han calificado como infracciones los incumplimientos antes citados, previstos en la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones aprobada por Resolución N° 286-2010-OS/CD, y no se ha exigido en modo alguno la observancia de una obligación no establecida en el supuesto normativo, sino la medida de precaución prevista por la propia norma que debe ser cumplida por los titulares mineros con la finalidad de que las actividades en las distintas labores mineras sean realizadas en condiciones de seguridad, para lo cual deberá garantizar una adecuada velocidad y cobertura de aire.

Además, conforme fue indicado en el numeral 5 de la presente resolución, 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 sean seguras, 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.

En efecto, en este caso, tal como se expuso anteriormente, durante la visita de supervisión realizada del 6 al 9 de setiembre de 2015, en las labores inspeccionadas se detectó la presencia de personal efectuando labores de perforación, el uso de maquinarias y el almacenamiento de explosivos, lo cual evidenció que se trataba de labores operativas que no estaban bloqueadas ni taponeadas, por lo tanto, resulta exigible una velocidad mínima de 20 m/min y una adecuada cobertura de aire por ser zonas de trabajo.

De acuerdo a lo expuesto, corresponde desestimar el recurso de apelación en este extremo.

Respecto a la falta de motivación de la resolución impugnada

8. En cuanto a lo sostenido en el literal e) del numeral 2 de la presente resolución, se debe indicar que de acuerdo a lo señalado en el numeral 6 de la presente resolución, se acreditó que CONDESTABLE incurrió en las infracciones a los literales b) y e) del artículo 236° del RSSO al no mantener en el Nv. -255 CX_3923 NE una circulación de aire en cantidad suficiente de acuerdo con el número de trabajadores y la potencia (HP) de los equipos con motores de combustión interna, y no cumplir con la velocidad mínima de aire de 20 m/min en las áreas de trabajo: Nv. +210, Polvorín Principal de Explosivos, cámara 3; Nv. +210, Polvorín Principal de Explosivos, cámara 2; Nv. +210, Polvorín Principal de Explosivos, cámara 4; Nv. +210, Polvorín Principal de Explosivos, cámara 1; Nv. -400, CX_4392_1; Nv. -255, TJ_3947 y Nv. -255, TJ_4202, respectivamente.

Sobre el particular, esta Sala verifica que en las páginas 5 a 16 de la resolución apelada, notificada a la administrada el 22 de noviembre de 2017, la GSM precisó los fundamentos que motivaron la determinación de responsabilidad de CONDESTABLE por la comisión de las infracciones antes citadas, detallando expresamente los medios probatorios que sustentaron su decisión, tales como: i) el Acta de Supervisión del 9 de setiembre de 2015; ii) el Formato N° 9 denominado "Medición de Velocidad de Aire – Temperatura – Humedad"; iii) el Formato N° 11 "Cálculo de Cobertura en Labores Específicas"; iv) el plan de avance de setiembre de 2015 y el programa

semanal de producción del 2 al 8 de setiembre de 2015; y, vi) las vistas fotográficas tomadas durante la visita.

Por lo tanto, la primera instancia emitió un pronunciamiento debidamente motivado, sustentando los fundamentos de hecho y de derecho por los cuales se determinó la responsabilidad administrativa de CONDESTABLE, no existiendo motivación aparente; cumpliendo el marco normativo aplicable y respetando los derechos que le asisten a la administrada, así como los principios del derecho administrativo.

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

Con relación a la falta de competencia de OSINERGMIN

9. Respecto a lo alegado en el literal f) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que de acuerdo al Principio de Debido Procedimiento establecido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, los administrados gozan de todos los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo que comprenden, entre otros, a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente. (Subrayado es nuestro)

Por su parte, 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 propia²⁴.

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 minera²⁵. 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 ley²⁶.

²⁴ 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.

²⁵ 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. (...)

²⁶ 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. (...)

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 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 ámbito²⁷.

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 OSINERGMIN²⁸.

Para corroborar lo antes descrito, a través del Decreto Supremo N° 088-2013-PCM publicado con fecha 10 de agosto de 2013, se aprobó el listado de funciones técnicas de 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 reglamentaria²⁹.

Acorde con lo anterior, el artículo 7° del RSFS establece que OSINERGMIN ejerce sus funciones de supervisión, fiscalización y sanción de las obligaciones legales y técnicas de seguridad de la

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.

²⁷ 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

Precítese 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.

²⁸ 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.

²⁹ Decreto Supremo N° 088-2013-PCM.

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

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

Anexo 2

SECTOR MINERO

Funciones Técnicas

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

- Obligaciones sobre seguridad de las actividades mineras.

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

infraestructura, las instalaciones y la gestión de seguridad de sus operaciones.

De esta manera, el ámbito de competencia de OSINERGMIN incluye la supervisión del cumplimiento de las obligaciones relacionadas a la ventilación en las labores mineras, en este caso, la observancia del parámetro de velocidad y cobertura de aire dispuesto en el RSSO, toda vez que están vinculados a obligaciones técnicas y de seguridad de las instalaciones (labores subterráneas). Por lo tanto, OSINERGMIN contaba con un respaldo normativo que establecía sus competencias para el ejercicio de las funciones de supervisión y fiscalización de las disposiciones legales y técnicas de seguridad vinculadas a la ventilación en la unidad minera "Acumulación Condestable". En ese sentido, la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador se ha realizado de conformidad con el Principio del Debido Procedimiento, no existiendo vicios que causen su nulidad y archivo.

Sin perjuicio de lo expuesto, es preciso resaltar que de acuerdo al artículo 1° y literal a) del artículo 6° del RSSO, dicho Reglamento tiene por objeto prevenir la ocurrencia de incidentes, accidentes y promover el desarrollo de una cultura preventiva de seguridad en la industria minera; lo que significa que todas sus disposiciones están orientadas a brindar protección a los trabajadores en su condición de persona, por lo que dicha finalidad no puede ser utilizada como elemento diferenciador de competencias, como pretende la apelante³⁰.

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

Sobre la solicitud de uso de la palabra

10. En cuanto a lo solicitado en el literal g) del numeral 2 de la presente resolución, se debe precisar que conforme al artículo 33° del RSFS, el agente supervisado puede solicitar el uso de la palabra al órgano sancionador o al órgano revisor. La denegatoria a dicha solicitud debe encontrarse debidamente motivada a fin de no vulnerar el derecho al debido procedimiento³¹.

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.³²

³⁰ RSSO

Artículo 1.- El presente reglamento tiene como objetivo prevenir la ocurrencia de incidentes, accidentes y enfermedades ocupacionales, promoviendo una cultura de prevención de riesgos laborales en la actividad minera. Para ello cuenta con la participación de los trabajadores, empleadores y el Estado, quienes velarán por su promoción, difusión y cumplimiento.

Artículo 6.- El presente reglamento tiene por finalidad fijar normas para:

a) El desarrollo de una cultura preventiva de seguridad y salud combinando el comportamiento humano con la preparación teórico práctica de sistemas y métodos de trabajo.

³¹ RSFS

"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."

³² 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. (...)"

Sobre el particular, cabe señalar que habiéndose revisado y analizado todos los actuados obrantes en el expediente, conforme se advierte de los considerandos expuestos precedentemente, esta instancia administrativa considera que ha contado con elementos de juicio suficientes para emitir su pronunciamiento sobre el presente caso, habiéndose señalado los motivos por los cuales se han desestimado los argumentos alegados por 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 los numerales 16.1 y 16.3 del artículo 16° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD y, toda vez que no obra en el expediente administrativo mandato judicial alguno al que este Tribunal deba dar cumplimiento,

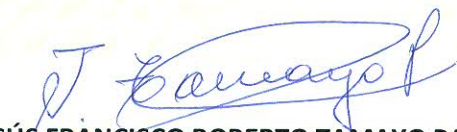
SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar que la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2051-2017 del 20 de noviembre de 2017 queda **FIRME** en el extremo referido a la infracción al literal a) del Rubro "Usos" del artículo 256° del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM, en virtud a las considerandos expuestos en el numeral 4 de la presente resolución.

Artículo 2°. - Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA CONDESTABLE S.A. contra la de Gerencia de Supervisión Minera N° 2051-2017 de fecha 20 de noviembre de 2017 y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus demás extremos.

Artículo 3°.- Declarar agotada la vía administrativa.

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


JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE