

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 012-2019-OS/TASTEM-S2

Lima, 08 de enero de 2019

VISTO:



El Expediente N° 201700162212 que contiene el recurso de apelación interpuesto por EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A., representada por el señor Manuel Ángel Martínez Silva, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2835-2018 de fecha 16 de noviembre del 2018, mediante la cual se le sancionó por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 2835-2018, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A., en adelante LOS QUENUALES, con una multa ascendente a 18.79 (dieciocho con setenta y nueve centésimas) UIT, por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM, en adelante RSSO, conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN			TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Al numeral 2 del literal e) del artículo 254¹ del RSSO.¹ Durante la supervisión en las operaciones subterráneas, se efectuó la medición de emisión de gases de monóxido de carbono (CO) por el tubo de escape de los equipos petroleros, los resultados obtenidos en los equipos señalados exceden el límite de 500 ppm exigido por el RSSO:			Numeral 2.1.11 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD ²	3.07 UIT
Equipo	Medición de CO (ppm)	Ubicación del equipo		
Dumper D-03-Simareg	631	GI Principal Nv 800		
Camión Ctta-Simareg APN 776	2317	Rp 693 Nv 1900		



¹ RSSO

"Artículo 254°. - En las labores mineras subterráneas donde operan equipos con motores petroleros deberá adoptarse las siguientes medidas de seguridad:

(...)

e) Las operaciones de los equipos a petróleo se suspenderán, prohibiendo su ingreso a labores de mina subterránea en los siguientes casos:

2. Cuando la emisión de gases por el escape de dicha máquina exceda de quinientos (500) ppm de monóxido de carbono o de cien (100) ppm de dióxido de nitrógeno, medidos en las labores subterráneas donde desarrollen sus actividades.

(...)"

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

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

Rubro B – Incumplimiento de disposiciones y normas técnicas de seguridad minera.

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

2.1. En concesiones mineras.

2.1.11. Ventilación.

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

Sanción: Hasta 400 UIT.

Al numeral 3 del artículo 249° del RSSO.³

Durante la supervisión se verificó que los ventiladores principales siguientes no están provistos de sus respectivos silenciadores.

Código	Capacidad (CFM)	Ubicación
VT 200-01	200,000	Nv. H0 Troncal San Juan
VT 100-01	100,000	Nv. H3 Troncal IV
VT 100-08	100,000	Nv. H3 OP 9
VT 100-09	100,000	Nv. H3 Troncal IV
VT 100-10	100,000	Nv. H2 Troncal IV

Numeral 2.1.11 del
Rubro B del Anexo de
la Resolución de
Consejo Directivo N°
039-2017-OS/CD⁴

15.72 UIT

TOTAL

18.79 UIT⁵

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- Durante los días 21 al 26 de agosto de 2017 se efectuó una visita de supervisión a la unidad minera "Acumulación Yauliyacu" de titularidad de LOS QUENUALES⁶, a cargo de los supervisores de Osinergmin.
 - A través del Oficio N° 1645-2018 notificado a LOS QUENUALES el 12 de junio de 2018, que obra a fojas 36 del expediente, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.
 - Por escrito presentado el 21 de junio de 2018, registrado por Osinergmin en el Expediente N° 201700162212, LOS QUENUALES presentó sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador y solicitó el uso de la palabra.
 - Con Oficio N° 404-2018-OS-GSM notificado el 28 de agosto de 2018 se citó a LOS QUENUALES a la audiencia de informe oral, la cual se llevó a cabo el 7 de septiembre del 2018 con la presencia de los representantes de la citada empresa.
 - Mediante el Oficio N° 405-2018-OS-GSM notificado el 28 de agosto de 2018, se remitió a LOS QUENUALES el Informe Final de Instrucción N° 1767-2018.
 - Por escrito presentado el 6 de septiembre de 2018, registrado por Osinergmin en el Expediente N° 201700162212, LOS QUENUALES remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción.
2. Mediante escrito presentado el 12 de diciembre del 2018, registrado por Osinergmin en el Expediente N° 201700162212, LOS QUENUALES interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 2835-2018, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

³ RSSO

"Artículo 249°. - Se tomarán todas las providencias del caso para evitar la destrucción y paralización de los ventiladores principales. Dichos ventiladores deberán cumplir las siguientes condiciones: (...)

3. Estar provistos de silenciadores para minimizar los ruidos en áreas de trabajo o en zonas con poblaciones donde puedan ocasionar perjuicios en la salud de las personas."

⁴ Ver pie de página N° 2.

⁵ Cabe precisar que para la determinación y graduación de las sanciones se consideró los criterios, metodología y la probabilidad de detección que fueron aprobados por la Resolución de Gerencia General N° 256-2013. Asimismo, se aplicó lo dispuesto en el artículo 25° de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

⁶ La Unidad Minera "Acumulación Yauliyacu" se encuentra ubicada en el distrito de Chicla, provincia de Huarochirí y departamento de Lima.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Con relación a la vulneración del Principio de Causalidad.

- a) El Principio de Causalidad regulado en el numeral 8 del artículo 246° de la Ley N° 27444 establece que la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.⁷

Al respecto, manifiesta que los vehículos identificados como Dumper D-03-Simareg y camión Ctta-Simareg APN 776 no son de su propiedad y no ejerce control directo sobre los mismos, más bien estaban en posesión y forman parte de la flota de equipos de la empresa contratista SIMAREG.

Precisa que terceras empresas le prestan servicios con sus propios recursos para el desarrollo de sus actividades y dichos vehículos son parte del servicio.

Además, el incumplimiento de las disposiciones del RSSO también resulta exigibles a las empresas antes indicadas de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3° del RSSO.

En tal sentido, señala que se habría vulnerado el Principio de Causalidad toda vez que se le sancionó por hechos u omisiones de terceros; por lo tanto, corresponde declarar la nulidad de la resolución impugnada por la supuesta infracción al numeral 2 del literal e) del artículo 254° del RSSO.

Respecto a la vulneración del Principio de Tipicidad.

- b) De acuerdo al Principio de Tipicidad regulado en el numeral 4 del artículo 246° del RSSO las obligaciones cuyo incumplimiento genere una infracción deben estar previstas de manera expresa e inequívoca y los hechos imputados deben encuadrar en la tipificación correspondiente.

Ahora bien, en el numeral 3 del artículo 249° del RSSO se ha establecido lo siguiente:

“Artículo 249.- Se toman todas las providencias del caso para evitar el deterioro y paralización de los ventiladores principales. Dichos ventiladores deben cumplir la siguiente condición:

(...)

*3. Estar provistos de silenciadores para **minimizar los ruidos en áreas de trabajo o en zonas con poblaciones** donde puedan ocasionar perjuicios en la salud de las personas”.* (negrita agregado por la administrada)

⁷ El Ministerio de Justicia en su Guía Práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador, señala lo siguiente:

“En aplicación del principio de causalidad, la sanción debe recaer en el administrado que realizó la conducta tipificada como infracción administrativa.

La doctrina nacional señala que este principio involucra el principio de personalidad de las sanciones, por el cual la asunción de la responsabilidad corresponde a quien incurrió en la conducta prohibida por ley, y, por tanto, no se puede hacer responsable a una persona por un hecho ajeno, sino solo por los propios. Asimismo, implica que para la aplicación de la sanción resulta condición indispensable que la conducta del administrado satisfaga una relación de causa-efecto respecto del hecho considerado infracción; y que, además, haya sido idónea para producir la lesión y no tratarse de los casos de fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado.”

Juan Carlos Morón Urbina señala lo siguiente con respecto al Principio de Causalidad:

“(…) la Administración no puede hacer responsable a una persona por un hecho ajeno, sino solo por los propios. Conforme a este principio resultará condición indispensable para la aplicación de cualquier sanción a un administrado que su conducta satisfaga una relación de causa adecuada al efecto, esto es, la configuración del hecho previsto en el tipo como sancionable. (...) No puede sancionarse a quien no realiza la conducta sancionable (...) A falta de norma, en nuestro derecho ha sido introducido jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional como una exigencia para ejercer legítimamente la potestad sancionadora.”



En dicho contexto, LOS QUENUALES manifiesta que sus ventiladores principales se encuentran a más de 1km de las zonas pobladas y a 500m en horizontal de las zonas en operación, sin perjudicar la salud de las personas.

Asimismo, los ventiladores situados en la Troncal IV, RB 9 y Troncal San Juan están ubicados en la ladera del cerro Yauliyacu, por lo que el sonido está mitigado por los cerros laterales en un radio de 500 metros.

Además, en la zona poblada solo se percibe el ruido del viento y de los vehículos; mas no de los ventiladores principales.

Aunado a ello, señala que todo trabajo que se realiza en ventiladores y/o troncales principales es sin energía; es decir, con los ventiladores apagados.

En tal sentido, se advierte que la imputación efectuada a la administrada no se encuentra prevista en el numeral 3 del artículo 249° del RSSO, pues no se cuenta con áreas de trabajo o zonas con poblaciones cercanos a los ventiladores principales.

En consecuencia, se debe declarar la nulidad de la resolución impugnada en este extremo por haberse vulnerado el Principio de Tipicidad.

En cuanto a la aplicación de la eximente de responsabilidad para la infracción al numeral 2 del literal e) del artículo 254° del RSSO.



- c) Señala que primera instancia no aplicó la condición eximente de responsabilidad prevista en el literal f) del artículo 255° del T.U.O. de la Ley N° 27444, a pesar de que la empresa contratista SIMAREG subsanó la presente infracción con anterioridad a la fecha de notificación de la imputación de cargos.

En efecto, mediante el “Informe complementario de observaciones” informó a Osinergmin que SIMAREG subsanó la infracción, antes del 06 de junio del 2018 (fecha en la cual se inició el presente procedimiento).

Como medida inicial el 23 de agosto del 2017 SIMAREG retiró de las operaciones mineras al Dumper N° 3 y fue dado de baja el 25 de agosto del 2017. Ello se encuentra acreditado con el acta de baja y el cargo de salida del equipo.

De igual forma, retiró de las operaciones mineras el camión de placa APN-776 a fin de trasladarlo a la ciudad de Lima para que se realice el mantenimiento correctivo. Posteriormente, el 25 de agosto del 2017 realizó una nueva medición de emisión de gases dando como resultado 468ppm de CO lo cual se encuentra dentro del límite máximo permisible (adjunta fotografías del monitoreo de gases y la copia del certificado de calibración del equipo Msi EM200E).

Finalmente, el 25 de septiembre del 2017 dio de baja al camión de placa APN-776 por otras condiciones mecánicas, conforme consta en el cargo de salida del equipo que adjunta.



De acuerdo a lo expuesto, correspondía que se le exima de su responsabilidad por la presente infracción; no obstante, la GSM no lo hizo en virtud de lo dispuesto en el literal h) del numeral 15.3 del artículo 15° de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2016-OS/CD.

Sobre el particular, indica que mediante el Decreto Legislativo N° 1272 publicado el 21 de septiembre del 2016 se modificó la Ley N° 27444, disponiéndose en el artículo 255° del T.U.O. de la citada ley que constituye eximente de responsabilidad la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos.

Asimismo, en el numeral 5 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, se encuentra regulado el Principio de Irretroactividad que establece que las disposiciones sancionatorias producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, en lo referido a la tipificación de la infracción, sanción y plazos de prescripción.⁸

De acuerdo con el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la mencionada norma, las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente ley.

En el mismo sentido, de acuerdo al artículo 245° de dicha ley las disposiciones que contiene se aplican con carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales, incluyendo los tributarios, en los que deben observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 246°. Los procedimientos especiales no pueden imponer condiciones menos favorables a los administrados.

En dicho contexto, indica que no se pueden establecer limitaciones a los eximentes de responsabilidad previstos en el artículo 255° del T.U.O. de la Ley N° 27444, pues ello supondría imponer condiciones menos favorables a los administrados. Además, una norma reglamentaria no puede contradecir una norma con rango de ley.



Además, señala que el TASTEM aplicó el eximente de responsabilidad previsto en el literal f) del artículo 255° del T.U.O. de la Ley N° 27444 en las Resoluciones N° 004-2017-OS/TASTEM-S2 y N° 011-2017-OS/TASTEM-S2 del 10 y 16 de enero del 2017 respectivamente.

Por lo tanto, en aplicación del principio de igualdad corresponde aplicar en el presente caso dicho eximente y disponer el archivo de la presente infracción, pues como ya se indicó la empresa SIMAREG subsanó la infracción antes del inicio del procedimiento sancionador.

Precisa, que no reconoce haber cometido la infracción al numeral 2 del literal e) del artículo 254° del RSSO.

Con respecto a la procedencia de la eximente de responsabilidad para la infracción al numeral 3 del artículo 249° del RSSO.

- d) La recurrente indica que, como parte del proceso de mejora continua, instaló 2 silenciadores a los ventiladores principales de la Troncal IV: VT-100-09 y VT-100-01, ambos de 100,000 CFM.

⁸ Juan Carlos Morón Urbina ha señalado que la aplicación práctica del principio de retroactividad benigna en materia administrativo sancionador implica que, si luego de la comisión de un ilícito administrativo según la ley preexistente, se produce una modificación legislativa, y la nueva ley en su consideración integral-es más favorable para el administrado, se debe aplicar al caso así no haya estado vigente al momento de su calificación por la autoridad administrativa.



Concluida la instalación realizó la medición del nivel de ruido con todos los ventiladores encendidos de la Troncal IV dando como resultado las siguientes mediciones: 105.6, 91.9 y 94 decibeles.

En tal sentido, señala que cumplió con las condiciones para subsanar la infracción al numeral 3 del artículo 249° del RSSO; por lo tanto, se le debe aplicar el eximente de responsabilidad dispuesto en el artículo 255° de la Ley N° 27444.

Con relación al cálculo de la multa y la vulneración del Principio de Razonabilidad.

- e) La administrada manifiesta que para determinar la multa se consideró costos muy elevados desconociendo los criterios que se derivan del Principio de Razonabilidad regulado en el numeral 3 del artículo 246° de la Ley N° 27444.

Para sustentar ello se ampara en el cuadro comparativo que adjuntó a su escrito de descargos al Informe Final de Instrucción, en donde se aprecia los costos calculados por primera instancia y por la recurrente.

Asimismo, en la copia de cotización de la empresa Aitec S.A. de silenciadores, en el cuadro de determinación de costo horario de equipos y en la copia de ocho boletas de pago de remuneraciones de sus trabajadores, documentos que obran como anexos N° 2, 3 y 4 en su escrito de descargos al Informe Final de Instrucción.



Además, señala que el valor promedio de remuneraciones contenido en el Salary Pack elaborado por la empresa Price Waterhouse Coopers (PWC) abarca el promedio del mercado peruano lo que significa que toma como referencia valores y costos de la Gran Minería.

Sin embargo, su costo de mano de obra y adquisición de herramientas puede variar con respecto al promedio del mercado peruano lo cual acredita con las facturas y boletas que maneja en donde se observan los valores que se ajustan a la realidad.

No obstante, la GSM de manera arbitraria rechazó dichos documentos al momento de emitir la resolución impugnada transgrediendo el Principio de Razonabilidad. Por lo tanto, se debe declarar la nulidad de dicha resolución.

Sobre la solicitud de uso de la palabra y la posibilidad de ampliar sus argumentos del recurso de apelación.

- f) De acuerdo a lo establecido en el artículo 170° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, se reserva su derecho a ampliar los argumentos expuesto en su recurso de apelación. Asimismo, de conformidad con el artículo 33° del Reglamento aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD, solicita se le conceda el uso de la palabra.
3. A través del Memorándum N° GSM-506-2018, recibido el 19 de diciembre de 2018, la Gerencia de Supervisión Minera remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Con relación a la vulneración del Principio de Causalidad.

4. Respecto a lo manifestado en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, de acuerdo con el Principio de Causalidad, regulado en el numeral 8 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable⁹.

Así pues, el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, establece que los titulares mineros deben cumplir con las obligaciones de seguridad en el trabajo establecidas en dicho cuerpo normativo y las disposiciones reglamentarias. De igual manera, el literal I) del artículo 101° de la citada norma establece que el incumplimiento de las obligaciones por parte de los titulares mineros conlleva la imposición de sanciones¹⁰.

Por su parte, el artículo 209° del Decreto Supremo N° 014-92-EM, establece que las personas naturales o jurídicas dedicadas a las actividades de la industria minera, tienen la obligación de proporcionar las condiciones de seguridad en el trabajo establecidas por la citada Ley y demás disposiciones reglamentarias¹¹.

Además, de acuerdo a lo establecido en el artículo 3° del RSSO, toda persona natural o jurídica, pública o privada, que realiza actividades mineras y actividades conexas con personal propio o de terceros en sus ambientes de trabajo, está obligada a dar cumplimiento a todas sus disposiciones¹². Por lo tanto, es deber jurídico del titular minero el cumplimiento efectivo de la normativa de seguridad minera conforme al RSSO, lo que no puede ser trasladado a la contratista.

En ese orden de ideas, se debe señalar que la responsabilidad administrativa del titular minero no se elude ni disminuye por el incumplimiento de las empresas que le presten servicios, pues existe siempre el deber de vigilancia en su calidad de titular minero, que lo hace responsable ante los resultados de la inobservancia de la normativa vigente. Por consiguiente, no se vulneró el Principio de Causalidad.

Ahora bien, el inciso 11 del artículo 37° y el artículo 216° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM¹³, regulan la responsabilidad

⁹ 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:

(...)

8. Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

(...)"

¹⁰ T.U.O. de la Ley General de Minería

"Artículo 101.- Son atribuciones de la Dirección General de Minería, las siguientes:

(...)

I) Imponer sanciones y multas a los titulares de derechos mineros que incumplan con sus obligaciones o infrinjan las disposiciones señaladas en la presente Ley, su Reglamento y el Código de Medio Ambiente.

(...)"

¹¹ T.U.O. de la Ley General de Minería

"Artículo 209.- Las personas naturales o jurídicas dedicadas a las actividades de la industria minera, tienen la obligación de proporcionar las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo establecidas por la presente Ley y disposiciones reglamentarias"

¹² 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"

¹³ T.U.O. de la Ley General de Minería

solidaria del titular minero y la contratista minera en caso esta última realice trabajos propios para la explotación de la concesión minera por cuenta del titular y esté inscrita en la Dirección General de Minería.



Asimismo, esta entidad 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 Públicos¹⁴ y el artículo 3° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin¹⁵, mediante el RSFS publicado en el diario oficial El Peruano el 18 de marzo de 2017, estableció disposiciones de obligatorio cumplimiento para el propio Osinergmin, las Empresas Supervisores y los Agentes Supervisados, en el marco de las funciones supervisora, fiscalizadora y sancionadora, bajo competencia de este Organismo Regulador.

En este sentido, los numerales 23.2 y 23.3 del artículo 23° del citado Reglamento señalan lo siguiente:

*“Artículo 23.- Determinación de responsabilidad
(...)”*

23.2 Sin perjuicio de lo señalado en el numeral 23.3, la responsabilidad administrativa bajo competencia de Osinergmin 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 dicho contexto, de acuerdo a lo previsto en el RSFS que es acorde con lo establecido en la Ley General de Minería, 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, en el presente procedimiento corresponde a LOS QUENUALES.

“Artículo 37.- Los titulares de concesiones, gozan de los siguientes atributos:

11. A contratar la ejecución de los trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio, con empresas especializadas inscritas en la Dirección General de Minería”

“Artículo 216.- 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”

¹⁴ 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.”

¹⁵ 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.”

- 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 y se encuentren inscritas en el Registro correspondiente.



Por lo tanto, de acuerdo a la interpretación sistemática de las normas citadas, corresponde evaluar si en el presente procedimiento administrativo sancionador se habría configurado los supuestos para determinar la responsabilidad solidaria de SIMAREG.

Al respecto, como bien lo indicó la GSM en la resolución impugnada, no corresponde imputar responsabilidad solidaria a SIMAREG por cuanto no se suscitó un accidente mortal en el presente caso por las infracciones que se cometió.¹⁶

En tal sentido, su afirmación respecto a que los vehículos identificados como Dumper D-03-Simareg y camión Ctta-Simareg APN 776 no son de su propiedad, sino de la empresa SIMAREG, no desvirtúa o disminuye la responsabilidad administrativa de la apelante por el incumplimiento al numeral 2 del literal e) del artículo 254° del RSSO, pues, a efectos de la configuración del ilícito administrativo imputado, resulta indistinto si la propiedad de los citados vehículos corresponde a LOS QUENUALES o SIMAREG.

Por lo tanto, se procede a desestimar este extremo del recurso de apelación.

Respecto a la vulneración del Principio de Tipicidad.

5. Con relación a lo indicado en el literal b) del numeral 2 de la presente resolución, se debe indicar que el Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 246° de la Ley N° 27444, dispone que sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria¹⁷.



Ahora bien, el numeral 3 del artículo 249° del RSSO establece expresamente lo siguiente:

"Artículo 249°. - Se tomarán todas las providencias del caso para evitar la destrucción y paralización de los ventiladores principales. Dichos ventiladores deberán cumplir las siguientes condiciones: (...)

3. Estar provistos de silenciadores para minimizar los ruidos en áreas de trabajo o en zonas con poblaciones donde puedan ocasionar perjuicios en la salud de las personas."

¹⁶ <http://www.minem.gob.pe/detalle.php?idSector=1&idTitular=4019&idMenu=sub150&idCateg=832>

La empresa de Servicios Mineros y mantenimiento general SIMAREG S.R.L. se encuentra inscrita en el Registro de Empresas Contratistas Mineras de la Dirección General de Minería para las actividades de desarrollo y explotación.

¹⁷ Ley N° 27444

"Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

4. Tipicidad. - Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria. A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda. En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras".



El incumplimiento a esta obligación se encuentra tipificado en el numeral 2.1.11 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD. En tal sentido, la infracción se comete cuando el titular minero cuenta con ventiladores principales que no están provistos de silenciadores para minimizar los ruidos en áreas de trabajo o en zonas con poblaciones donde puedan ocasionar perjuicio en la salud de las personas.

Cabe precisar que la norma no establece como condición para instalar el silenciador que el ventilador tenga que estar alejado de las áreas de trabajo o de las zonas con poblaciones, sino que establece que los ventiladores deben tener silenciadores y ello con la finalidad de minimizar los ruidos en áreas de trabajo o en zonas con poblaciones; es decir, generar condiciones de operación seguras en el desarrollo de cualquier actividad en la unidad minera.

Por consiguiente, dicha obligación es exigible mientras los ventiladores se encuentren operativos, independientemente del lugar en donde estén ubicados.

En dicho contexto, se debe indicar que durante la supervisión realizada del 21 al 26 de agosto del 2018 se constató que los ventiladores materia de imputación se encontraban operativos y no estaban provisto de sus respectivos silenciadores, conforme se puede observar en las fotografías N° 15, 16, 17, 18 y 19 (obrantes de fojas 10 a 11 del expediente) y en el inventario de ventiladores (obrante de fojas 8 reverso a 9 del expediente).

En tal sentido, de la revisión del Oficio N° 1645-2018 mediante la cual se inició el presente procedimiento administrativo sancionador a la apelante, así como de la lectura de los numerales 2.1 y 4.2 de la resolución impugnada, se observa que la conducta imputada fue la siguiente:



Durante la supervisión se verificó que los ventiladores principales siguientes no están provistos de sus respectivos silenciadores:

Código	Capacidad (CFM)	Ubicación
VT 200-01	200,000	Nv. H0 Troncal San Juan
VT 100-01	100,000	Nv. H3 Troncal IV
VT 100-08	100,000	Nv.H3 OP 9
VT 100-09	100,000	Nv. H3 Troncal IV
VT 100-10	100,000	Nv. H2 Troncal IV

Así pues, se tiene que LOS QUENUALES cuenta con cinco (5) ventiladores principales que no están provistos de silenciadores para minimizar el ruido, hecho que se subsume en el tipo infractor por el cual se le sancionó.

Por lo tanto, dado que no se vulneró el Principio de Tipicidad corresponde desestimar este extremo de la apelación.

En cuanto a la aplicación de la eximente de responsabilidad para la infracción al numeral 2 del literal e) del artículo 254° del RSSO.

- Respecto a lo señalado en el literal c) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que mediante el Decreto Legislativo N° 1272 publicado el 21 de diciembre de 2016, se modificó la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, disponiéndose en el artículo 255° del T.U.O. de la mencionada Ley, que constituye una condición eximente de la responsabilidad por



infracción la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253° del mencionado T.U.O.¹⁸.

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

Es así que Osinergmin, en ejercicio de sus funciones normativas, dispuestas por el inciso c) del artículo 3° de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos¹⁹ y el artículo 3° de la Ley N° 27699 - Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin²⁰, a través del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado en Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, en adelante el RSFS ha regulado los incumplimientos que no son pasibles de subsanación voluntaria, considerando para ello las características y naturaleza de las obligaciones exigidas y su condición de normas de orden público conforme a la normativa vigente.

De acuerdo a ello, en el literal h) del numeral 15.3 del artículo 15° del RSFS²¹, Osinergmin ha dispuesto que no son pasibles de subsanación aquellos incumplimientos relacionados con procedimientos o estándares de trabajo calificados como de alto riesgo, normas que establecen parámetros de medición, límites o tolerancias, tales como, normas de control de calidad, control metrológico, peso neto de cilindros de GLP, parámetros de aire o emisión, existencias, entre otros. (Subrayado agregado)



Es el caso, del incumplimiento al numeral 2 del literal e) del artículo 254° del RSSO, materia de imputación en el presente procedimiento, el cual está vinculado al monitoreo de agentes químicos en motores petroleros en las labores mineras. En ese sentido, tal como expuso la GSM en la resolución impugnada, la medición refleja una condición única cuyo resultado es inmediato (registro de hora), por lo que una nueva medición, posterior a la verificada durante la supervisión, reflejará una condición de emisión de gases de los equipos de motores petroleros distinta que no

¹⁸ T.U.O. de la Ley N° 27444

Artículo 255.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

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

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

¹⁹ 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 exclusiva de dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas 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; (...)"

²⁰ 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."

²¹ Resolución N° 040-2017-OS/CD

"Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción

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

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



subsana el “defecto” (incumplimiento del parámetro de emisión de monóxido de carbono por el escape de equipos con motores petroleros) detectado durante la supervisión del 21 al 26 de agosto de 2017, tal como se verifica en el Formato “Medición de Emisión de Gases de Equipos con Motores Petroleros”, que obra a fojas 5 del expediente, el cual fue suscrito por los representantes de LOS QUENUALES.

Pues bien, conforme lo señalado por la GSM, el RSSO ha fijado un parámetro legal de emisión de monóxido de carbono (CO) por el escape de equipos con motores petroleros que no debe exceder de quinientos (500) ppm. Dicho parámetro constituye una norma de orden público, de manera que el desarrollo de actividades mineras que no respete el mismo se encuentra prohibido, por lo que admitir su incumplimiento -tolerancia de dicho parámetro- atenta contra la finalidad misma.

En efecto, el parámetro legal exigido por el RSSO es una condición mínima de seguridad cuyo cumplimiento obligatorio y constante, pues tiene como finalidad garantizar el desarrollo de las actividades mineras en interior mina, que incluye espacios confinados (labores ciegas) calificados como de alto riesgo, en las cuales no es admisible la operación de equipos petroleros que excedan quinientos (500) ppm de monóxido de carbono por los escapes de estos y la falta de aire limpio.

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



De otro lado, cabe precisar que el Principio de Irretroactividad contenido en el numeral 5 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, alcanza únicamente a las disposiciones referidas a la tipificación de la infracción, la sanción y plazos de prescripción; aspectos que no son materia del RSFS, por lo que no resulta procedente alegar la aplicación del referido principio.

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

En efecto, de acuerdo a lo señalado en el numeral 5.1 de la resolución recurrida, se advierte que la GSM consideró lo dispuesto en el inciso g.3) del literal g) del numeral 25.1 del artículo 25° del RSFS²², el cual establece que para los supuestos indicados en el numeral 15.3 del artículo 15° (incumplimientos no pasibles de subsanación), constituye un factor atenuante la realización de acciones correctivas, debidamente acreditadas por parte del Agente Supervisado, para cumplir con la obligación infringida hasta la presentación de los descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador. En estos casos, el factor atenuante será de -5%.

Por lo tanto, se aplicó el citado atenuante sobre la multa base, toda vez que LOS QUENUALES mediante escrito del 28 de septiembre del 2017, informó las acciones correctivas realizadas en los equipos con motores petroleros que excedían los quinientos (500) ppm de monóxido de carbono.

²² Resolución N° 040-2017-OS/CD

Artículo 25.- Graduación de multas

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

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

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

7. De otro lado, se debe indicar que tal como ha sido sustentado por la GSM en la resolución impugnada, las Resoluciones N° 004-2017-OS/TASTEM-S2 y N° 011-2017-OS/TASTEM-S2 del 10 y 16 de enero de 2017 respectivamente, fueron emitidas de acuerdo a la normativa vigente al momento de resolver los procedimientos administrativos sancionadores vinculados a las mismas, periodo en el cual aún no se encontraba vigente el RSFS.



Sin embargo, en este caso y de acuerdo a la evaluación realizada por la GSM, en la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador correspondía la aplicación de lo dispuesto por el RSFS, el cual establece expresamente en el literal h) del numeral 15.3 del artículo 15° que no son pasibles de subsanación aquellos incumplimientos relacionados con procedimientos o estándares de trabajo calificados como de alto riesgo, normas que establecen parámetros de medición, límites o tolerancias, tales como, normas de control de calidad, control metroológico, peso neto de cilindros de GLP, parámetros de aire o emisión, existencias, entre otros. (Subrayado agregado)

Así pues, el incumplimiento al numeral 2 del literal e) del artículo 254° del RSSO se encuentra dentro de dicho supuesto, al estar relacionado a los parámetros de emisión de monóxido de carbono (CO) de los equipos petroleros que ingresan a las labores mineras.

Asimismo, corresponde agregar que según el artículo VI del T.U.O. de la Ley N° 27444, los actos administrativos que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria para la entidad al momento de resolver un caso particular. Para ello, dichos actos deberán ser publicados conforme a las reglas establecidas para dichos fines. En ese sentido, cabe precisar que las Resoluciones N° 004-2017-OS/TASTEM-S2 y N° 011-2017-OS/TASTEM-S2 no han sido constituidas como precedentes administrativos de observancia obligatoria.

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



En consecuencia, se advierte que el procedimiento especial aplicable por Osinergmin, desarrollado mediante el RSFS, ha respetado las disposiciones contenidas en el T.U.O. de la Ley N° 27444, no disponiendo ninguna condición menos favorable para los administrados, por lo que el pronunciamiento de la primera instancia fue emitido cumpliendo el marco normativo aplicable y atendiendo a la naturaleza de los incumplimientos materia de imputación, no habiéndose configurado causal alguna para declarar la nulidad de la resolución impugnada, ni el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador. En ese sentido, se debe declarar infundado el recurso de apelación en estos extremos.

Con respecto a la procedencia de la eximente de responsabilidad para la infracción al numeral 3 del artículo 249° del RSSO.

8. En cuanto a lo sostenido en el literal d) del numeral 2 de la presente resolución, cabe precisar que la infracción al numeral 3 del artículo 249° del RSSO, no se encuentra dentro de los supuestos que no son pasibles de subsanación previsto en el numeral 15.3 del artículo 15° del RSFS.



Ahora bien, se tiene que el defecto a ser subsanado es la falta de silenciadores, conforme lo exige el RSSO, lo cual se debe realizar con anterioridad a la notificación del inicio del procedimiento administrativo sancionador a fin aplicar el eximente de responsabilidad regulado en el artículo 255° del T.U.O. de la Ley N° 27444 concordante con el artículo 15° del RSFS.²³

En caso se subsane la infracción con posterioridad al inicio del procedimiento sancionador corresponde aplicar el factor atenuante previsto en el inciso g.2) del literal g) del numeral 25.1 del artículo 25° del RSFS²⁴.

Al respecto, la recurrente manifiesta que instaló silenciadores de 100,000cfm a los ventiladores principales de la Troncal IV: VT-100-09 y VT-100-01, conforme al escrito que presentó el 21 de junio de 2018, que obra de fojas 40 a 59 del expediente. (subrayado agregado)

El presente procedimiento, se le inició a LOS QUENUALES el 12 de junio del 2018 con la notificación del Oficio N° 1654-2018 mediante el cual se le imputó lo siguiente:

“Durante la supervisión se verificó que los ventiladores principales siguientes no están provistos de sus respectivos silenciadores.

Código	Capacidad (CFM)	Ubicación
VT 200-01	200,000	Nv. H0 Troncal San Juan
VT 100-01	100,000	Nv. H3 Troncal IV
VT 100-08	100,000	Nv.H3 OP 9
VT 100-09	100,000	Nv. H3 Troncal IV
VT 100-10	100,000	Nv. H2 Troncal IV

Así pues, la recurrente no instaló silenciadores a cinco ventiladores principales, incumpliendo lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 249° del RSSO.

No obstante, se advierte que con posterioridad al inicio del procedimiento sancionador instaló silenciadores de 100,000cfm a los ventiladores con códigos VT 100-01 y VT 100-09. Por lo tanto, corresponde aplicar el factor atenuante de -5% en el cálculo de la multa solo con respecto a los ventiladores mencionados, lo cual no realizó la GSM en la resolución impugnada²⁵.

Por consiguiente, se efectuará el recalcule de la multa en dicho extremo en el numeral 9 de la presente resolución.

²³ Ver pie de página N° 18.

Resolución N° 040-2017-OS/CD

“Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción

15.1 La subsanación voluntaria de la infracción solo constituye un eximente de responsabilidad cuando se verifique que los incumplimientos detectados fueron subsanados antes del inicio del procedimiento sancionador.

(...)”

²⁴ Resolución N° 040-2017-OS/CD

Artículo 25.- Graduación de multas

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

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

g.2) La subsanación voluntaria de la infracción con posterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador. (...)”

²⁵ De la revisión de la resolución de sanción se advierte que en el numeral 5.2 se determinó el cálculo de la multa para la presente infracción, considerando la metodología del costo postergado con relación a los ventiladores con códigos VT 100-01 y VT 100-09 dado que LOS QUENUALES informó que instaló silenciadores a dichos ventiladores mediante escrito de fecha 21 de junio del 2018. Y se aplicó la metodología del costo evitado para los otros tres ventiladores debido a que no se realizó ninguna inversión.





Sin perjuicio de lo señalado, cabe precisar que no ha sido materia de imputación el cumplimiento de los niveles de exposición máxima de ruidos, disposición que no es objeto de supervisión de Osinergmin, sino la falta de silenciadores en los ventiladores principales, por lo que, al no guardar relación con la presente infracción, no desvirtúan la misma ni eximen de responsabilidad a LOS QUENUALES.

Con relación al cálculo de la multa y la vulneración del Principio de Razonabilidad.

9. En cuanto a lo indicado en el literal e) del numeral 2 de la presente resolución, la recurrente cuestiona el hecho que se haya tomado como referencia los valores del Salary Pack.

Sobre dicho aspecto, debe tomarse en cuenta que los costos asociados al personal de mano de obra y especialistas encargados se vinculan al sueldo que éstos perciben, esto es, información que no se encuentra regulada por ningún dispositivo legal, documento público o fuente de Derecho alguno; motivo por el cual, tratándose de un elemento no establecido por el ordenamiento jurídico, resultó necesario recurrir a información objetiva de mercado que determine su valor.

Es así que, Osinergmin tomó como referencia al “Salary Pack” el cual es un documento elaborado por la empresa PRICE WATERHOUSE COOPERS (PwC) S.R.L., que recoge los estudios de sueldos y salarios anuales de los principales sectores económicos del país, expresados en nuevos soles. Dicho instrumento se realiza en función a información proporcionada por más de 300 (trescientas) empresas nacionales e internacionales y más de 700 (setecientos) puestos de trabajo entre posiciones corporativas, de empleados y obreros, por lo que refleja información objetiva del mercado. A partir de la información proporcionada por dicho estudio se estimó el valor del costo evitado por concepto de mano de obra.



Dicho documento de PwC, constituye una fuente objetiva, que es de público conocimiento, por lo que es previsible, siendo un buen factor referente para los administrados.

De acuerdo a lo señalado, la utilización del “Salary pack” responde a las exigencias del Principio de Razonabilidad y el requisito de debida motivación, toda vez que ante la ausencia de regulación expresa sobre los sueldos del personal involucrado se utilizó información objetiva y verificable proveniente de un estudio de mercado para respaldar el cálculo de las multas impuestas, las cuales fueron fijadas dentro del rango previsto en el numeral 2.1.11 del Rubro B de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD.

Ahora bien, para el cálculo de la multa la GSM consideró lo siguiente:

- Con respecto a la infracción N° 1, la empresa no incurrió en los siguientes costos para evitar que los equipos petroleros Dumper D-03-Simareg y Camión Ctta-Simareg APN 776 excedan los 500 ppm.

Costo de materiales: filtro de aire, filtro de aceite, filtro de combustible y aceite para motor.

Costo de mano de obra: un técnico mecánico, su ayudante y gasto de herramientas.

Costo de especialistas: un técnico de medición, un jefe de guardia mina y un responsable de mantenimiento mecánico.



- Con relación a la infracción N° 2, la empresa no incurrió en los siguientes costos para instalar silenciadores a los ventiladores principales.

Costo de materiales: silenciador para ventilador de 200 000 CFM, silenciador para ventilador de 100 000 CFM, tablas de eucalipto de 8" x 2", fierro corrugado 3/8", fierro corrugado 1/2", cemento premezclado y alquiler de Scooptram 3.5 yd3.

Costo de mano de obra: un maestro de servicios auxiliares, su ayudante y gasto de herramientas.

Costo de especialistas: un jefe de guardia mina y un ingeniero de seguridad.

Al respecto, LOS QUENUALES presentó los siguientes documentos a través del escrito del 6 de septiembre del 2018:

- Cuadros comparativos entre los costos de materiales, mano de obra y especialista que toma en cuenta Osinergmin y la recurrente. (fojas 159 a 160 del expediente)
- Cotización de fecha 31 de agosto del 2018, que contiene el costo de silenciadores. (fojas 161 a 163 del expediente)
- Un cuadro en donde se aprecia el costo de alquiler del Scoop 3,5 yd. (fojas 164 del expediente)
- Boletas de pago que contiene las remuneraciones de un (1) ayudante mina A, un (1) mecánico auxiliar B, un (1) ingeniero de seguridad y salud, un (1) jefe de mina A, un (1) técnico de seguridad B, un (1) mecánico B, un (1) minero maestro y un (1) supervisor de mantenimiento. (fojas 165 a 172 del expediente)



Sobre el particular, de la revisión de los cuadros comparativos que presentó la recurrente se advierte que consignó el costo de materiales, mano de obra y especialistas que difieren de los costos estimados por primera instancia; empero, no adjunta medios probatorios que sustenten el costo de los siguientes materiales: filtro de aire, filtro de aceite, filtro de combustible, aceite para motor, tablas de eucalipto de 8" x 2", fierro corrugado 3/8", fierro corrugado de 1/2" y cemento premezclado.

En cuanto a la cotización del costo de silenciadores se debe señalar que es una proforma generada a solicitud de la administrada por la empresa AIRTEC, que no refleja un costo real y objetivo ejecutado en el mercado. Asimismo, el cuadro en donde se aprecia el costo de alquiler del Scoop 3,5 yd3 fue realizado por la empresa SIMAREG (contratista de la apelante).

En esa línea, se debe señalar que los medios probatorios mencionados contienen información que no favorecen la objetividad en la determinación de sanción; por lo tanto, no corresponde tomarlos en consideración.

Con relación al costo de mano de obra y especialistas se encuentran sustentados en una fuente objetiva que son las boletas de pago; por lo tanto, este Tribunal Administrativo procede a declarar fundado este extremo del recurso de apelación y, en consecuencia, efectuará el recalcule de la multa de las infracciones.



Ahora bien, para realizar el recalcu de la multa se debe tener en cuenta la cantidad y tipo de recursos a costear dependiendo de la infracción cometida. Asimismo, se considerará los pagos totales por un (mes) de trabajo, equivalente al total de ganancias que consta en las boletas de pago, restándole el concepto por gratificación²⁶.

Cabe precisar, que la apelante no indicó que especialistas tienen el puesto equiparable a los que se consideraron en el cálculo de la multa; por consiguiente, solo se tomarán en cuenta aquellos que cumplan dicha condición.

Puestos considerados en la Resolución N° 2835-2018	Puestos equiparables considerando las boletas de pago	Total de ganancias aportada por LOS QUENUALES
Técnico mecánico	Mecánico B	S/. 2,925.45
ayudante	Mecánico auxiliar B	S/. 2,622.83
Técnico de medición	Técnico seguridad B	S/. 2,840.87
Jefe de guardia mina	Jefe mina A ²⁷	S/. 9,039.84
Responsable de mantenimiento mecánico	Supervisor de mantenimiento ²⁸	S/. 5,953.26
Maestro de servicios auxiliares	Minero maestro	S/. 4,948.19
ayudante	ayudante mina A	S/. 2,623.07
Ingeniero de seguridad	Ingeniero de seguridad y salud ²⁹	S/. 5,800.00

Del cuadro precedente se advierte que los puestos de “mecánico B” y “mecánico auxiliar B” son equiparables a los de “técnico mecánico” y su ayudante, cuya función es realizar el mantenimiento de los equipos petroleros. Asimismo, el puesto de “técnico seguridad B” es equiparable al de “técnico de medición”, encargado de verificar que los equipos petroleros no excedan el límite de 500 ppm establecido por el RSSO.



De igual forma el puesto de “jefe mina A” es equiparable al de “jefe de guardia mina” encargado de instruir a los trabajadores de cómo realizar su labor; el “supervisor de mantenimiento” al “responsable de mantenimiento mecánico” encargado de verificar que los equipos se encuentren en buen estado; y el “ingeniero de seguridad y salud” al “ingeniero de seguridad” cuya función es resguardar que las actividades se realizan en forma segura.

No obstante, los puestos de “minero maestro” y “ayudante mina A” no son compatibles con los de “maestro de servicios auxiliares” y su ayudante encargados de instalar los silenciadores a los ventiladores principales fin de asegurar el cumplimiento del numeral 3 del artículo 249° del RSSO; debido a que la función de los primeros mencionados estaría más relacionada con las actividades del ciclo de minado.

Así pues, dado que la empresa no presentó algún medio probatorio del que se desprenda que los puestos son equiparables, no se consideraran al momento de realizar el recalcu de la multa. Ello es así, porque no resulta admisible reconocer aquellos costos que no estén directamente

²⁶ Para el caso de boletas que hayan incluido dicho pago.

²⁷ Respecto del jefe de guardia mina, al total de ganancia (S/ 16,276.84) se le resta el concepto de gratificación ordinaria Ley N° 30334 (S/ 7237.00), resultando un valor de S/ 9,039.84.

²⁸ Respecto del responsable de mantenimiento mecánico, al total de ganancia (S/ 9,399.16) se le resta el concepto de gratificación ordinaria Ley N° 30334 (S/ 3,445.90), resultando un valor de S/ 5,953.26.

²⁹ En el caso del Ingeniero de Seguridad, en la boleta que adjuntó la apelante el total de ganancias es solo por 14 días, por lo que se considerará el sueldo básico de S/. 5,800.00.

vinculados al cumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa vigente y en este caso del artículo antes citado.



Ahora bien, en el cálculo de la multa que efectuó primera instancia se consideró los costos de dieciséis (16) horas de trabajo del técnico mecánico con su ayudante³⁰ y de un mes de trabajo del técnico de medición, jefe de guardia mina, responsable de mantenimiento mecánico e ingeniero de seguridad. Dicho razonamiento se mantendrá en la determinación de la sanción a efectuar.

Asimismo, los demás aspectos que no fueron cuestionados por la administrada se mantendrán, variándose únicamente el beneficio ilícito por las consideraciones antes expuestas.

Determinación de la sanción

A) Para la infracción al numeral 2 del literal e) del artículo 254° del RSSO.

Costo por concepto de mano de obra y herramientas del técnico mecánico.

Mano de obra	Monto (S/)
Técnico mecánico (mecánico B)	195.04
Gasto de herramientas	7.80
Total mano de obra y herramienta (S/, junio 2018) ³¹	202.84
IPC junio 2018	128.81
IPC agosto 2017 ³²	128.10
Costo por concepto de mano de obra y uso de herramientas del técnico mecánico a agosto de 2017	201.72



Costo por concepto de mano de obra y herramientas del ayudante del técnico mecánico.

Mano de obra	Monto (S/)
Ayudante (mecánico auxiliar B)	174.86
Gasto de herramientas	6.99
Total mano de obra y herramienta (S/, julio 2018)	181.85
IPC julio 2018	129.31
IPC agosto 2017	128.10
Costo por concepto de mano de obra y uso de herramientas del ayudante a agosto de 2017	180.15

Costo por concepto de especialistas

Especialista encargado	Sueldo mensual (S/)
Técnico de medición (Técnico seguridad B)	2,840.87
Jefe de guardia mina (Jefe mina A)	9,039.84

³⁰ Como parte de los costos de mano de obra, se consideró la labor de dieciséis (16) horas de trabajo del técnico mecánico y el ayudante.

Mano de obra	Sueldo mensual (en soles)	Sueldo diario (en soles)	Sueldo por hora (en soles)	Número de horas	Sueldo total (en soles)
Técnico mecánico (mecánico B)	S/. 2,925.45	S/. 97.52	S/. 12.19	16	S/. 195.04
Ayudante (mecánico auxiliar B)	S/. 2,622.83	S/. 87.43	S/. 10.93	16	S/. 174.86

³¹ Fecha que consta en la boleta de pago que adjunta la recurrente.

³² Fecha en la cual se detectó la comisión de las infracciones.



Responsable de mantenimiento mecánico (Supervisor de mantenimiento)	5,953.26
Total especialista encargado (S/, julio 2018)	17,833.97
IPC julio 2018	129.31
IPC agosto 2017	128.10
Costo total por especialista a agosto del 2017	17,667.09

Cálculo de la multa

Equipos en infracción	Metodología	Observaciones
Dumper D-03-Simareg	Costo evitado	Equipo dado de baja
Camión Ctta - Simareg APN 776	Costo postergado	Se realizó mantenimiento al sistema de combustible, limpieza de inyectores, calibración de válvulas de inyección y admisión, bombas de inyección cambio de filtro de combustible

Descripción	Monto
Beneficio económico por costo postergado (S/ junio 2018) ³³	5.11
Beneficio económico por costo evitado (S/ junio 2018) ³⁴	7,111.37
Beneficio económico por ganancia ilícita (S/ junio 2018) ³⁵	158.70
Costo por servicios no vinculados a supervisión	4,534.26
Beneficio económico – Factor B (S/ junio 2018)	11,809.44
Probabilidad de detección	100%
Multa Base (S/)	11,809.44



³³ Cálculo del costo postergado para el camión Ctta-Simareg APN 776. Solo se varia el costo de mano de obra y especialista, los demás factores se mantienen.

Descripción	Monto
Costo de materiales, mano de obra y especialistas (S/ agosto 2017)	9,079.76
Tipo de cambio agosto 2017	3.243
Fecha de detección	23/08/2017
Fecha de acción correctiva	25/08/2017
Periodo de capitalización en días	2
Tasa COK diaria (\$)	0.04%
Costo capitalizado (US\$ agosto 2017)	2,802.04
Beneficio económico por costo postergado (US\$ agosto 2017)	2.24
Tipo de cambio agosto 2017	3.243
IPC agosto 2017	128.10
IPC junio 2018	128.81
Beneficio económico por costo postergado (S/ junio 2018)	7.31
Escudo fiscal (30%)	2.19
Beneficio económico por costo postergado – Factor B (S/ junio 2018)	5.11

³⁴ Cálculo del costo evitado para el Dumper D-03-Simareg. Solo se varia el costo de mano de obra y especialista, los demás factores se mantienen.

Descripción	Monto
Costo de materiales, mano de obra y especialistas (S/ agosto 2017)	10,095.02
Tipo de cambio agosto 2017	3.243
Fecha de detección	23/8/2017
Fecha de cese	25/8/2017
Periodo de capitalización en días	2
Tasa COK diaria (\$)	0.04%
Beneficio económico por costo evitado (US\$ agosto 2017)	3,115.35
Tipo de cambio agosto 2017	3.243
IPC agosto 2017	128.10
IPC junio 2018	128.81
Beneficio económico por costo evitado (S/ junio 2018)	10,159.09
Escudo fiscal (30%)	3,047.73
Beneficio económico por costo evitado – Factor B (S/ junio 2018)	7,111.37

³⁵ Monto no cuestionado por la recurrente, calculado por primera instancia.

Factores agravantes y atenuantes ³⁶	0.95
Multa ((S/))	11,281.97
Multa (UIT)	2.70

B) Para la infracción al numeral 3 del artículo 249° del RSSO.

Costo por concepto de especialistas

Especialista encargado	Sueldo mensual (S/)
Jefe de guardia mina (Jefe mina A)	9,039.84
Ingeniero de seguridad (Ingeniero de seguridad y salud)	5,800.00
Total especialista encargado (S/, julio 2018)	14,839.84
IPC julio 2018	129.31
IPC agosto 2017	128.10
Costo total por especialista a agosto del 2017	14,700.98

Cálculo de la multa

Equipos en infracción	Metodología	Observaciones
Ventilador Principal con código VT 200-01	costo evitado	
Ventilador Principal con código VT 100-01	costo postergado	Indica la instalación de un silenciador
Ventilador Principal con código VT 100-08	costo evitado	
Ventilador Principal con código VT 100-09	costo postergado	Indica la instalación de un silenciador
Ventilador Principal con código VT 100-10	costo evitado	

Descripción	Monto
Beneficio económico por costo postergado (S/ junio 2018) ³⁷	4,054.88
Beneficio económico por costo evitado (S/ junio 2018) ³⁸	55,682.07

³⁶ Se consideró aplicar como atenuante el valor de -5% conforme a lo expuesto en el numeral 6 de la presente resolución.

³⁷ Cálculo del costo postergado para los ventiladores principales con códigos VT 100-01 y VT 100-09. Cabe precisar que se considerará el factor atenuante de -5% por las razones expuestas en el numeral 8 de la presente resolución. Asimismo, se varía el costo de especialistas, mientras que los demás factores se mantienen.

Descripción	Monto
Costo de materiales, mano de obra y especialistas (S/ agosto 2017)	46,913.28
Tipo de cambio agosto 2017	3.243
Fecha de detección	22/8/2017
Fecha de acción correctiva	21/6/2018
Periodo de capitalización en días	303
Tasa COK diaria (%)	0.04%
Costo capitalizado (US\$ junio 2018)	16,329.57
Beneficio económico por costo postergado (US\$ junio 2018)	1,836.56
Tipo de cambio junio 2018	3.272
IPC junio 2018	128.81
IPC junio 2018	128.81
Beneficio económico por costo postergado (S/ junio 2018)	6,097.57
Escudo fiscal (30%)	1,829.27
FACTOR ATENUANTE	0.95
Beneficio económico por costo postergado – Factor B (S/ junio 2018)	4,054.88

³⁸ Cálculo del costo evitado para los ventiladores principales con códigos VT 200-01, VT 100-08 y VT 100-10. Cabe precisar que se varía el costo de especialistas, mientras que los demás factores se mantienen.



Costo por servicios no vinculados a supervisión	4,534.26
Beneficio económico – Factor B (S/ junio 2018)	64,271.21
Probabilidad de detección	100%
Multa ((S/)	64,271.21
Multa (UIT)	15.48

De acuerdo al análisis antes realizado, la multa queda reducida de 18.79 (dieciocho con setenta y nueve centésimas) UIT a 18.18 (dieciocho con dieciocho centésimas) UIT.

Sobre la solicitud de uso de la palabra y la posibilidad de ampliar sus argumentos del recurso de apelación.

10. Con relación a su solicitud de uso de la palabra contenido en el literal f) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que conforme al artículo 33° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD, el agente supervisado puede solicitar el uso de la palabra al órgano sancionador o al órgano revisor. La denegatoria a dicha solicitud debe encontrarse debidamente motivada a fin de no vulnerar el derecho al debido procedimiento³⁹.

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 caso⁴⁰.

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 indicado 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 LOS QUENUALES.



Descripción	Monto
Costo de materiales, mano de obra y especialistas (S/ agosto 2017)	70,880.75
Tipo de cambio agosto 2017	3.243
Número de meses	10
Tasa COK diaria (S)	1.07%
Beneficio económico por costo evitado (US\$ junio 2018)	24,311.07
Tipo de cambio junio 2018	3.272
Beneficio económico por costo evitado (S/ junio 2018)	79,545.81
Escudo fiscal (30%)	23,863.74
Beneficio económico por costo evitado – Factor B (S/ junio 2018)	55,682.07

³⁹ 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.”

⁴⁰ 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. (...)”

RESOLUCIÓN N° 012-2019-OS/TASTEM-S2

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.

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 **FUNDADO EN PARTE** el recurso de apelación presentado por EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2835-2018 de fecha 16 de noviembre del 2018 en el extremo referido a la determinación de la multa, conforme a lo expuesto en los numerales 8 y 9 de la presente resolución.

Artículo 2°. - **CONFIRMAR** la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2835-2018 de fecha 16 de noviembre del 2018 en todos sus demás extremos.

Artículo 3°. - **DETERMINAR** que el importe total de la multa se reduce de 18.79 (dieciocho con setenta y nueve centésimas) UIT a 18.18 (dieciocho con dieciocho centésimas) UIT.

Artículo 4°. - Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Héctor Adrián Chávarry Rojas, José Luis Harmes Bouroncle y Sergio Enrique Cifuentes Castañeda.


HÉCTOR ADRIÁN CHÁVARRY ROJAS
PRESIDENTE