

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 123-2019-OS/TASTEM-S2

Lima, 08 de abril de 2019

VISTO:

El Expediente N° 201700164669 que contiene el recurso de apelación interpuesto por MINERA LAS BAMBAS S.A., representada por el señor Gonzalo García Muñoz Najar, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 328-2019 de fecha 6 de febrero de 2019, mediante la cual se le sancionó con multa por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 328-2019, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a MINERA LAS BAMBAS S.A., en adelante LAS BAMBAS, con una multa de 97.90 (noventa y siete con noventa centésimas) UIT por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM, en adelante RSSO, conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Al literal a) del artículo 95° del RSSO¹ El titular de la actividad minera no identificó el peligro de tener una vía de tránsito con pendiente negativa cercana a la zona de parqueo (final de la rampa tramo 2) en el análisis de la tarea de acarreo de mineral y desmonte, así como en el diseño de la construcción de la referida zona de parqueo, a fin de evaluar los riesgos e implementar medidas de control.	Numeral 3.3 del Rubro B ²	97.90 UIT
TOTAL		97.90 UIT³

¹ RSSO

"Artículo 95.- El titular de actividad minera deberá identificar permanentemente los peligros, evaluar los riesgos e implementar medidas de control, con la participación de todos los trabajadores en los aspectos que a continuación se indica, en:

a) Los problemas potenciales que no se previeron durante el diseño o el análisis de tareas.

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

3. Incumplimiento de normas de procedimiento, ejecución de trabajos, IPER y PETS

3.3. Identificación de peligros, evaluación y control de riesgos

Base legal: artículo 95° del RSSO.

Sanción: Hasta 500 UIT

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

Como antecedentes relevantes, cabe señalar los siguientes:

- a) Con fecha 3 de octubre de 2017, se produjo el accidente mortal del señor Hilario Castro Ventura en la Unidad Minera "Ferrobamba"⁴ de titularidad de LAS BAMBAS, en circunstancias en las que realizaba el cuarto viaje en el camión Komatsu 930 E (HTO31) y descendía por la rampa tramo 2 a 172 metros de la vía de ingreso al stock de mineral mixto a una velocidad de 44.96 km/h, sin poder ingresar siguió su trayectoria en línea recta, sobrepasando directamente el óvalo con una velocidad de 72.18 km/h y rompiendo los muros que delimitaban el punto de abastecimiento de agua (Garza 1) y los del parque de estacionamiento de equipos livianos y equipos pesados medianos ubicados próximos al tajo abierto en la proyección de la rampa principal tramo 2 para, finalmente, impactar una camioneta HILUX y caer hasta el tercer banco del fondo del tajo abierto a una altura de 44.17 metros.
- b) El día 4 de octubre de 2017, LAS BAMBAS comunicó a OSINERGMIN el accidente mortal.
- c) Del 6 al 8 de octubre de 2017, se llevó a cabo una visita de supervisión a las instalaciones de la Unidad Minera "Ferrobamba" a cargo de la empresa supervisora Servicios Completo en Ingeniería S.R.L., conforme consta en el Acta de Supervisión Especial del 8 de octubre de 2017 obrante a foja 44 del Expediente.
- d) Con fecha 13 de octubre de 2017, la administrada presentó a OSINERGMIN el Informe de investigación del accidente mortal.
- e) Mediante Oficio N° 2905-2018, notificado con fecha 24 de setiembre de 2018, obrante a fojas 843 y 844 del expediente, se comunicó a LAS BAMBAS el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, debidamente sustentado en el Informe de Instrucción Inicio de PAS N° 3130 del 6 de setiembre de 2018, otorgándole el plazo de siete (7) hábiles a fin de que presente los descargos que estime convenientes.
- f) Con escrito remitido el 25 de setiembre de 2018, LAS BAMBAS solicitó una ampliación de plazo para presentar sus descargos.
- g) A través del Oficio N° 465-2018-OS-GSM, notificado con fecha 28 de setiembre de 2018, se le otorgó a LAS BAMBAS una prórroga de plazo para remitir sus descargos.
- h) Mediante escrito de registro N° 2017-164669 presentado con fecha 15 de octubre de 2018, LAS BAMBAS remitió sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador y solicitó el uso de la palabra.
- i) A través del Oficio N° 609-2018-OS-GSM, notificado el 22 de noviembre de 2018, se trasladó a LAS BAMBAS el Informe Final de Instrucción N° 2567-2018.
- j) Con Oficio N° 608-2018-OS-GSM, notificado con fecha 22 de noviembre de 2018, se citó a LAS BAMBAS a la audiencia de informe oral a realizarse el 30 de noviembre de 2018 en atención a su solicitud.
- k) Mediante escrito presentado el 29 de noviembre de 2018, LAS BAMBAS remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción N° 2567-2018.

⁴ La unidad minera "Ferrobamba" se encuentra ubicado en el distrito de Challhuahuacho, provincia de Cotabambas y departamento de Apurímac.

l) El 30 de noviembre de 2018 se llevó a cabo la audiencia de informe oral con la presencia de los representantes de LAS BAMBAS y de OSINERGMIN, conforme consta en el Acta de Informe Oral obrante a foja 888 del Expediente.

m) Con escrito presentado el 4 de diciembre de 2018, la administrada remitió la presentación en formato Power Point, el plano del trayecto programado del camión y el PETS "Operación de camiones de acarreo Komatsu y CAT" versión V-03 utilizados durante la audiencia.

2. Mediante escrito de registro N° 201700164669 presentado con fecha 1 de marzo de 2019, LAS BAMBAS interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 328-2019 del 6 de febrero de 2019, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a la modificación del objeto de la supervisión

- a) LAS BAMBAS señala que, a foja 15 del Expediente, en el Informe de Supervisión suscrito por la empresa supervisora se indica que el objeto de la supervisión era realizar la investigación de las circunstancias del accidente mortal del señor Hilario Castro.

Sin embargo, en el segundo párrafo de la página 10 del Informe Final de Instrucción se indica lo siguiente:

"Cabe añadir que la supervisión realizada entre los días 6 al 8 de octubre de 2017 no tiene como objetivo la determinación de las causas del accidente mortal del señor Hilario Castro ocurrido el día 3 de octubre de 2017, sino la verificación del cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas en las actividades mineras que son objeto de supervisión por parte de OSINERGMIN".

Asimismo, en la página 11 de la resolución impugnada se menciona lo citado a continuación:

"En los documentos antes mencionados, se confirma que no se identificó el peligro de tener una vía de tránsito con pendiente negativa en el análisis de la tarea de acarreo de mineral y desmonte, así como en el diseño de la construcción de la referida zona de parqueo, a fin de evaluar los riesgos e implementar medidas de control, por lo que existen elementos suficientes que confirman la comisión del ilícito administrativo".

En consecuencia, en la resolución de sanción se insiste en verificar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas del RSSO y no determinar las causas del accidente mortal.

Por lo tanto, la conclusión respecto a la plataforma de uso temporal ubicada a más de 125 metros del borde del camino o 158 metros desde el óvalo de la intersección vial y a 500 metros de la entrada hacia el stock de mineral no guarda relación alguna de tipo causal con el accidente mortal; razón por la cual sí resulta de interés que OSINERGMIN arbitrariamente haya decidido modificar el objetivo inicial de la supervisión, sin motivar las razones ni advertirle a su representada.

RESOLUCIÓN N° 123-2019-OS/TASTEM-S2



En consecuencia, se ha vulnerado su derecho a ser informado del objeto de la supervisión, previsto en el numeral 1 del artículo 242° del T.U.O. de la Ley N° 27444⁵ y lo dispuesto en el numeral 11.1 del artículo 11° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, que establece que las acciones de supervisión son efectuadas según OSINERGMIN lo determine en función de las obligaciones a supervisar. En este caso, la entidad dispuso encontrar las causas del accidente mortal; sin embargo, se verifica que el procedimiento sancionador no ha versado sobre ello, sino respecto a cuestiones técnicas que no guardan relación con el objeto de la supervisión.

La variación señalada afecta el debido procedimiento y altera los resultados, toda vez que, de continuar con el objetivo original, se habría archivado el procedimiento administrativo sancionador al no identificarse responsabilidad de LAS BAMBAS en la ocurrencia del accidente. Esto fue planteado en su solicitud referida a la aplicación de la eximente de responsabilidad, pero no fue meritado; por lo tanto, reitera este argumento en el presente recurso.

En consecuencia, se ha vulnerado el Principio del Debido Procedimiento, previsto en el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, toda vez que las conclusiones que condujeron a sancionar a su representada no son concordantes con el objetivo de la supervisión, que era determinar su responsabilidad en el accidente, por lo que corresponde declarar la nulidad de la resolución impugnada y disponer el archivo del procedimiento.

Sobre la especialidad de los supervisores



- b) Los supervisores son ingenieros de minas; por lo tanto, su experiencia no está orientada a temas de ingeniería de transportes e infraestructura vial; experiencia que sí posee un ingeniero civil. En tal sentido, no puede esperarse que los hallazgos detectados en la supervisión sean exactos o adecuados debido a la falta de especialización en la materia que debían investigar.

OSINERGMIN, ante este argumento, indicó que de acuerdo al artículo 18° de la Directiva para la Selección y Contratación de Empresas Supervisoras, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 037-2016-OS/CD, los profesionales que actúan como supervisores deben cumplir con la experiencia exigida según el proceso de selección correspondiente. En el presente caso, el proceso de selección fue el N° 002-2016-OSINERGMIN-GSM, cuyo numeral del Título B Sección Específica de las Bases indica lo siguiente:

“2. Objeto

Contratar empresas supervisoras que realicen las supervisiones previstas en el Plan operativo de la Gerencia de Supervisión Minera en los siguientes ítems:

- Ítem 1.- Supervisión en geomecánica
- Ítem 2.- Supervisión en depósitos de relaves, pilas de lixiviación, depósitos de desmontes y tajo abierto (en adelante, geotecnia)
- Ítem 3.- Supervisión en Plantas de Beneficio, fundiciones, refinerías, depósito de concentrado de mineral y plantas de relleno hidráulico (en adelante, plantas)
- Ítem 4.- Supervisión en transporte, maquinarias e instalaciones auxiliares (en adelante, infraestructura)
- Ítem 5.- Supervisión en ventilación”

⁵ Antes artículo 240° del T.U.O. de la Ley N° 27444, vigente a la fecha de inicio del procedimiento administrativo sancionador.

RESOLUCIÓN N° 123-2019-OS/TASTEM-S2

De lo citado se evidencia que el proceso de selección tenía como objeto abarcar 5 especialidades en supervisión, entre las cuales, la más cercana a la *expertise* que debía tener la empresa que realizó la supervisión en discusión es la que se menciona en el ítem 4; es decir, la referida a la supervisión en transporte, maquinarias e instalaciones auxiliares.



Sin embargo, la empresa que supervisó la Unidad Minera Ferrobamba del 6 al 8 de octubre de 2017 fue "Servicios Completo en Ingeniería S.R.L.", la cual obtuvo en el proceso de selección las vacantes en geotecnia, plantas e infraestructura, conforme se observa en el Cuadro contenido en el Acta N° 6 del Proceso de Selección N° 002-2016-OSINERGMIN-GSM⁶.

En consecuencia, a pesar de contar supuestamente con supervisores disponibles para realizar la visita, optó por designar a dos ingenieros de minas ajenos al rubro de infraestructura, los que no tienen experiencia para advertir hallazgos en materia de ingeniería civil.

Por lo expuesto, la empresa supervisora no ha cumplido con realizar la labor encomendada con profesionales idóneos, toda vez que, de haberse efectuado la supervisión con especialistas adecuados, se habría obtenido un resultado distinto; además, es importante mencionar que la falta de *expertise* de los supervisores se evidenció en el momento que detallaron las observaciones y recomendaciones.

Sobre el incumplimiento al literal a) del artículo 95° del RSSO

c) En la página 9 de la resolución impugnada, se indicó lo siguiente:



"(...) LAS BAMBAS debe identificar permanentemente los peligros, evaluar los riesgos e implementar medidas de control respecto de la tarea de acarreo de mineral y desmonte, así como en el diseño de la construcción de la zona de parqueo (...).

En cuanto a la medida de control 'diseño de vía y bermas de tránsito', la misma también se relaciona con el tránsito de camiones mas no con el peligro de tener una vía de tránsito con pendiente negativa, por cuanto en la rampa tramo 2 no se contaba con un diseño de vías que permitiera controlar el incremento de la velocidad de los camiones Komatsu, tales como carreteras de alivio o rampas de emergencia en vías de tránsito". (Subrayado de la administrada)

Al respecto, refiere que esta entidad se equivoca al señalar que su representada incumple la obligación de identificar el peligro de contar con una vía de acceso con pendiente negativa en el diseño de la construcción de la zona de parqueo, toda vez que, conforme ha demostrado, no diseñó ni construyó dicha zona, sino que aprovechó un área libre distante del final de la rampa para utilizarla temporalmente como zona para plotear y/o monitorear unidades mayores.

Por lo tanto, no le correspondía identificar peligro alguno, al ser el área libre contigua al óvalo de maniobras y no al final de la rampa⁷ como equivocadamente esta entidad indica⁸.

⁶ La administrada volvió a citar el numeral 2 Objeto del Título B Sección Específica de las Bases del Proceso de Selección.

⁷ LAS BAMBAS indica que la plataforma de uso temporal se encuentra a 158 metros aproximadamente del final de la rampa, por lo que no se puede concluir que sea contigua a ésta. En consecuencia, no resulta razonable la identificación de un peligro, puesto que la plataforma no afecta el normal recorrido de los vehículos de mina.

⁸ La administrada cita la resolución impugnada conforme a lo siguiente: "De la revisión del IPERC línea base (fojas 192) no se evidencia la identificación del peligro de tener una vía de tránsito con pendiente negativa cercana (final de la rampa tramo 2) en el análisis de la 'tarea de acarreo de mineral y desmonte', así como en el diseño de la construcción de la referida zona de parqueo. Con dicho documento se configura la presunta comisión de la infracción administrativa,

Asimismo, si bien en la página 10 de la resolución impugnada se señaló que resultaba indistinto si la zona era temporal o permanente, puesto que igual no se identificó el peligro de su habilitación al momento del diseño de la rampa con pendiente negativa, sí resulta relevante la condición temporal de la zona, toda vez que con ello se pueden o no adoptar diversas medidas de prevención.

Adicionalmente, indica que, pese a no estar obligado, en el diseño de la vía de tránsito con pendiente negativa sí identificó los peligros, ya que cumplió con las dimensiones establecidas en el RSSO para vías de acceso; asimismo, señaló las zonas con límites de velocidades, realizó capacitaciones a los operarios y revisiones a las unidades, e implementó un óvalo para maniobras, previo a la zona temporal.

Estas medidas de control y prevención han sido ejecutadas y son hechos innegables, por lo que OSINERGMIN no puede pretender sancionarla por el formalismo de no describir en algún instrumento de gestión de seguridad aquello que se realizó convenientemente, en tanto cumplió con el objetivo de la norma: i. ejecutar el diseño considerando gradientes y ancho de rampas, ancho mínimo de bermas de seguridad y condiciones de tránsito de equipos y trabajadores; ii) construir rampas o vías amplias de no menos tres (3) veces el ancho del vehículo más grande de la mina en vías de doble sentido y no menos de dos (2) veces de ancho en vías de un solo sentido; y iii) construir el muro de seguridad no menor a las $\frac{3}{4}$ partes de la altura de la llanta más grande de los vehículos que circulan por los caminos, rampas y/o zigzags libres, entre otras acciones preventivas materiales y eficientes.

- d) En la página 10 de la resolución de sanción se indicó que las medidas establecidas en el PETS "Operación del camión 930E-4SE" se relacionan al control de la frecuencia del tráfico de los camiones Komatsu y la forma de traslado de los mismos durante el acarreo de mineral y desmonte, lo cual no está relacionado con el peligro de la vía de tránsito con pendiente negativa.

Al respecto, rechaza lo señalado por OSINERGMIN, manifestando que en el citado PETS (obstante a fojas 420 al 425 del Expediente) se puede comprobar que sí contempló los riesgos derivados de las rutas a transitar por los camiones, como por ejemplo las rampas con pendiente negativa. En efecto, antes del arranque de la Unidad se debe revisar, entre otros, los frenos; ello resulta esencial en todo trabajo de descenso, puesto que los frenos son los que ayudarán en los traslados en pendientes negativas. Asimismo, consignó como obligación del operario evaluar todos los riesgos potenciales en su trayecto, lo que incluye los accesos a las zonas de labores⁹.

En ese sentido, queda demostrado que, contrariamente a lo que esta entidad refiere, su representada sí contempló el riesgo del traslado en pendientes negativas, por lo que el procedimiento sancionador debe archivers.

- e) En la página 11 de la resolución de sanción se indicó lo siguiente:

las fotografías N° 12 y 19 solo buscan graficar la existencia de la rampa y su cercanía con la zona de parqueo sin establecer distancias exactas o ubicaciones reales, asimismo, su mención no descalifica la imputación y la presunta comisión de la infracción administrativa materia de análisis".

Al respecto, manifiesta que la resolución citada no ha motivado de forma clara dicha afirmación, siendo que la rampa materia de análisis no está junto, cerca, ni próximo a la plataforma de uso temporal. Asimismo, ésta no formaba parte de la ruta que debía seguir el camión. Por lo tanto, no correspondía ser parte del análisis, ni del diseño de la infraestructura.

⁹ Presenta copia del PETS citado respecto a los pasos "Arranque de la máquina (parqueo/taller)" e "Inspección del área de trabajo".

RESOLUCIÓN N° 123-2019-OS/TASTEM-S2

“Ante la identificación de un peligro es imperativo evaluar los riesgos e implementar medidas de control con el fin de eliminar o reducir el riesgo generado aun cuando se trate de una situación de baja probabilidad por lo que ello no exime del cumplimiento de la obligación imputada”.



Sobre el particular, OSINERGMIN no considera en su análisis que existe la matriz de evaluación de riesgos como herramienta del administrado para tratar los riesgos identificados en diferentes labores, la cual contiene un cuadro estadístico de probabilidades de acuerdo al nivel de impacto del riesgo.

Al respecto, LAS BAMBAS considera que los controles existentes fueron y siguen siendo suficientes, puesto que las medidas de control fueron adoptadas en función de la tolerabilidad del riesgo determinada. Los riesgos calificados como no aceptados, intolerables, severos o graves deberán ser gestionados en un Programa de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo. Para estos casos, se determinará si se detiene la actividad hasta controlar la situación y si se realizará alguna medida de control transitoria o provisoria.

Finalmente, la eliminación del riesgo no siempre es factible; por ello, el RSSO ha planteado otros supuestos para mitigarlo o reducirlo, siendo todo ello legal, no pudiendo OSINERGMIN aceptar únicamente la eliminación de los riesgos. Por lo expuesto, las medidas de LAS BAMBAS para reducir el riesgo se encuentran dentro de lo legalmente establecido.



- f) La administrada señala que en la página 16 de la resolución de sanción se indica lo siguiente:

“Cabe reiterar que la implementación del óvalo, su ancho, el muro de seguridad y la ubicación del stock de mineral antes de la finalización de la rampa negativa, son medidas de control que no se relacionan con el peligro de tener una vía de tránsito con pendiente negativa, ni con el objetivo de eliminar o reducir el riesgo relacionado con el peligro por el incremento de la velocidad de los camiones Komatsu en dicha vía de tránsito.

En ese sentido, para corroborar el cumplimiento de la obligación materia de la imputación tiene que existir una relación entre el peligro detectado y la medida de control dispuesta, para controlar así el riesgo conectado con dicho peligro”.

De lo citado, se evidencia que OSINERGMIN ha reconocido las acciones que adoptó su representada a fin de controlar y reducir los riesgos, toda vez que en el presente caso no resulta viable eliminarlas. Asimismo, dichas acciones califican como medidas de control y prevención en atención a la identificación de un peligro, no pudiendo interpretarse lo contrario.

Asimismo, refiere que la obligación de los titulares mineros es eliminar y/o minimizar los riesgos. Al respecto, los riesgos han sido evaluados oportunamente conforme ha expuesto. Así, producto de la matriz de evaluación de riesgos, determinó la probabilidad de que ocurran incidentes en condiciones normales en la zona materia de análisis y adoptó medidas de control para reducir los riesgos a un nivel tolerable.

En consecuencia, no podría sancionarse a su representada por una omisión de carácter formal, como incluir el peligro en el IPERC¹⁰, toda vez que el mismo fue controlado, como se evidencia de todas las actuaciones efectuadas por la empresa en campo.



En ese sentido, refiere que se ha acreditado que sí identificó el peligro de contar con la pendiente negativa, por lo que implementó el óvalo considerando su ancho, el muro de seguridad y la ubicación del stock de mineral antes de su finalización¹¹.

Por lo tanto, habiéndose demostrado que LAS BAMBAS no incumplió la normativa vigente, corresponde el archivo del procedimiento sancionador.

Sobre la vulneración al Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima

- g) LAS BAMBAS refiere que, al no existir un órgano orientador respecto a temas de seguridad minera, los titulares se encuentran en constante indefensión frente a lo que OSINERGMIN considera como infracción, al ser la entidad que supervisa, fiscaliza y sanciona los incumplimientos que detecta bajo su criterio.

Al respecto, un órgano orientador o consultor, ajeno e independiente de OSINERGMIN, podría coadyuvar con el titular minero, absolviendo sus dudas en relación a lo establecido en el RSSO. Así, en el presente caso, podría definir el riesgo tolerable que puede existir en las operaciones mineras, así como si las acciones adoptadas por el titular minero fueron razonables para mitigar o reducir los riesgos.



En adición a ello, manifiesta que, en diversas supervisiones previas, nunca le advirtieron de la supuesta falta de identificación de peligro por tener una rampa con pendiente negativa junto al óvalo de maniobras que está al lado del área libre; hecho que causa incertidumbre respecto a las conclusiones de esta entidad, al no poder saber a ciencia cierta cuándo son definitivas y cuándo no.

Sobre el particular, el numeral 1.15 del Artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444 establece que la autoridad administrativa debe brindar información veraz, completa y confiable. Asimismo, indica que las actuaciones de la autoridad son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos.

De acuerdo a lo indicado, la actuación de OSINERGMIN, aunado a la falta de orden por parte de la administración pública, ha generado un estado de incertidumbre tal que los administrados no pueden confiar en las actuaciones de la autoridad.

Por otro lado, refiere que de acuerdo al artículo 262° literal h) del RSSO, la implementación de carreteras de alivio o rampas de emergencia es obligatoria en las vías principales de acceso (entendiéndose como ingreso a mina, tajos, u otros componentes principales). Por lo tanto,

¹⁰ LAS BAMBAS señala que de conformidad con el inciso a) del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe". Sobre el particular, manifiesta que se ha acreditado que cumplió con lo dispuesto en el RSSO al momento de implementar la infraestructura vial existente, por lo que no es correcto que esta entidad pretenda exigirle el cumplimiento de estándares más exigentes que los dispuestos en la normativa vigente; siendo que la presunta omisión de carácter formal de incluir el peligro identificado en el IPERC de forma alguna puede suponer un incumplimiento de la obligación.

¹¹ La administrada agrega que no era ruta del camión seguir por todo el trayecto de la pendiente, sino doblar 155 metros antes para dirigirse al stock de mineral. En adición a ello, refiere que no se ha considerado que entre la zona temporal y la rampa existe un óvalo con ancho de giro con muros de contención con la altura requerida.

toda vez que la rampa materia de análisis no es una vía principal, su representada no está obligada a contar con carreteras de alivio o rampas de emergencia; en ese sentido, amparar el criterio contrario implicaría una interpretación extensiva del RSSO, que vulnera el Principio de Predictibilidad, más aún cuando en ninguna supervisión previa se cuestionó el diseño de la rampa ni la plataforma de uso temporal.



Sobre la finalidad orientativa de las fiscalizaciones

- h) La administrada alega que de acuerdo al numeral 245.2 del artículo 245° del T.U.O. de la Ley N° 27444, las entidades procurarán realizar algunas fiscalizaciones únicamente con finalidad orientativa; es decir, para identificar riesgos y notificar alertas a los administrados en aras que mejoren su gestión.

Sobre el caso fortuito

- i) LAS BAMBAS indica que, de conformidad con la doctrina¹², para que todo hecho sea considerado fortuito debe ser imprevisible, extraordinario, irresistible, así como existir una debida diligencia.

En el presente caso, el hecho resulta imprevisible, toda vez que la unidad contaba con todos los mantenimientos preventivos que aseguraron su normal funcionamiento; se completaron los instrumentos de seguridad necesarios para la tarea; se capacitó al operario y se evaluaron las probabilidades de materialización de los peligros, producto de lo cual se diseñó la infraestructura vial. En consecuencia, su representada no podía conocer y/o prever el accidente, aun actuando de la forma más diligente posible.

Asimismo, es extraordinario, pues no es usual ni común que los operarios debidamente capacitados no puedan accionar el equipo correctamente en este tipo de situaciones.

De igual modo, es irresistible, toda vez que pese a tener los protocolos de seguridad para llevar a cabo la labor, se vio imposibilitado de evitar el accidente. Al respecto, LAS BAMBAS implementó medidas de control en virtud a las especificaciones previstas en el artículo 262° del RSSO.

Finalmente, su representada actuó con la debida diligencia, al tener aprobados los protocolos de seguridad exigidos en el RSSO para ejecutar este tipo de trabajos, como el IPERC, el PETS y

¹² La administrada cita a Morón Urbina, Juan Carlos, en *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444*, p. 507, conforme a lo siguiente: "Atiende siempre a circunstancias imprevisibles, extraordinarias e irresistibles, que originan la comisión de la infracción. (...) El caso fortuito se caracteriza porque es un proceso causal que no es obra de la naturaleza sino del hombre, habiendo por lo demás un resultado imprevisible e inevitable. En el caso fortuito existe, por tanto, obra del hombre y presenta un nexo causal entre la acción de éste y el resultado; no obstante, es un proceso que no resulta previsible. En ese sentido, se caracteriza por su imprevisibilidad, inevitabilidad y, sobre todo, por la ausencia de relación entre la voluntad del agente y el resultado.

La presencia de estos sucesos elimina la responsabilidad al no haber sido deseado el resultado por el autor o no haber podido ser evitado, a pesar de actuar con diligencia debida. Debido a que la conducta del presunto infractor no ha sido determinante para la configuración de la infracción, no puede exigirse responsabilidad administrativa.

La imprevisibilidad se da cuando existen hechos fuera de lo ordinario: situaciones que no pudieron preverse, mientras que la irresistibilidad está vinculada a la imposibilidad de evitar el hecho a pesar de las medidas tomadas. Ambas características, junto con la extraordinariedad, son compartidas en el caso fortuito y en la fuerza mayor. Así, ejemplos claros de caso fortuito son los accidentes imprevistos, (...).

A estos elementos se le debe añadir el proceder con debida diligencia por parte del sujeto. Esto significa que debió haber adoptado las medidas necesarias para evitar los resultados infractores provenientes de los hechos fortuitos, por lo que toda producción de un resultado típico que no se deba, al menos, a un comportamiento culposo e imprudente debe considerarse como fortuita y, en consecuencia, excluirse de lo sancionadoramente relevante".

RESOLUCIÓN N° 123-2019-OS/TASTEM-S2

el diseño de infraestructura vial, en atención a la evaluación de la posibilidad de materialización de incidentes.

Por lo tanto, ha quedado acreditado que el accidente califica como un hecho fortuito y, en consecuencia, debe archivar el procedimiento sancionador por la configuración de la eximente de responsabilidad prevista en el literal a) del artículo 257° del T.U.O. de la Ley N° 27444.



Sobre el cálculo de multa

- j) En la determinación de la sanción se ha utilizado, entre otros, el criterio del costo por servicios no vinculados a la supervisión, indicando que corresponde al 15% del costo promedio de la supervisión; sin embargo, la GSM no ha motivado de forma correcta y/o completa, por qué ha decidido incluir dicho criterio.

Al respecto, en la Resolución N° 334-2018-OS/TASTEM-S2 del 25 de setiembre de 2018, el TASTEM indicó lo siguiente:

“De otro lado, corresponde indicar que el criterio de ‘costo por servicios no vinculados a la supervisión’ se sustenta en el Principio de Razonabilidad citado al disponer que ‘las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción’.

Sin embargo, si bien es un criterio que se ha venido utilizando para darle carácter disuasivo a las multas, de la revisión del cálculo de las multas por las infracciones N° 1 y 2, se verifica que no se ha motivado las razones de su aplicación en el presente caso, conforme exige el Principio de Debido Procedimiento, por lo que no corresponde ser incluido”.



Por lo tanto, en el presente caso, en el supuesto negado de no amparar su pretensión de archivo del procedimiento, el TASTEM deberá recalcular el monto de la multa, excluyendo el criterio aplicado inmotivadamente.

Otros argumentos adicionales

- k) LAS BAMBAS refiere que en virtud de lo establecido en el numeral 172.1 del artículo 172° del T.U.O. de la Ley N° 27444, se reserva el derecho de ampliar los argumentos expuestos en su recurso de apelación. Asimismo, al amparo del artículo 33° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, solicita el uso de la palabra.
3. A través del Memorándum N° GSM-142-2019, recibido el 19 de marzo de 2019, la GSM remitió a la Sala 2 del TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la modificación del objeto de la supervisión

4. En relación a lo indicado en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde señalar que de conformidad con el numeral 4.3 del artículo 4° del 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, la función supervisora



“comprende la facultad de verificar el cumplimiento por parte del Agente Supervisado de las obligaciones contenidas en la normativa, en los contratos de concesión o en los contratos derivados de los procesos de promoción de la inversión privada, así como en la disposiciones administrativas, bajo competencia de OSINERGMIN, en los sectores energéticos y minero, según corresponda. Abarca las actividades desarrolladas previamente a que se disponga el inicio del procedimiento administrativo sancionador”.

Asimismo, los numerales 11.1 y 11.3 del artículo 11° del Reglamento citado establecen que “las acciones de supervisión son efectuadas de manera censal, muestral o específica, en campo o en gabinete, según lo determine OSINERGMIN en función de las obligaciones a supervisar” y que “pueden derivarse de acciones programadas o pueden realizarse como consecuencia de accidentes, emergencias, denuncias, y otras situaciones que a juicio de OSINERGMIN lo ameriten”.

De acuerdo a las disposiciones indicadas, que son de conocimiento público, se concluye que todas las acciones de supervisión de OSINERGMIN, como las efectuadas como consecuencia de accidentes, se realizan con el objetivo de verificar el cumplimiento de obligaciones por parte de los administrados, entre las cuales se encuentran, las previstas en las normas de competencia de esta entidad; en ese sentido, la modalidad de supervisión será determinada justamente en atención a las obligaciones cuyo cumplimiento se va a supervisar.



Ahora bien, en el presente caso, en el acápite II Objetivo del Informe de Supervisión (foja 15 del Expediente) se indicó que en atención al aviso de accidente mortal emitido por Minera Las Bambas S.A. vía correo electrónico el 5 de octubre de 2017, referente al fallecimiento del Sr. Hilario Castro Ventura, la Gerencia de Supervisión Minera dispuso realizar la investigación de las circunstancias conforme lo establece el RSSO.

Sobre el particular, corresponde precisar que la investigación de las circunstancias de los accidentes mortales no es realizada para determinar *per se* el contexto en el que han ocurrido y sus causas, sino para verificar, a partir de ello, si se cumplió o no con las obligaciones normativas a las que están sujetas las actividades mineras. Por lo tanto, no es posible interpretar que la supervisión realizada en la Unidad Minera “Ferrobamba” del 6 al 8 de octubre de 2017 tenía una finalidad distinta a la prevista en el Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

En relación con lo indicado, cabe mencionar que el numeral 1 del artículo 240° del T.U.O. de la Ley N° 27444 aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, vigente a la fecha de supervisión, establece que los administrados fiscalizados tienen derecho a “ser informados del objeto y del sustento legal de la acción de supervisión y, de ser previsible, del plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación”.

Al respecto, en el Acta de Inicio de Supervisión Especial, obrante a foja 42 del expediente, consta que el día 6 de octubre de 2017 a las 10:00 horas “(...) *los supervisores o funcionarios autorizados por OSINERGMIN debidamente identificados dan inicio a la supervisión conforme a lo señalado en la credencial presentada*”; documento que fue suscrito por los supervisores de OSINERGMIN (ingenieros Hermenegildo Arsenio Brañes Rodríguez y Ronald Gregorio Inga Calderón) y los representantes de la administrada, quienes no emitieron observación alguna.

En consecuencia, se verifica que LAS BAMBAS sí fue informada del objeto de la supervisión, toda vez que tomó conocimiento que esta se iba a realizar de acuerdo a lo establecido en la credencial presentada por los supervisores de OSINERGMIN (Credencial de Supervisión Especial del 5 de

octubre de 2017 otorgada por la GSM a los ingenieros Hermenegildo Arsenio Brañes Rodríguez y Ronald Gregorio Inga Calderón de la Contratista Servicios Completo en Ingeniería S.R.L., obrante a foja 1 del Expediente), en la cual claramente se indica que se designa a dichos profesionales con el objeto de supervisar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas de seguridad de la infraestructura, las instalaciones y la gestión de la seguridad de las operaciones en la Unidad Ferrobamba de titularidad de LAS BAMBAS, conforme consta a foja 1 del Expediente.

Asimismo, se evidencia que no se modificó el objeto de la supervisión, la cual se realizó de conformidad con el Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, ya que siempre tuvo como objeto determinar si LAS BAMBAS cumplió o no con las obligaciones normativas de competencia de OSINERGMIN. En ese sentido, lo alegado por la recurrente carece de todo sustento.

Sin perjuicio de ello, cabe indicar que de acuerdo al numeral 7 del artículo 240° del T.U.O. de la Ley N° 27444, la administración pública, en el ejercicio de la actividad de fiscalización, está facultada a ampliar o variar el objeto de la acción de fiscalización en caso que, como resultado de las acciones y diligencias realizadas, se detecten incumplimientos adicionales a los expresados inicialmente en el referido objeto.

Por lo expuesto, no existió vulneración al Principio del Debido Procedimiento consagrado en el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444¹³ y, en consecuencia, no se configuraron las causales de nulidad previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 10 de la norma citada¹⁴, por lo que corresponde declarar infundado el recurso de apelación en este extremo.

Sobre la especialidad de los supervisores

5. Respecto a lo indicado en el literal b) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde señalar que, de la revisión del Expediente N° 201700164669, se verifica que Servicios Completo en Ingeniería S.R.L. remitió el Informe de la Supervisión Especial en Infraestructura, Transporte, Maquinarias e Instalaciones Auxiliares realizada del 6 al 8 de octubre de 2017 por el accidente ocurrido en la Unidad Minera "Ferrobamba" de titularidad de LAS BAMBAS.

Al respecto, corresponde mencionar que, de conformidad con el numeral 18.13 del artículo 18° de la Directiva para la Selección y Contratación de Empresas Supervisoras, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 037-2016-OS/CD y modificatorias, "si el postor que obtuvo el primer puesto en el orden de mérito no cuenta con los profesionales exigidos en las Bases, su propuesta es descalificada".

En ese sentido, se concluye que la empresa supervisora que gana en las especialidades de

¹³ T.U.O. de la Ley N° 27444

Título Preliminar

Artículo IV. Principio del Debido Procedimiento

(...)

1.2. Principio del Debido Procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; (...)"

¹⁴ T.U.O. de la Ley N° 27444

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14."

RESOLUCIÓN N° 123-2019-OS/TASTEM-S2

supervisión materia de un proceso de selección deben contar con profesionales que tengan los perfiles establecidos en las Bases de dicho proceso.

Sobre el particular, en el Proceso de Selección de Empresas Supervisoras N° 002-2016-OSINERGMIN-GSM se designó como ganador del ítem 4 (Infraestructura) a la empresa SERVICIOS COMPLETO EN INGENIERÍA S.R.L., conforme consta en el Acta Notarial del 6 de julio de 2016 y el Acta N° 6 de dicho proceso¹⁵, siendo importante precisar que en las Bases del concurso para el citado ítem se requerían profesionales que tuvieran título profesional de Ingeniero de Minas o Geólogo, un bachiller en Ingeniería de Minas, geológica y/o mecánica y un abogado; es decir, no se requerían profesionales en Ingeniería Civil.

En el presente caso, los señores Hermenegildo Arsenio Brañes Rodríguez y Ronald Gregorio Inga Calderón de la empresa supervisora Servicios Completo en Ingeniería S.R.L., quienes realizaron la visita de supervisión del 6 al 8 de octubre de 2017 en "Ferrobamba" autorizados por OSINERGMIN, son profesionales en Ingeniería de Minas con C.I.P N° 62466 y 62007, respectivamente. Por lo tanto, se constata que sí cumplen con el perfil requerido en el ítem 4 "Supervisión en transporte, maquinarias e instalaciones auxiliares (Infraestructura)" del Proceso de Selección de Empresas Supervisoras N° 002-2016-OSINERGMIN-GSM.

A mayor abundamiento, cabe señalar que en virtud a su formación técnica y profesional los ingenieros de minas cuentan con las aptitudes para supervisar aspectos relacionados a la infraestructura de las vías de tránsito de maquinarias en una Unidad Minera; justamente por ello es que en el proceso de selección citado para el ítem 4 se requirieron, entre otros, profesionales en Ingeniería de Minas.

En ese sentido, la supervisión fue válidamente realizada, correspondiendo desestimar este extremo del recurso de apelación interpuesto por LAS BAMBAS.

Sobre el incumplimiento al literal a) del artículo 95° del RSSO

6. En relación a lo indicado en los literales c) al f) del numeral 2 de la presente resolución, respecto a que la vía de tránsito con pendiente negativa no era cercana ni contigua a la zona temporal de parqueo, pues ésta se encontraba a 158 metros del final de la rampa y además entre ellas existía un óvalo con muros de contención, corresponde precisar que la cercanía en este caso no está referida a la distancia, sino a que la zona de parqueo se encuentra en la proyección de la pendiente negativa (rampa tramo 2), conforme consta en los Planos "Escena antes del accidente", "Escena después del accidente", así como en los registros fotográficos N° 17 y 23, obrantes a fojas 635, 636, 104 y 105 del Expediente, en donde se observa que la zona de parqueo está en la trayectoria de la rampa.

Sobre el particular, en el Informe de Supervisión obrante en el Expediente (fojas 17 y 18 del Expediente) se dejó constancia de lo siguiente:

"Siendo las 17:50:58 horas, en el momento que el camión 930E (HT031) descendía por la rampa tramo 2 (...) a 172.0 m antes de la vía de ingreso al stock de mineral mixto va ganando velocidad de 44.96 km/h, sin poder ingresar sigue su trayectoria en línea recta, haciendo señales de luz, para alertar a los operadores de los camiones HT05 y HT44, que en ese momento salían por la

¹⁵ Obrantes en la siguiente dirección web: https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Procesos-Seleccion/ES/GSM/02-2016-GSM/Acta-consentimiento-02-2016-GSM.pdf



vía que conduce al stock de mineral mixto, sobrepasa directamente el óvalo con una velocidad de 72.18 km/h, rompe los muros que delimitaban el punto de abastecimiento de agua (Garza 1), los muros del parqueo de estacionamiento de equipos livianos y equipos pesados medianos ubicados próximo al tajo abierto en la proyección de la rampa principal tramo 2, impactando en la parte delantera a la camioneta HILUX con código 655 (...), vira levemente hacia su lado izquierdo, cayendo luego hasta el tercer banco del fondo del tajo abierto a una altura de 44.17 m, siendo las 17:51:24 horas". (sic)

En ese sentido, se verifica que si bien la zona de parqueo no se encontraba en la ruta original del camión 930E (H031) para realizar la tarea de acarreo de mineral y desmonte desde el lugar donde se encontraba la pala SH001 (zona Jahuapaylla Alta) hasta el stock de minera mixto, físicamente sí era cercana a la pendiente negativa (rampa tramo 2) al encontrarse en su trayectoria; tanto es así que el camión, al no poder ingresar al stock, sigue por la rampa en línea recta, pasa el óvalo y finalmente terminar en la zona de parqueo y cae al fondo del tajo.

Ahora bien, en relación a que no tenía la obligación de identificar el peligro de contar con una vía de acceso con pendiente negativa en el diseño de la construcción de la zona de parqueo, corresponde mencionar que, independientemente de que dicha zona tenga carácter temporal o que solo haya sido implementada (no diseñada, según alega) en un espacio libre, el titular minero debía cumplir con la normativa vigente y, en consecuencia, durante dicha implementación identificar el peligro de tener una vía de tránsito con pendiente negativa cercana para evaluar los riesgos y ejecutar las medidas de control que correspondan durante el periodo de existencia de la zona de parqueo.



Por otro lado, de la revisión del IPERC línea base de la tarea acarreo de mineral y desmonte, obrante a foja 192 del expediente, se verifica que para la identificación del peligro "equipos en movimiento", los riesgos son "caídas a desnivel por falta de bermas, volcaduras, colisiones, aplastamiento a equipos menores" y como medidas de control determinó lo siguiente: a) mantener las distancias entre equipos, b) el diseño de vías y bermas de tránsito como control de ingeniería y c) la comunicación radial efectiva, la confirmación entre operadores, operador autorizado"; no evidenciándose de la lectura de dicho documento la implementación de medidas que controlen el incremento de velocidad de los camiones komatsu en su tránsito por vías con pendiente negativa.

Aunado a ello, en el supuesto que la administrada materialmente hubiese identificado el peligro de tener una vía de tránsito con pendiente negativa cercana a la zona de parqueo y contemplado los riesgos derivados del mismo, se debe precisar que lo establecido en el RSSO para el diseño de vías, como el ancho de rampas y bermas de seguridad, altura del muro de seguridad, entre otros, se aplica a las vías y rampas en general, por lo que su cumplimiento por parte de la administrada no son medidas que controlan el incremento de la velocidad de los camiones Komatsu, específicamente en su tránsito por la rampa tramo 2 que tiene pendiente negativa. (Subrayado agregado)

Asimismo, la implementación de un óvalo de maniobras entre la rampa tramo 2 y la zona de parqueo, la señalización de las zonas con límites de velocidades, las capacitaciones a los operarios y las revisiones al camión alegadas por la administrada son acciones que tampoco pudieron controlar de manera eficiente el incremento de velocidad del camión 930E (H031) durante su tránsito por la vía con pendiente negativa.

En efecto, conforme se ha expuesto en párrafos precedentes, el camión sobrepasó el óvalo con



una velocidad de 72.18 km/h, rompió los muros del punto de abastecimiento y llegó hasta la zona de parqueo, cayendo al tajo. La señalización, las capacitaciones y las revisiones técnicas del camión son medidas que coadyuvan al buen funcionamiento del vehículo y a la orientación del operador durante su tránsito por una pendiente negativa. Sin embargo, no resultan suficientes para controlar una situación cuando se suscita el incremento de velocidad de los camiones komatsu en una pendiente negativa, como sucedió en el presente caso, en el cual no se habían implementado medidas de control eficientes en la propia vía, como por ejemplo, rampas de emergencia, carreteras de alivio u otras que el titular minero disponga, que sirvieran para efectivamente controlar el incremento de velocidad del camión komatsu en la vía con pendiente negativa.

En relación a las medidas de control alegadas por la administrada, tales como la prueba de frenos, los cuales ayudan en las pendientes negativas, y la evaluación de los riesgos potenciales en el trayecto (obligación del operador), corresponde indicar que, en su caso, constituyen medidas que no cumplieron su finalidad: controlar en una situación concreta el incremento de velocidad de un camión komatsu en la vía con pendiente negativa (rampa tramo 2).

Al respecto, las medidas de control tienen por finalidad minimizar y/o eliminar los riesgos. En el presente caso se verifica que las acciones efectuadas por la administrada no minimizaron y/o eliminaron el riesgo del incremento de velocidad del camión komatsu en la vía con pendiente negativa (rampa tramo 2), toda vez que no implementó una medida en la propia vía que controle dicho incremento de velocidad.



Cabe precisar que la minimización de riesgos involucra realizar todas las acciones que sean necesarias para controlar el riesgo; en este caso, ante el incremento de velocidad del camión en la pendiente negativa, correspondía no solo ejecutar medidas vinculadas al propio vehículo, como mantenimiento o revisión de frenos; al operador, como capacitaciones; a la tarea (como la ubicación del stock de mineral antes del final de la rampa) o acciones previas, como la señalización de la vía con límites de velocidad; sino además medidas enfocadas a controlar de forma directa el incremento de velocidad de la maquinaria en la pendiente en el momento en que se esté suscitando, la cual debió ser implementada en la propia vía (infraestructura), hecho que no ocurrió.

Sobre el particular, se verificó que al final de la rampa tramo 2 existía un óvalo, muros del punto de abastecimiento de agua y del parqueo; sin embargo, el camión komatsu traspasó el óvalo y rompió los muros cayendo finalmente al tajo ubicado junto a la zona parqueo. En ese sentido, se evidencia que los mecanismos existentes en la trayectoria de la rampa no fueron suficientes para controlar el incremento de velocidad suscitado. Además, la administrada no presentó medio probatorio alguno que evidencie la realización de alguna medida que efectivamente controlara el riesgo.

Por otro lado, con relación a que sus medidas de control fueron adoptadas en función a la tolerabilidad del riesgo determinada, corresponde señalar que en la Matriz de Riesgos del Formato IPERC Continuo del Anexo N° 7 del RSSO se establecen los niveles de riesgo alto (intolerable), medio y bajo (tolerable); sin embargo, para todos los riesgos establece un plazo para realizar la medida correctiva correspondiente de 0-24 horas, 0-72 horas y 1 mes, respectivamente; es decir, en todos los supuestos, incluso si el riesgo es bajo, se tiene que adoptar una medida de control para eliminarlo y/o minimizarlo, lo cual es acorde con lo previsto en el literal a) del artículo 95° del RSSO, al exigir la identificación de peligros, la evaluación de riesgos e implementación de las medidas de control, sin restricción alguna a determinados supuestos.

Por lo expuesto, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación.

Sobre la supuesta vulneración al Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima

7. En relación a lo alegado en el literal g) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que el artículo 262° literal h) del RSSO establece que se deben *"construir carreteras de alivio o rampas de emergencia en las vías principales existentes (accesos y zigzags) con gradientes positivas, como producto de la identificación de peligros, evaluación y control de los riesgos. Estas carreteras de alivio ayudan a la reducción de la velocidad de la maquinaria para controlarla hasta detenerla en una situación de emergencia"*.

En relación con ello, la administrada indica que no se encontraba obligada a implementar carreteras de alivio o rampas de emergencia porque la rampa tramo 2 no es una vía principal; sin embargo, corresponde precisar que, en el presente caso, la mención en la resolución de sanción a contar con carreteras de alivio o rampas de emergencia en la vía de tránsito con pendiente negativa (rampa tramo 2) no es porque se exija a la recurrente la colocación de las mismas como cumplimiento del artículo 262° literal h) del RSSO, sino en virtud a que técnicamente constituye un mecanismo que ayuda a reducir la velocidad de las maquinarias hasta detenerlas en una situación de emergencia.

Así, en la resolución de sanción (foja 960 del expediente) se indicó expresamente que *"en la rampa tramo 2 no se contaba con un diseño de vías que permitiera controlar el incremento de la velocidad de los camiones Komatsu, tales como carreteras de alivio o rampas de emergencia en vías tránsito"*.

En ese sentido, la administrada, considerando el peligro de contar con una vía de tránsito con pendiente negativa, podía construir carreteras de alivio o rampas de emergencia o implementar otras medidas en la propia vía que efectivamente controlen el incremento de velocidad de los camiones komatsu que transitaran allí, a fin de dar cumplimiento al literal a) del artículo 95° del RSSO, lo cual finalmente no realizó.

Lo indicado no constituye una interpretación extensiva del artículo 262° literal h) del RSSO, puesto que no se está "exigiendo" su aplicación a supuestos no previstos en la propia norma, conforme se ha expuesto. Asimismo, cabe señalar que esta disposición no es materia de imputación en el procedimiento administrativo sancionador.

De otro lado, de conformidad con el numeral 111.1 del artículo 111° del T.U.O. de la Ley N° 27444, "el derecho de petición incluye las consultas por escrito a las autoridades administrativas, sobre las materias a su cargo y el sentido de la normativa vigente que comprende su accionar, particularmente aquella emitida por la propia entidad".

Al respecto, el RSSO fue emitido por el Ministerio de Energía y Minas, por lo que los titulares mineros tienen el derecho de realizar las consultas que estimen convenientes sobre la aplicación de las disposiciones contenidas en el referido Reglamento a dicha autoridad. En consecuencia, lo indicado por la administrada sobre que no existe un ente consultor carece de sustento.

Ahora bien, OSINERGMIN se encuentra facultado a supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones técnicas y legales mineras de su competencia, de conformidad con el artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios

Públicos, y el artículo 5° de la Ley N° 26734, Ley del OSINERGMIN¹⁶.

Asimismo, de acuerdo al artículo 242° del T.U.O. de la Ley N° 27444, “el Acta de Fiscalización deja constancia de los hechos verificados durante la diligencia”.



En virtud a las normas citadas, se concluye que OSINERGMIN tiene facultades para supervisar las actividades mineras realizadas por los agentes supervisados, para lo cual en el Acta de Fiscalización se indican los hechos verificados en las instalaciones. Sin embargo, de la lectura de dichas normas no se infiere que la empresa supervisora encargada de realizar la supervisión esté validando las condiciones en que encuentra una determinada unidad minera cuando no hace mención respecto de ellas en el Acta o en el Informe de Supervisión.

En efecto, si no se verifican algunas condiciones en una determinada supervisión no implica un reconocimiento por parte de OSINERGMIN de que las instalaciones del administrado cumplan con la normativa vigente, pudiendo esta entidad verificarlas en una visita de supervisión posterior y, en su caso, determinar si el titular minero cumple con sus obligaciones.

Por todo lo expuesto, no se verifica una vulneración al Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima, previsto en el numeral 1.15 del Artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444¹⁷, toda vez que no se ha realizado una interpretación extensiva del artículo 262° literal h) del RSSO, ni se indicó a la administrada en una supervisión anterior que el hecho, materia de imputación en este procedimiento (no identificar el peligro, evaluar los riesgos e implementar medidas de control respecto a contar con una vía de tránsito con pendiente negativa), no calificaba como un incumplimiento en dicho momento.



En consecuencia, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación interpuesto por LAS BAMBAS.

Sobre la finalidad orientativa de las fiscalizaciones

8. En relación a lo indicado en el literal h) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde señalar que el numeral 245.2 del artículo 245° del T.U.O. de la Ley N° 27444, establece que “las entidades procurarán realizar algunas fiscalizaciones únicamente con finalidad orientativa esto es, de identificación de riesgos y notificación de alertas a los administrados con la finalidad de que

¹⁶ Ley N° 27332

“Artículo 3.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas;”.

Ley N° 26734

“Artículo 5.- Funciones

(...)

c) Supervisar y fiscalizar que las actividades de los subsectores de electricidad, hidrocarburos y minería se desarrollen de acuerdo a los dispositivos legales y normas técnicas vigentes”.

¹⁷ T.U.O. de la Ley N° 27444

Título Preliminar

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

(...)

1.15. Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima

(...)

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos. La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.

mejoren su gestión”.

Al respecto, de la lectura de este dispositivo se evidencia claramente que el mismo no exige que todas las fiscalizaciones deban realizarse para orientar a los administrados sobre sus actividades. En consecuencia, de conformidad con las funciones de supervisión de OSINERGMIN, esta entidad se encuentra facultada para verificar el cumplimiento de la normativa vigente por parte de los administrados y, de ser el caso, en el marco de su función fiscalizadora y sancionadora, determinar la configuración de una infracción administrativa e imponer la sanción correspondiente.

Por lo tanto, corresponde declarar infundado este extremo del recurso de apelación.

Sobre el caso fortuito

9. Sobre lo indicado en el literal i) del numeral 2 de la presente resolución, la administrada indica que, pese a las acciones diligentes que realizó, no pudo evitar el accidente, ya que este hecho fue imprevisible, extraordinario e irresistible.

Al respecto, de acuerdo al literal a) del numeral 1 del artículo 257° del T.U.O. de la Ley N° 27444, el caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobada constituye una condición eximente de responsabilidad por infracciones.

De acuerdo a lo indicado, la condición eximente de responsabilidad se configura cuando se comprueba que el incumplimiento a la normativa vigente se debió a un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, lo que será materia de evaluación en los párrafos siguientes.

En el presente caso, se ha verificado que LAS BAMBAS no cumplió la obligación prevista en el literal a) del artículo 95° del RSSO, toda vez que las medidas que implementó no fueron suficientes para controlar el incremento de velocidad de los camiones komatsu en la vía de tránsito con pendiente negativa (rampa tramo 2) cercana a la zona de parqueo, habiéndose verificado que en la propia vía no realizó ninguna medida de control eficiente para controlar dicho riesgo.

Ahora bien, la administrada no ha presentado medio probatorio alguno que acredite que incumplió la obligación normativa por la ocurrencia de algún hecho imprevisible, extraordinario e irresistible. Además, el accidente no califica como tal, toda vez que, en el momento que se suscitó, la propia vía no tenía medidas para controlar efectivamente el riesgo. Por lo tanto, el accidente no podría ser el evento imprevisible, extraordinario e irresistible que ocasionara la ausencia de implementación de medidas de control suficientes para controlar el riesgo ante la verificación del peligro, más aún si, en su condición de empresa dedicada a las actividades mineras, cuenta con capacidad técnica y financiera para diseñar y operar sus instalaciones cumpliendo la normativa.

En consecuencia, no se configura la condición eximente de responsabilidad prevista en el literal a) del numeral 1 del artículo 257° del T.U.O. de la Ley N° 27444, por lo que corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación.

Sobre el cálculo de multa

10. En relación a lo alegado en el literal j) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde indicar que el criterio de “costo por servicios no vinculados a la supervisión” se sustenta en el Principio

de Razonabilidad, previsto en el numeral 3 del artículo 248° del T.U.O. de la Ley N° 27444¹⁸, que dispone que *"las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción"*.

Sin embargo, si bien es un criterio que se ha venido utilizando para darle carácter disuasivo a las multas, de la revisión del cálculo de la multa por la infracción al literal a) del artículo 95° del RSSO, se verifica que la cuantía de la sanción sin considerar el costo citado ya resultaba disuasiva, por lo que corresponde su exclusión. Por lo tanto, se recalculará la multa impuesta por esta infracción excluyendo dicho concepto y manteniendo los demás factores que no fueron cuestionados por la recurrente, conforme a lo siguiente:

Cálculo de multa	
Descripción	Monto
Costo de especialistas (S/ octubre 2017)	145,659.53
TC octubre 2017	3.25
Costo de especialistas(US\$, octubre 2017)	44,784.49
Tasa COK mensual	1.07%
Número de meses	12
Costo capitalizado (US\$, octubre 2018)	50,893.10
TC octubre 2018	3.335
Beneficio económico por Costo Evitado (S/ octubre 2018)	169,746.99
Escudo Fiscal (30%)	50,924.10
Costo por servicios no vinculados a supervisión	0.00
Beneficio económico - Factor B (S/ octubre 2018)	118,822.89
Probabilidad de detección	30%
Multa Base (S/.)	396,076.31
Factores Agravantes y Atenuantes	1.00
Multa (S/.)	396,076.31
Multa (UIT)	95.44

¹⁸ T.U.O de la Ley N° 27444.

"Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

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



De acuerdo a lo expuesto, la multa por el incumplimiento al literal a) del artículo 95° del RSSO queda establecida en 95.44 (noventa y cinco con cuarenta y cuatro centésimas) UIT.

Otros argumentos adicionales

11. Sobre lo indicado en el literal k) del numeral 2 de la presente resolución, no consta en el expediente que LAS BAMBAS haya presentado argumentos adicionales a su recurso de apelación.

Asimismo, de acuerdo al artículo 33° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS, el agente supervisado puede solicitar el uso de la palabra al órgano sancionador o al órgano revisor. La denegatoria a dicha solicitud debe encontrarse debidamente motivada a fin de no vulnerar el derecho al debido procedimiento¹⁹.

Por su parte, de conformidad con el numeral 23.3 del artículo 23° del nuevo Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD, corresponde al Presidente de la Sala 2 del TASTEM aprobar la realización de informes orales cuando resulte necesario para resolver el caso²⁰.

Sobre el particular, cabe señalar que habiéndose revisado y analizado todos los actuados obrantes en el expediente, conforme se advierte de los considerandos expuestos precedentemente, esta instancia administrativa considera que ha contado con elementos de juicio suficientes para emitir su pronunciamiento sobre el presente caso, habiéndose señalado los motivos por los cuales se han desestimado los argumentos alegados por el recurrente.

En virtud de ello, el Presidente de esta Sala del TASTEM, con la conformidad de los demás Vocales que integran este Órgano Colegiado, considera que no corresponde acceder a la solicitud de informe oral formulada por LAS BAMBAS.

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** el recurso de apelación interpuesto por MINERA LAS BAMBAS S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 328-2019 de fecha 6 de febrero de 2019 en el extremo del cálculo de multa y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus demás extremos por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- DETERMINAR que el importe total de la multa queda establecido en 95.44 (noventa y cinco con cuarenta y cuatro centésimas), de conformidad con el artículo 1° de la presente resolución.

¹⁹ Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD

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.

²⁰ Resolución N° 044-2018-OS/CD

Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN

Artículo 23.- Funciones de los Presidentes de las Salas de los Órganos Resolutivos

(...)

23.3. Disponer la realización de informes orales cuando lo considere necesario para resolver el caso, o si algún Vocal o el Secretario Técnico Adjunto se lo solicite o a pedido de parte. (...)

Artículo 3°.- Declarar agotada la vía administrativa.

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



HÉCTOR ADRIÁN CHAVARRY ROJAS
PRESIDENTE