

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 149-2019-OS/TASTEM-S2

Lima, 07 de mayo de 2019

VISTO:



El Expediente N° 201800009371 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° 500-2019 de fecha 27 de febrero de 2019, a través de la cual se la 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° 500-2019 de fecha 27 de febrero de 2019¹, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A., en adelante LOS QUENUALES, con una multa de 1.40 (una con cuarenta 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 numeral 2 del literal e) del artículo 254° del RSSO² Durante la supervisión en las operaciones subterráneas, se efectuó la medición de la emisión de gases de monóxido de carbono (CO) por el tubo de escape de los equipos petroleros. Los resultados obtenidos en los siguientes equipos exceden los 500 ppm exigidos por la norma:			Numeral 2.1.11 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD ³	1.40 UIT
Equipo	Medición de CO (ppm)	Ubicación del equipo		
Volquete COQ-947, N° 22	697	Nv. – 125 Rampa Norte		



¹ Mediante la Resolución N° 500-2019 se dispuso el archivo del incumplimiento al numeral 3 del artículo 249° del RSSO.

² RSSO

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

(...)

e) Las operaciones de los equipos petroleros se deben suspender, 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”.

³ 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: Artículo 254° del RSSO.

Sanción: Hasta 400 UIT

Camioneta Hilux, ANI-772	738	Nv. – 310 Rampa Norte		
Camión Anfo Loader, AMO-948	1003	Nv.-310 Tajo 840 W		
TOTAL				1.40 UIT ⁴

Como antecedentes relevantes, cabe señalar lo siguiente:

- 
- a) Del 6 al 10 de octubre de 2017 se realizó una visita de supervisión a las instalaciones de la Unidad Minera “Contonga” de titularidad de LOS QUENUALES⁵, con el propósito de verificar el cumplimiento de la normativa vigente⁶.
 - b) Con Oficio N° 2234-2018 notificado con fecha 7 de agosto de 2018, obrante a fojas 17 y 18 del expediente, la GSM comunicó a LOS QUENUALES el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, adjuntando el Informe de Instrucción Inicio de PAS N° 1896 del 18 de julio de 2018 y otorgándole el plazo de siete (7) días hábiles para la presentación de sus descargos.
 - c) Mediante escrito remitido con fecha 14 de agosto de 2018, LOS QUENUALES solicitó una ampliación del plazo para la presentación de sus descargos.
 - d) Con Oficio N° 383-2018-OS-GSM, notificado con fecha 17 de agosto de 2018, se otorgó a la administrada una prórroga del plazo para presentar sus descargos.
 - e) Mediante escrito remitido con fecha 24 de agosto de 2018, LOS QUENUALES presentó sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador y solicitó el uso de la palabra.
 - f) Mediante Oficio N° 605-2018-OS-GSM, notificado con fecha 22 de noviembre de 2018, se trasladó a LOS QUENUALES el Informe Final de Instrucción N° 2566-2018, otorgándole el plazo de cinco (5) días hábiles para la remisión de sus descargos.
 - g) A través del Oficio N° 604-2018-OS-GSM, notificado con fecha 22 de noviembre de 2018, se citó a la administrada a la audiencia de informe oral a realizarse el 30 de noviembre de 2018 a las 09:30 horas.
 - h) Mediante escrito remitido con fecha 29 de noviembre de 2018, LOS QUENUALES presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción N° 2566-2018.
 - i) Con fecha 30 de noviembre de 2018, se realizó la audiencia de informe oral solicitada por LOS QUENUALES, contando con la presencia de los representantes de OSINERGMIN y de la administrada, conforme consta en el Acta de Informe Oral obrante a fojas 134 del expediente.
- 

⁴ La determinación y graduación de la sanción se realizó en función a los criterios de graduación aprobados por la Resolución N° 040-2017-OS/CD y a la probabilidad de detección prevista en el Anexo I de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS-GG, publicada con fecha 23 de noviembre de 2013, aplicable al presente caso de conformidad con lo dispuesto en la Única Disposición Complementaria de dicha resolución.

⁵ Conforme consta en el Acta de Supervisión obrante a fojas 3 y 4 del expediente, suscrita por los representantes de LOS QUENUALES. Asimismo, en la sección observaciones de dicho documento el titular indicó que se realizó el levantamiento de los equipos que fueron observados por los supervisores.

⁶ La Unidad Minera “Contonga” se encuentra ubicada en el distrito de San Marcos, provincia de Huari y departamento de Áncash.

- j) A través del escrito remitido con fecha 3 de diciembre de 2018, LOS QUENUALES presentó argumentos adicionales.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Mediante escrito de registro N° 201800009371 remitido con fecha 22 de marzo de 2019, LOS QUENUALES interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 500-2019, en atención a los siguientes fundamentos:



Sobre la extinción de la personalidad jurídica de Contonga Perú S.A.C. y la vulneración al Principio de Causalidad

- a) LOS QUENUALES indica que el procedimiento iniciado en su contra mediante el Oficio N° 2234-2018, notificado el 7 de agosto de 2018, se derivó de las presuntas infracciones detectadas durante la supervisión efectuada del 6 al 10 de octubre de 2017 en la Unidad Minera "Contonga", cuyo titular en dicho momento era la empresa Contonga Perú S.A.C., en adelante, Contonga Perú.

Al respecto, refiere que, conforme acreditó en su escrito de descargos, las Juntas Generales de Accionistas de Contonga Perú y LOS QUENUALES celebradas con fecha 28 de diciembre de 2017 acordaron la fusión por absorción de la empresa Contonga Perú por parte de LOS QUENUALES, siendo ésta última la actual titular de la Unidad Minera "Contonga".

Sobre el particular, manifiesta que, hasta la fecha de entrada en vigencia de la fusión por absorción (1 de enero de 2018), no se había iniciado procedimiento administrativo sancionador alguno contra Contonga Perú derivado de la supervisión efectuada del 6 al 10 de octubre de 2017.



Ahora bien, de acuerdo al numeral 2 del artículo 344° de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, la "absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque los patrimonios de las absorbidas".

En el presente caso, basándose en la disposición citada, en el Informe Final de Instrucción N° 2566-2018 se indicó erróneamente lo siguiente:

"Conforme a lo anterior, LOS QUENUALES en su calidad de absorbente ha asumido a título universal el patrimonio de Contonga Perú S.A.C., lo cual implica los derechos y obligaciones de esta empresa con relación a la Unidad Minera "Contonga" entre los que se encuentra la responsabilidad administrativa por infracciones cometidas por Contonga Perú S.A.C. determinadas por OSINERGMIN".

Sin embargo, si bien LOS QUENUALES asumió a título universal el patrimonio de Contonga Perú (activos y pasivos) debido a la fusión por absorción, lo cierto es que al momento de su entrada en vigencia no existía ninguna obligación de Contonga Perú originada de alguna infracción detectada en la supervisión realizada del 6 al 10 de octubre de 2018 que configurase un pasivo a transferir a LOS QUENUALES (no se había determinado la responsabilidad administrativa: sanción firme), ni tampoco un pasivo contingente (un procedimiento sancionador en trámite que pudiese derivar en una posible responsabilidad

administrativa), toda vez que, conforme se indicó, el procedimiento sancionador recién se inició el 7 de agosto de 2018.

Adicionalmente, la autoridad administrativa ha señalado en el Informe Final de Instrucción N° 2566-2018 que se transmiten las infracciones de una empresa a otra de acuerdo a lo establecido en el literal c) del artículo 17° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 40-2017-OS/CD, conforme a lo siguiente:



"En tal sentido, en el caso de la fusión por absorción, resulta procedente admitir la transmisión de las infracciones de la empresa absorbida a la empresa absorbente. Así pues, en virtud de lo señalado, dicha situación se encuentra expresamente prevista en el literal c) del artículo 17° del RSFS".

Al respecto, el citado artículo 17° dispone que *"previa evaluación debidamente fundamentada, el órgano instructor declara el archivo de la instrucción en los siguientes supuestos: (...) c) El agente supervisado haya fallecido o se haya extinguido. No resulta aplicable para la reorganización societaria, según la normativa de la materia".*

En consecuencia, se debe declarar el archivo de la instrucción cuando la persona jurídica se ha extinguido, tal como sucedió en el presente caso, ya que la excepción prevista solo puede aplicarse si al momento de la reorganización de sociedades existía un procedimiento en trámite (procedimiento administrativo sancionador iniciado) que se configure como un pasivo de la sociedad que se extingue (al ser absorbida).



En relación con ello, una interpretación en contrario implicaría vulnerar la Ley General de Sociedades, norma que tiene rango de ley a diferencia del Reglamento aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD⁷.

De igual modo, si la autoridad administrativa refiere que la responsabilidad derivada de la supervisión de octubre de 2017 configura un pasivo transferido a LOS QUENUALES, con ello estaría aseverando además que Contonga Perú incurrió en infracciones administrativas en dicho momento y luego de la fusión se transfirió dicha responsabilidad como pasivo sin haber iniciado previamente un procedimiento administrativo sancionador contra Contonga Perú, lo cual vulnera el Principio de Presunción de Licitud, el cual prescribe que *"las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario"*.

Aunado a ello, de acuerdo al Principio de Causalidad previsto 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 sancionable"*. En consecuencia, no cabe atribuir a LOS QUENUALES responsabilidad por hechos (conducta) de terceros, en este caso de Contonga Perú, pues resulta evidente que los hechos imputados ocurrieron antes de la fusión.

⁷ Sobre este tema, cita a Jorge Danós Ordoñez, "La extinción de las infracciones y sanciones administrativas", en *Derecho Administrativo: Innovación, Cambio y Eficacia. Libro de ponencias del Sexto Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Lima, Thomson Reuters, 2014, p. 29, conforme a lo siguiente:

"7. FUSIÓN

La fusión constituye otra modalidad de reorganización societaria mediante la cual se unifican patrimonios de dos (2) o más sociedades existentes y que, dependiendo de la modalidad adoptada, se produce la extinción de la personalidad jurídica de alguna o de todas las sociedades absorbidas o incorporadas, conforme al artículo 344 de la LGS. Por tal razón en nuestra opinión debería aplicarse las mismas reglas que hemos expuesto al desarrollar la situación de una persona jurídica que se extingue. De esa manera la sociedad resultante de la fusión o la sociedad absorbente solo deberá responder por las sanciones administrativas que hayan sido impuestas hasta antes de producirse la extinción de las sociedades absorbidas o incorporadas, lo que a tenor del artículo 353 de la LGS solo se produce con la inscripción de la fusión en registros públicos".

Al respecto, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en su Guía práctica sobre el Procedimiento Administrativo Sancionador (junio 2015), indica que el enunciado de la citada norma está referido a la determinación de la persona responsable de la autoría. En ese sentido, la persona que realiza la conducta que configura una infracción debe ser la única sobre quien recaiga la responsabilidad administrativa correspondiente, no pudiendo sancionar a un tercero.



En el presente caso, la infracción fue supuestamente detectada en la supervisión de octubre de 2017, por lo que no fue realizada y/o causada por LOS QUENUALES, toda vez que en dicho momento no era titular de la Unidad Minera. En ese sentido, no puede atribírsele responsabilidad por el incumplimiento⁸.

Adicionalmente, refiere que es imposible que LOS QUENUALES hubiese tomado conocimiento de las sanciones que asumía como pasivo, pues al momento de la fusión no existía un procedimiento sancionador derivado de la supervisión de octubre de 2017.

Por lo expuesto, solicita la nulidad de la resolución impugnada en este extremo y el archivo del procedimiento sancionador.

Sobre la condición eximente de responsabilidad

- b) En la resolución impugnada no se consideró que el titular anterior cumplió la condición eximente de responsabilidad prevista en el literal f) del artículo 257° del T.U.O. de la Ley N° 27444, respecto a la infracción al numeral 2 del literal e) del artículo 254° del RSSO, toda vez que los vehículos observados durante la supervisión fueron retirados inmediatamente y se realizaron trabajos para el levantamiento de la observación de forma inmediata.



Al respecto, el Informe Final de Instrucción N° 2566-2018 ha señalado lo siguiente:

“En cuanto a las acciones realizadas para fines de acreditar el cumplimiento de la obligación imputada y eximente de responsabilidad por subsanación, se reitera que respecto a la infracción imputada no procede la condición eximente de responsabilidad, conforme a lo previsto en el literal h) del numeral 15.3 del artículo 15° del RSFS”.

Sobre el particular, Contonga Perú efectuó el mantenimiento de los vehículos observados en la supervisión de octubre de 2017, obteniéndose los siguientes resultados luego de las acciones ejecutadas para subsanar en forma voluntaria los presuntos incumplimientos:

Equipo	Monóxido de Carbono (500 ppm)	Ubicación del equipo
Volquete, COQ-947, N° 22	402	Nv. – 125 Rampa Norte
Camioneta HILUX, ANI-772	229	Nv. – 310 Rampa Norte
Camión Anfo Loader, AMO-948	198	Nv. – 310 Tajo 840 W

Con el objetivo de acreditar estas acciones, refiere que en los registros fotográficos N° 1, 2 y 3 de su recurso de apelación se aprecian los reportes de medición generados el 11 de

⁸ Respecto al Principio de Causalidad, la administrada cita a Morón Urbina, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, novena edición, 2011, pp. 723 y 724, conforme a lo siguiente: “(...) 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”.

octubre de 2017 por Contonga Perú⁹, con los cuales acredita que cumple lo dispuesto en el numeral 2 del literal e) del artículo 254° del RSSO. Asimismo, indica que actualmente ninguna de las unidades citadas se encuentra trabajando, ya que han sido dadas de baja y/o reemplazadas.



De igual modo, manifiesta que el numeral 2 del literal e) del artículo 254° del RSSO exige la suspensión y prohibición del ingreso de vehículos cuando se excedan los 500 ppm, lo cual fue cumplido por Contonga Perú, considerando que la norma no establece directamente un parámetro de medición, sino una obligación cuando se presente una determinada condición en dicho parámetro.

En el presente caso, Contonga Perú retiró los vehículos y suspendió su ingreso a la mina hasta que se cumplió con el parámetro, lo cual sí constituye una subsanación efectuada con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos.

En relación a lo indicado, con fecha 21 de diciembre de 2016 se publicó en el diario oficial El Peruano el Decreto Legislativo N° 1272, que modificó diversos artículos de la Ley N° 27444. Posteriormente, el 25 de enero de 2019, se publicó el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS que aprobó el T.U.O. de la Ley N° 27444, cuyo artículo 257° establece:

“Artículo 257.- 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 sancionador 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 255”.



Asimismo, el numeral 2 del Artículo II del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444 dispone lo siguiente:

“Artículo II.- Contenido

(...)

2. 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 igual sentido, el artículo 247° del T.U.O. de la Ley N° 27444 establece que *“(...) los procedimientos especiales no pueden imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo. (...)”.*

De acuerdo con las normas citadas, resulta ilegal que una norma con rango inferior a la ley (por ejemplo, un Reglamento) pretenda limitar la aplicación de las condiciones eximentes de responsabilidad administrativa previstas en el T.U.O. de la Ley N° 27444, incluyendo la subsanación voluntaria de la infracción antes del inicio del procedimiento, ya que, donde la ley no distingue, la administración pública tampoco puede distinguir. Por lo tanto, no se deben establecer condiciones desfavorables para los administrados por la vía reglamentaria.

⁹ Se aprecian mediciones al Volquete, COQ-947, N° 22, Camioneta HILUX, ANI-772 y Camión Anfo Loader, AMO-948 del día 11 de octubre de 2017 que dan como resultado valores inferiores a 500 ppm de CO.

RESOLUCIÓN N° 149-2019-OS/TASTEM-S2

A mayor abundamiento, refiere que la eximente de responsabilidad ya ha sido aplicada por el TASTEM en las Resoluciones N° 004-2017-OS/TASTEM-S2 del 10 de enero de 2017 y N° 011-2017-OS/TASTEM-S2 del 16 de enero de 2017.

Otros alegatos



c) LOS QUENUALES se reserva el derecho de ampliar los argumentos de su recurso de apelación, de conformidad con el artículo 172° del T.U.O. de la Ley N° 27444. Asimismo, solicita el uso de la palabra, de acuerdo al artículo 33° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

3. A través del Memorándum N° GSM-177-2019, recibido con fecha 27 de marzo de 2019, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a la extinción de la personalidad jurídica de Contonga Perú S.A.C. y la supuesta vulneración al Principio de Causalidad

4. Respecto de lo alegado en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que en la supervisión realizada del 6 al 10 de octubre de 2017 a la Unidad Minera Contonga de titularidad de Contonga Perú se verificó que los equipos Volquete COQ-947 N° 22, Camioneta Hilux ANI-772 y Camión Anfo Loader AMO-948, ubicados en el Nv. -125 Rampa Norte, Nv.- 130 Rampa Norte y Nv.- 310 Tajo 840 W, respectivamente, emitían más de 500 ppm de monóxido de carbono (CO) por el tubo de escape, conforme consta en: i) el Acta de Supervisión (hecho constatado N° 1), ii) el Formato "Medición de emisión de gases de equipos con motores petroleros" (ítems N° 4, 10 y 13), iii) los vouchers de medición y iv) los registros fotográficos N° 19, 21 y 23, obrantes a fojas 3 al 6, 10 y 11 del expediente. Por lo tanto, el incumplimiento del numeral 2 del literal e) del artículo 254° del RSSO por parte de Contonga Perú se encuentra debidamente acreditado.



Ahora bien, con fecha 28 de diciembre de 2017, Contonga Perú y LOS QUENUALES acordaron la fusión por absorción de aquella por parte de esta última, entrando en vigencia dicho acuerdo el 2 de enero de 2018, conforme refirió LOS QUENUALES.

Sobre el particular, de conformidad con el artículo 16° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, publicada con fecha 18 de marzo de 2017, el órgano instructor emite el Informe de Instrucción en el cual se evalúan las acciones realizadas durante el procedimiento de supervisión, en el que se determina el archivo de la instrucción o el inicio del procedimiento administrativo sancionador.

Asimismo, el literal c) del artículo 17° del Reglamento aprobado por la Resolución N° 040-2017-OS/CD dispone que corresponde archivar la instrucción cuando el agente supervisado hubiese fallecido o cuando se haya extinguido, no resultando aplicable dicha disposición en caso de reorganización societaria, según la normativa de la materia.

Al respecto, el artículo 344° de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, establece lo siguiente:

"Artículo 344.- Concepto y formas de fusión

Por la fusión dos o más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos por esta ley. Puede adoptar alguna de las siguientes formas:

(...)

2. La absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas.

En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen por la fusión reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, en su caso". (Subrayado agregado)

Sobre el particular, resulta de utilidad citar al autor Alonso Morales Acosta, quien al referirse a la fusión por absorción ha señalado lo siguiente:

"La transmisión del bloque patrimonial a título universal significa la transmisión del activo y pasivo de todas las sociedades incorporadas o absorbidas:

'(...) creándose una confusión de patrimonios que pudiendo tener expresión en el inventario contable de la fusionada, figuran o son susceptibles de figurar en el balance de fusión de la misma como activos o pasivos; así como otros derechos y deberes incapaces de reflejo contable (...)'.

En conclusión, lo que ocurre por la fusión es que la fusionante (incorporante o absorbente) hace suya la situación jurídica de la fusionada"¹⁰. (Subrayado agregado)

Asimismo, con relación a la transmisión a título universal del patrimonio en las fusiones, el autor Juan Manuel Gómez Porrúa sostiene lo siguiente:

"La exigencia de la transmisión a título universal en la fusión encuentra su fundamento en una razón que apela a la seguridad jurídica, por cuanto que tal transmisión es la que, en mayor medida, satisface la seguridad del tráfico. (...) Pues, en tal caso, la sociedad resultante, al adquirir el patrimonio íntegro de la sociedad fusionada como un todo, sucedería a esta en todas sus relaciones tanto dominiales como obligacionales, con independencia de que tales relaciones hubiesen sido o no tenidas en cuenta a la hora de realizar la transmisión"¹¹. (Subrayado agregado)

Por lo expuesto, esta Sala considera que el patrimonio de Contonga Perú asumido por LOS QUENUALES a título universal sí incluye los derechos y obligaciones que se generen con posterioridad a la fusión como consecuencia de las acciones realizadas por Contonga Perú cuando era titular de la Unidad Minera Contonga. Así, por ejemplo, los hechos verificados por la autoridad administrativa que constituyan infracciones a la normativa vigente, esto es, el incumplimiento de obligaciones a las que se encontraba sujeta la absorbida, constatadas por la autoridad y que pudieran generar la imposición de cargas tales como la aplicación de las sanciones previstas por ley.

De otro lado, en cuanto al Principio de Causalidad, previsto en el numeral 8 del artículo 248° del T.U.O. de la Ley N° 27444, según el cual *"la responsabilidad debe recaer en quien realiza la*

¹⁰ Morales Acosta, Alonso, "Concentración empresarial: fusión, escisión y otras formas de reorganización de sociedades", en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, N° 48, p. 95.

¹¹ Gómez Porrúa, Juan Manuel, *La fusión de sociedades anónimas en el derecho español y comunitario*, La Ley, Madrid, 1991, p. 49.



conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable", cabe indicar que si bien es posición doctrinaria referida a que "(...) *la asunción de la responsabilidad debe corresponder a quien incurrió en la conducta prohibida por la ley, y por tanto no podrá ser sancionado por hechos cometidos por otros*"¹², en casos relacionados con la responsabilidad administrativa en fusiones por absorción, como el que nos ocupa en el presente procedimiento, dicha posición no tiene carácter absoluto en salvaguarda del interés público. Sobre el particular, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de la Unión Europea del 5 de marzo de 2015, en el asunto C-343/13 señala lo siguiente:

"Si no se transmite a la sociedad absorbente la responsabilidad por infracciones de la sociedad absorbida consistente en el pago de una multa por dichas infracciones, se vería desprotegido el interés del Estado miembro cuyas autoridades competentes impusieron tal multa (...) si se excluyera la transmisión de dicha responsabilidad, una fusión constituiría un medio para que una sociedad escapara de las consecuencias de las infracciones que hubiera cometido, en perjuicio del Estado miembro de que se trata o de otros eventuales interesados. (...) Además, nada impide a la sociedad absorbente ordenar la realización de una auditoría pormenorizada de la situación económica y jurídica de la sociedad que pretende absorber para obtener, junto con los documentos e información disponibles en virtud de las disposiciones legislativas, una visión más completa de las obligaciones de la citada sociedad".

En atención a lo expuesto, en opinión de este Tribunal, la no atribución de responsabilidad a LOS QUENUALES por la infracción al numeral 2 del literal e) del artículo 254º del RSSO incurrida por Contonga Perú generaría el archivo del procedimiento (al no existir un agente responsable debido a que ésta fue absorbida), en detrimento del bien jurídico que en este caso protege el Estado peruano (seguridad de la infraestructura) a través de la actividad fiscalizadora y sancionadora que OSINERGMIN realiza en el subsector minero¹³.



En consecuencia, con el fin de salvaguardar este interés primordial del Estado, no procede disponer el archivo del procedimiento debido a la fusión por absorción de la que fue sujeto Contonga Perú, sino que corresponde atribuir a LOS QUENUALES, como sociedad absorbente, la responsabilidad administrativa por el incumplimiento al numeral 2 del literal e) del artículo 254º del RSSO; siendo importante añadir que no se responsabiliza a LOS QUENUALES por la conducta de una empresa ajena a ella, sino la de una cuya situación jurídica fue asumida por LOS QUENUALES debido a la fusión por absorción. Por lo tanto, no se ha vulnerado el Principio de Causalidad regulado en el numeral 8 del artículo 248º del T.U.O. de la Ley N° 27444.

Por otro lado, cabe precisar que LOS QUENUALES, en su calidad de titular de diversas unidades mineras, se encontraba en condiciones de actuar con la debida diligencia y realizar acciones conducentes a contar con información completa sobre la situación de Contonga Perú, considerando que iba a absorber a una empresa sujeta a supervisiones regulares por parte de OSINERGMIN, y así, tomar conocimiento de las supervisiones realizadas en la Unidad Minera Contonga y los incumplimientos constatados en dichas diligencias, como por ejemplo, los verificados en la visita efectuada del 6 al 10 de octubre de 2017.

Finalmente, de acuerdo con el Principio de Presunción de Licitud, previsto en el numeral 9 del artículo 248º del T.U.O. de la Ley N° 27444, *"las entidades deben presumir que los administrados*

¹² Morón Urbina, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444*, Gaceta Jurídica, Tomo II, octubre 2017, p. 436.

¹³ De conformidad con la Ley N° 29901.

han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario”.



Al respecto, con la notificación del Oficio N° 2234-2018 se imputó a LOS QUENUALES el incumplimiento al numeral 2 del literal e) del artículo 254° del RSSO; sin embargo, ello no implica que previamente al inicio del procedimiento administrativo sancionador se hubiese determinado la responsabilidad de Contonga Perú, como argumenta LOS QUENUALES, pues en observancia del Principio de Presunción de Licitud la responsabilidad administrativa de LOS QUENUALES por dicha infracción fue declarada en el artículo 1 de la resolución de sanción, en atención a los medios probatorios que acreditan el incumplimiento al numeral 2 del literal e) del artículo 254° del RSSO, luego del desarrollo de todas las etapas del procedimiento administrativo sancionador, conforme se evidencia de la lectura de la Resolución N° 500-2019, obrante a fojas del 142 al 150.

Por lo expuesto, este Tribunal considera que no se han configurado las causales de nulidad previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 10° del T.U.O. de la Ley N° 27444¹⁴, por lo que corresponde desestimar el recurso de apelación interpuesto por LOS QUENUALES en este extremo.

Sobre la condición eximente de responsabilidad

- 
5. Respecto a lo indicado en el literal b) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que mediante Decreto Legislativo N° 1272, publicado con fecha 21 de diciembre de 2016, se modificó la Ley N° 27444, estableciendo en el literal f) del numeral 1 de su artículo 236-A que la subsanación voluntaria del incumplimiento con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos constituye una condición eximente de responsabilidad¹⁵. Esta disposición actualmente se encuentra prevista en el literal f) del numeral 1 del artículo 257° del T.U.O. de la Ley N° 27444 aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, publicado con fecha 25 de enero de 2019.

Sobre el particular, de lectura de la norma se observa que en modo alguno establece que todos los incumplimientos sean subsanables, disponiendo más bien que, para la configuración de la eximente de responsabilidad, se requiere necesariamente la subsanación del hecho infractor antes del inicio del procedimiento; de lo cual se colige que, en los supuestos que no exista una subsanación, no corresponde la aplicación de la eximente. (Subrayado agregado)

De otro lado, la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1272 dispuso que las entidades tendrán un plazo de sesenta (60) días, contado desde la vigencia del citado Decreto Legislativo, para adecuar sus procedimientos especiales, según lo previsto en el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444¹⁶.

¹⁴ Decreto Supremo N° 004-2019-JUS
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”.

¹⁵ Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272

“Artículo 236-A.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

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

(...)

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

¹⁶ Decreto Legislativo N° 1272

Disposiciones Complementarias Transitorias



Es así que OSINERGMIN, en ejercicio de sus funciones normativas previstas en el inciso c) del artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos¹⁷, y el artículo 3° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional¹⁸, estableció en el Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, publicado con fecha 18 de marzo de 2017, los incumplimientos que no son pasibles de subsanación, considerando para ello las características y naturaleza de las obligaciones exigidas.

Al respecto, en el literal h) del numeral 15.3 del artículo 15° del citado Reglamento se prevé que no son pasibles de subsanación los “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”¹⁹. (Subrayado agregado)

En el presente caso, el incumplimiento imputado a la administrada se subsume en el supuesto previsto en el literal h) de la norma citada en el párrafo anterior, pues está vinculado a parámetros de emisión.

En efecto, las mediciones efectuadas reflejan condiciones únicas cuyos resultados son inmediatos (registro de hora), por lo que unas nuevas mediciones, posteriores a las realizadas durante la supervisión, reflejarán condiciones distintas de emisión de gases de los equipos con motores petroleros que no subsanan el defecto (emisión de CO superior al límite de 500 ppm constatada en la supervisión).

De igual manera, el retiro de los equipos de las labores subterráneas, luego de la medición efectuada en la supervisión, implica que, en un momento posterior, la administrada cumple con



Primera. - Las entidades tendrán un plazo de sesenta (60) días, contado desde la vigencia del presente Decreto Legislativo, para adecuar sus procedimientos especiales según lo previsto en el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

¹⁷ 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.”

¹⁸ 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.”

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

Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN

“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”.

RESOLUCIÓN N° 149-2019-OS/TASTEM-S2

la obligación prevista en el numeral 2 del literal e) del artículo 254° del RSSO (que exige justamente la suspensión de operaciones y prohibición del ingreso de los equipos petroleros cuando emitan más de 500 ppm de CO), mas no corrige el hecho infractor (emisión de CO de los equipos por encima de los 500 ppm en las labores subterráneas) detectado los días 6 y 7 de octubre de 2017, en las mediciones efectuadas a las 16:00, 16:46 y 10:30 horas.

Es importante mencionar que, contrariamente a lo indicado por la recurrente, la obligación prevista en el RSSO sí establece un parámetro de emisión cuando dispone la suspensión de operaciones y la prohibición del ingreso de los equipos con motores petroleros que emitan más de 500 ppm de CO, ya que, en definitiva, ello constituye la exigencia de no exceder dicho límite en las labores subterráneas.

De acuerdo a lo expuesto, la infracción al numeral 2 del literal e) del artículo 254° del RSSO es insubsanable, por lo que no se configura la condición eximente de responsabilidad prevista en el literal f) del numeral 1 del artículo 257° del T.U.O. de la Ley N° 27444²⁰.

Por otro lado, el Principio de Legalidad previsto en el numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444²¹ establece que las autoridades deben actuar con sujeción a la ley y la Constitución.

Al respecto, cabe precisar que la determinación de incumplimientos no pasibles de subsanación conforme el numeral 15.3 del artículo 15° del Reglamento aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, no constituye la imposición de una condición menos favorable que la prevista en la Ley N° 27444, pues, de acuerdo a ésta, cuando haya subsanación voluntaria de la infracción antes del inicio del procedimiento corresponde eximir de responsabilidad al infractor, lo cual lógicamente se suscitará cuando sea posible que el incumplimiento sea subsanado, lo que no ocurre en los incumplimientos relacionados a los parámetros de emisión.

Finalmente, respecto a lo alegado por la recurrente sobre la aplicación de la eximente de responsabilidad en las Resoluciones N° 004-2017-OS/TASTEM-S2 y N° 011-2017-OS/TASTEM-S2 del 10 y 16 de enero de 2017, respectivamente, se debe indicar que, en dichos casos, se aplicó la eximente de responsabilidad prevista en el literal f) del numeral 1 del artículo 236-A de la Ley N° 27444 a incumplimientos vinculados a parámetros de aire y emisión, al no encontrarse vigente el Reglamento aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

Dicha norma reglamentaria entró en vigencia con fecha 19 de marzo de 2017, por lo que, en la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador, iniciado el 7 de agosto de 2018 por la infracción al numeral 2 del literal e) del artículo 254° del RSSO, correspondía la

²⁰ Decreto Supremo N° 004-2019-JUS
T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo 257.- 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".

²¹ Decreto Supremo N° 004-2019-JUS
T.U.O. de la Ley N° 27444

"Título Preliminar

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1 Principio de Legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas."

aplicación del literal h) del numeral 15.3 de su artículo 15°, al tratarse de un incumplimiento relacionado a parámetros de emisión.

Por lo expuesto, no se han configurado las causales de nulidad previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 10° del T.U.O. de la Ley N° 27444, correspondiendo desestimar este extremo del recurso de apelación.



Otros alegatos

6. Con relación al literal c) del numeral 2 de la presente resolución, de la revisión del expediente se advierte que LOS QUENUALES no presentó argumentos adicionales a los expuestos en su recurso de apelación.

Asimismo, cabe señalar que, conforme al artículo 33° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directo 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 procedimiento²².

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 caso²³.

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



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

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 **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 500-2019 de fecha 27 de

²² 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."

²³ 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. (...)'"

febrero de 2019 y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus extremos.

Artículo 2°. - 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

