

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 187-2019-OS/TASTEM-S2

Lima, 11 de junio de 2019

VISTO:

El Expediente N° 201700073889 que contiene el recurso de apelación interpuesto por NEXA RESOURCES PERÚ S.A.A.¹ representada por el señor Luis Renato Piazzon Falcone y UNIÓN CONCRETERAS S.A. representada por el señor Carlos Baigorria Estens, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 845-2019 de fecha 4 de abril de 2019, mediante la cual se les sancionó por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 845-2019², la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó solidariamente a NEXA RESOURCES PERÚ S.A.A., en adelante NEXA y a UNIÓN CONCRETERAS S.A., en adelante, La Contratista, con una multa de 39.81 (treinta y nueve con ochenta y uno 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
Infracción al numeral 3 del artículo 38° del RSSO³ La supervisión no verificó que se identificara el peligro de la chimenea sin parrilla en el Cx.791 del nivel 1940, evaluado el riesgo y disponiendo como medida de control la instalación de una parrilla en el IPERC llenado por el señor José L. Rivadeneyra el día 10 de mayo de 2017, no contando además con la ratificación del supervisor de turno.	Numeral 6.1.2 del Rubro B ⁴	39.81 UIT
TOTAL		39.81 UIT⁵

¹ En la resolución de primera instancia se indicó que con escrito del 24 de setiembre de 2018 se comunicó el cambio de denominación social de Compañía Minera Milpo S.A.A. por Nexa Resources S.A.A., por lo que en lo sucesivo se hará referencia a esta última empresa.

² En la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 845-2019 se dispuso el archivo del presente procedimientos administrativo sancionador en el extremo referido a la infracción al numeral 4 del artículo 38° del RSSO.

³ RSSO

"Artículo 38.- Es obligación del Supervisor: (...)

3. Tomar toda precaución para proteger a los trabajadores, verificando y analizando que se haya dado cumplimiento a la IPERC realizada por los trabajadores en su área de trabajo, a fin de eliminar o minimizar los riesgos. (...)"

⁴ Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD

Anexo: Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras

Rubro B - Incumplimiento de Normas Técnicas de Seguridad Minera

6. Incumplimiento de Normas de Supervisión e Inspecciones

6.1.2 Obligaciones del Supervisor

Base legal: Arts. 38° numerales 1), 3), 4), 7), 8), 11) y 12), 39°, 167° y 327° inciso f) del RSSO.

Sanción: Hasta 250 UIT

⁵ Para la determinación y graduación de la sanción se consideraron en la resolución impugnada 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, cabe citar los siguientes:

- a) El día 10 de mayo de 2017, a las 13:50 horas aproximadamente, el coordinador de La Contratista, Edgar Calderón Cox, comunicó a los trabajadores que debían lanzar shotcrete en el Cx. 791⁶ del Nv. 1940. Alrededor de las 14:10 horas, el coordinador, mediante check list, realizó la liberación del área para el lanzamiento de shotcrete en donde se utilizarían los equipos Mixkret y Alpha 30.



Durante el desarrollo de la tarea, el señor Miguel Ángel Grados Paredes (operador del Alpha robot lanzador de La Contratista) detecta que el shotcrete no se adhería a la roca. Se reinicia la actividad y el citado señor cambia de posición, ubicándose al lado derecho del Alpha (lanzador de shotcrete). Para ello rodea el equipo y se ubica finalmente al lado derecho del Mixkret y la Chimenea 791. A las 15:15 horas, 4 minutos después de haber reiniciado la actividad, el lanzamiento de shotcrete se detiene nuevamente.

El señor Herbert Rómulo Valerio Toribio, operador del Mixkret, buscó al señor Miguel Ángel Grados Paredes y, al no encontrarlo, comunicó su ausencia al ayudante del operador del Alpha robot lanzador de La Contratista, el señor José Luis Rivadeneyra Gallardo. Este último se acercó a la Chimenea RB 791, lo llamó por su nombre y, al no obtener respuesta, presumió que había caído por la chimenea.

A las 15:20 horas, el coordinador de La Contratista informó lo sucedido al jefe de guardia, quien comunicó a la brigada de rescate que llegó al Cx 791 del Nv. 1910 en donde encontraron el cuerpo del trabajador Miguel Ángel Grados Paredes, quien había caído desde la Chimenea RB 791 a una altura de 30 metros.



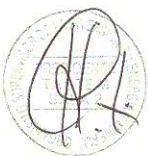
- b) Durante los días 12 al 14 de mayo de 2017 se efectuó una supervisión a la unidad minera "Cerro Lindo" de titularidad de NEXA⁷, a cargo de los supervisores designados por Osinergmin, para lo cual se levantó, entre otros documentos, el Acta de Inicio de Supervisión Especial, la cual fue suscrita por los representantes de NEXA, quienes consignaron sus observaciones en dicho documento.
- c) A través del Oficio N° 2920-2018 notificado electrónicamente a NEXA el 21 de setiembre de 2018 y del Oficio N° 2919-2018⁸ notificado a La Contratista el 26 de setiembre de 2018, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.
- d) Por escrito presentado el 5 de octubre de 2018, registrado por Osinergmin en el Expediente N° 201700073889, La Contratista remitió sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- e) Con escrito presentado el 11 de octubre de 2018, registrado por Osinergmin en el Expediente N° 201700073889, NEXA remitió sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador y solicitó el uso de la palabra.
- f) Mediante los Oficios N° 636-2018-OS-GSM y N° 634-2018-OS-GSM notificados

⁶ En la resolución de sanción se consignó erróneamente en el numeral 4 – Descripción del accidente la referencia a la Chimenea RB 971 y Cx 971, siendo lo correcto Chimenea RB 791 y Cx 791 de acuerdo a lo expuesto en el Acta de Supervisión Especial obrante de fojas 38 a 41 del expediente.

⁷ La Unidad Minera "Cerro Lindo", se encuentra ubicada en el distrito de Chavín, provincia de Chicha y departamento de Ica.

⁸ Documento notificado mediante Cédula de Notificación N° 357-2018-OS-GSM, obrante a fojas 374 del expediente.

electrónicamente el 7 de diciembre de 2018, se comunicó a NEXA el Informe Final de Instrucción N° 2688-2018 y se le citó para audiencia de informe oral, respectivamente.

- 
- g) Mediante el Oficio N° 635-2018-OS-GSM⁹ notificado el 11 de diciembre de 2018, se comunicó a La Contratista el Informe Final de Instrucción N° 2688-2018.
 - h) A través del escrito presentado el 14 de diciembre de 2018, registrado por Osinergmin en el Expediente N° 201700073889, NEXA remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción N° 2688-2018 y solicitó informe oral.
 - i) El 17 de diciembre de 2018 se llevó a cabo la audiencia de informe oral en presencia del representante de NEXA y funcionarios de la GSM, tal como se verifica del Acta que obra a fojas 488 del expediente.
 - j) Con escritos presentados el 18 y 27 de diciembre de 2018, registrados por Osinergmin en el Expediente N° 20170073889, La Contratista remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción N° 2688-2018.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN DE NEXA

- 
2. Con escrito de fecha 2 de mayo de 2019, registrado por Osinergmin en el Expediente N° 201700073889, NEXA interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 845-2019, solicitando su revocación y el archivo del presente procedimiento, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

Sobre la supuesta falta de competencia de Osinergmin

- a) NEXA refiere que Osinergmin dejó de ser competente para fiscalizar y supervisar el cumplimiento de la normativa de seguridad y salud ocupacional en el ámbito de la mediana y gran minería con la entrada en vigencia de la Ley N° 29783 "Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo", la cual asignó dicha competencia al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo - MINTRA.

Asimismo, indica que, mediante el Decreto Supremo N° 002-2012-TR, el MINTRA estableció que las competencias transferidas de Osinergmin eran las relativas a la supervisión, fiscalización y sanción de las normas de seguridad y salud en el trabajo de las actividades de energía y minas. Posteriormente, en atención a la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29901 y, a fin de evitar una interferencia entre las competencias de ambas instituciones, se publicó el Listado de Funciones Técnicas de Osinergmin a través del Decreto Supremo N° 088-2013-PCM.

Dicho listado establece que las disposiciones técnicas en las actividades de los sectores de energía y minería materia de competencia de Osinergmin están referidas a los aspectos de seguridad de la infraestructura, las instalaciones y la gestión de seguridad de sus operaciones, y, cuando corresponda, a la calidad. Además, se señaló expresamente que no se encuentra bajo el ámbito de competencia de Osinergmin la supervisión y fiscalización de las disposiciones legales y técnicas referidas a la seguridad y salud en el trabajo, ya que corresponden al MINTRA.

⁹ Documento notificado mediante Cédula de Notificación N° 485-2018-OS-GSM que obra a fojas 474 del expediente.



Igualmente, NEXA sostiene que el artículo 7° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD, dispone que sus competencias son la supervisión, fiscalización y sanción del cumplimiento de las obligaciones legales y técnicas de seguridad de la infraestructura, las instalaciones y la gestión de seguridad de sus operaciones, en las actividades mineras de exploración, explotación, beneficio, transporte minero y almacenamiento de concentrado de mineral.

Por lo tanto, NEXA manifiesta que Osinergmin no puede avocarse a la investigación, fiscalización y sanción de un accidente de trabajo, sino solo de aquellos aspectos que involucren factores de seguridad de infraestructuras mineras que, en el presente caso, estaría referida a la presunta omisión detectada en la supervisión. En ese sentido, el hecho de que el numeral 3 del artículo 38° del RSSO contenga obligaciones que van más allá de la seguridad y operatividad de infraestructuras/equipos no determina automáticamente que Osinergmin se atribuya competencias para su supervisión y eventual sanción, ya que debe efectuarse un análisis para determinar si dicha obligación tiene como propósito la seguridad y operatividad antes indicada.



Agrega que el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho al debido proceso y los derechos que contiene son invocables y, por tanto, están garantizados no sólo dentro de un proceso judicial sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. El debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto, por parte de la administración pública de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139° de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.).¹⁰

Además, NEXA refiere que el citado Tribunal dispuso que el hecho de avocarse una autoridad al conocimiento de un procedimiento administrativo respecto del cual no tiene competencia vulnera el derecho constitucional al debido proceso, que es concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluido el administrativo.¹¹

Finamente, NEXA refiere que, según el numeral 1 del artículo 3° del TUO de la Ley N° 27444, uno de los requisitos de validez de todo acto administrativo es que sea emitido por el órgano facultado en razón de la materia que, en el presente caso, podría ser la Sunafil conforme al artículo 9° del RSSO. En ese sentido, la resolución apelada es nula en atención a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 10° de la citada norma, ya que la emitió un órgano incompetente.

En cuanto a la vulneración del Principio de Tipicidad

b) NEXA sostiene que se debe dar respuesta a las siguientes interrogantes:

- ¿Cuál es el hecho típico (conducta infractora) que prevé la norma por la que se le ha sancionado?
- ¿La conducta de NEXA advertida durante la supervisión se encuentra tipificada en la norma presuntamente incumplida?

¹⁰ Cita la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 3891-2011-PA/TC.

¹¹ Cita la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0071-2002-PA/TC.

NEXA señala que con la respuesta a estas interrogantes se podrá concluir que las imputaciones vulneran los principios de Legalidad y Tipicidad, por lo que una eventual sanción devendría en nula.



En este caso se imputó a NEXA el incumplimiento al numeral 3 del artículo 38° del RSSO, el cual establece que: *“Es obligación del Supervisor tomar toda precaución para proteger a los trabajadores, verificando y analizando que se haya dado cumplimiento a la IPERC realizada por los trabajadores en su área de trabajo, a fin de eliminar o minimizar los riesgos.”*

Lo anterior debe concordarse con las definiciones de IPERC y supervisor contenidas en el artículo 7° del RSSO que disponen lo siguiente:

“Identificación de Peligros, Evaluación de Riesgos y Medidas de Control (IPERC)

Proceso sistemático utilizado para identificar los peligros, evaluar los riesgos y sus impactos y para implementar los controles adecuados, con el propósito de reducir los riesgos a niveles establecidos según las normas legales vigentes.”

“Supervisor

Es el Ingeniero o Técnico que tiene a su cargo un lugar de trabajo o autoridad sobre uno o más trabajadores en la unidad minera, con los siguientes perfiles:

- *Ingeniero Supervisor:*

Es el ingeniero colegiado y habilitado en las especialidades de Ingeniería de Minas, Geología, Química, Metalurgia, Mecánica, Eléctrica, Electrónica, Civil, Ambiental y otras especialidades de acuerdo a las actividades mineras y conexas desarrolladas, con un mínimo de dos (2) años de experiencia en la actividad minera y/o en Seguridad y Salud Ocupacional.

- *Técnico Supervisor:*

Calificado por el titular de actividad minera o empresa contratista minera, de acuerdo a su conocimiento, capacitación, experiencia mínima de tres (3) años y desempeño para organizar el trabajo de la actividad a realizar en la unidad minera, bajo responsabilidad del titular de actividad minera o empresa contratista minera. Está familiarizado con las regulaciones que se aplica al desempeño de dichas actividades y tiene conocimiento de cualquier peligro potencial o real a la salud o seguridad en la unidad minera.”



En base a las normas antes citadas, se establece con claridad que la obligación fiscalizable contenida en el numeral 3 del artículo 38° del RSSO está referida al deber del supervisor de seguridad, quien, como responsable de un grupo de trabajadores a su cargo, debe tomar toda precaución para protegerlos, verificando y analizando que se haya dado cumplimiento a la IPERC realizada por los trabajadores en su área de trabajo, a fin de eliminar o minimizar los riesgos.

Por lo tanto, resulta evidente que lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 38° del RSSO tiene por objeto garantizar la seguridad de los trabajadores a través de la vigilancia que debe efectuar el supervisor de seguridad a cargo de cada área de trabajo. En ese sentido, respondiendo a la primera interrogante, tenemos que la conducta infractora estaría referida a que no se efectuó la verificación del cumplimiento del IPERC.

De otro lado, respecto a la segunda interrogante, manifiesta que la obligación contenida en el numeral 3 del artículo 38° del RSSO está referida a que se garantice que las actividades mineras ejecutadas por los trabajadores sean llevadas a cabo cumpliendo la realización del IPERC para así mitigar cualquier riesgo presente en los espacios de trabajo.

Ahora bien, en este caso se sancionó a NEXA por no haber implementado una parrilla de seguridad en la chimenea ubicada en el Cx. 791 del nivel 1940. Sin embargo, esta conducta no constituye una infracción al numeral 3 del artículo 38° del RSSO, el cual establece la obligación de verificar el cumplimiento de la ejecución del IPERC, que es un instrumento de gestión de la seguridad en la actividad minera. (Subrayado agregado por la administrada)



- c) La recurrente indica que el ejercicio punitivo del Estado se rige por el Principio de Legalidad, previsto en el literal d) del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución, según el cual “nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley. El citado principio también se encuentra previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar y en el artículo 248° del TUO de la Ley N° 27444, según el cual las autoridades administrativas, actuando mediante sus diferentes órganos, no pueden imponer una sanción por una conducta que no se encuentra prevista en una norma aplicable.

Asimismo, de acuerdo al Principio de Tipicidad, sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas legales mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Si bien el principio de Legalidad en materia sancionadora impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si esta no se encuentra previamente determinada en una ley, no debe confundirse con el Principio de Tipicidad, por el cual se define la conducta que la ley considera como falta.

En ese sentido, no resulta válido que se le haya sancionado en base a la infracción tipificada en el numeral 3 del artículo 38° del RSSO, ya que ha quedado acreditado que la conducta advertida durante la supervisión no se subsume en la referida norma



En cuanto a la vulneración del Principio de Razonabilidad

- d) NEXA señala que en el supuesto negado que no se acojan los argumentos antes expuestos, la multa impuesta carece de razonabilidad por lo siguiente:

- Según lo establecido en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar, así como en el artículo 248.3 del TUO de la Ley N° 27444, las decisiones de la autoridad administrativa, cuando impongan o establezcan restricciones a los administrados, deben mantener la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Asimismo, el numeral 66.10 del artículo 66° del TUO de la Ley N° 27444 establece que “todo administrado tiene el derecho a que las actuaciones de las entidades que les afecten, sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible, por lo cual se pretende evitar cualquier exceso en la punición”.

En ese sentido, considera que la autoridad, al momento de determinar la comisión de una infracción, no tiene plena discrecionalidad para hacerlo, por lo que debe evaluar siguiendo criterios razonables y lógicos.

- Señala que la GSM, al momento de determinar la sanción, habría estimado que NEXA evitó los costos de especialistas sin considerar que la recurrente cuenta con los profesionales y especialistas necesarios para el desarrollo de sus actividades y había cumplido con poner a disposición de sus colaboradores todos los instrumentos de gestión de seguridad

necesarios para llevar a cabo de forma adecuada sus actividades. Adjunta a su recurso las boletas de pago de abril y mayo de 2017 del Superintendente de Mina y del Jefe de Guardia Mina, así como la copia del CIR-T Registro de SUNAT de ambos trabajadores, a fin de evidenciar la relación laboral con NEXA.



- Indica que el factor “costos evitados” debe incluir todos los costos asociados a los componentes necesarios para garantizar la vigencia y observancia de las normas de seguridad, lo cual no exime la obligación de motivar adecuadamente la fuente que sirve de base para la estimación de dicho factor, más aún si se está frente a la potestad punitiva del Estado.

Asimismo, indica que la Constitución Política consagra el Principio de Motivación, según el cual todos los ciudadanos tienen derecho a exigir a las autoridades judiciales y administrativas la debida motivación de sus decisiones.

En tal sentido, refiere que la multa impuesta por la GSM ha sido indebidamente calculada al carecer de motivación, por lo cual debe ser revocada.

Otros alegatos

- e) NEXA solicita se le conceda el uso de la palabra de acuerdo a lo establecido en el artículo 33° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD, en adelante el RSFS.



ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN DE LA CONTRATISTA

3. Con escrito de fecha 2 de mayo de 2019, registrado por Osinergmin en el Expediente N° 201700073889, La Contratista interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 845-2019, solicitando su revocación y que se archive el presente procedimiento, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

Sobre la supuesta falta de competencia de Osinergmin y la vulneración de los Principios de Legalidad y Debido Procedimiento

- a) La Contratista considera que la infracción imputada no corresponde a una disposición sobre la seguridad u operatividad de infraestructura o equipos mineros, sino más bien a una medida que tiene por objeto velar por la seguridad de los trabajadores.

Agrega que la identificación de peligros corresponde a un instrumento de gestión cuyo objetivo es garantizar la seguridad y vida de los trabajadores. En tal sentido, señala que la fiscalización y supervisión de la presunta infracción imputada está a cargo de la Sunafil por lo siguiente:

- ✓ El numeral 4 del Anexo 2 del Listado de Funciones Técnicas de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 088-2013-PCM, establece, como función técnica, supervisar y fiscalizar el cumplimiento de obligaciones sobre seguridad de las actividades mineras, especialmente aspectos como geomecánica, ventilación, plantas de beneficio, fundición, refinera, transporte, depósito de concretado, depósitos de relaves, pilas de lixiviación, depósitos de desmonte y demás aspectos relacionados con la infraestructura de dicho subsector.

- 
- ✓ De acuerdo a la citada norma y al artículo 7° del RSFS, dicho organismo no es competente para investigar accidentes de trabajo, ya que su función es verificar los aspectos que involucren factores de seguridad de infraestructuras mineras.
 - ✓ En consecuencia, Osinergmin no es competente para realizar la supervisión y fiscalización de las disposiciones legales y técnicas referidas a la seguridad y salud en el trabajo, en los sectores de energía y minería, el cual corresponde al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo a través de la Sunafil.

Asimismo, refiere que se ha vulnerado el Principio del Debido Procedimiento, toda vez que la resolución impugnada ha sido emitida por un órgano incompetente, por lo que carece de validez, según lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 3° del TUO de la Ley N° 27444. Además, no se respetó el Principio de Legalidad, ya que, según el literal d) del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución y el numeral 1 del artículo 230° de la citada Ley, Osinergmin carece de potestad sancionadora.

En cuanto a la vulneración del Principio de Tipicidad

- 
- b) La Contratista manifiesta que la descripción legal de una conducta específica aparece conectada a una sanción administrativa. Dicha exigencia se deriva de dos principios jurídicos específicos: de Libertad y Seguridad Jurídica.

Según el Principio de Libertad, las conductas deben estar exactamente delimitadas, sin indeterminaciones, mientras que, según el Principio de Seguridad Jurídica, los ciudadanos deben estar en condiciones de predecir de manera suficiente y adecuada las consecuencias de sus actos. En tal sentido, no caben cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitan una actuación librada al arbitrio de la administración, sino que ésta sea prudente y razonada.

De tal manera que, para que Osinergmin imponga válidamente una multa, la sanción o infracción tendría que haberse señalado específicamente y, sobretodo, debió haber sido atribuida a dicho organismo; situación que no ocurrió en el presente caso, pues se ha invocado una sanción de manera enunciativa, omitiéndose la correcta valoración legal, ya que el RSSO contempla una conducta referida a la seguridad y salud del trabajador, lo cual contraviene el Principio de Legalidad.

En el presente procedimiento se le imputa haber incumplido con la siguiente obligación: “la supervisión no verificó que se identificara el peligro de chimenea sin parrilla (...), evaluando el riesgo y disponiendo como medida de control, la instalación de una parrilla (...)”; sin embargo, dicha conducta no está prevista como infracción en la norma, sino la falta de la parrilla, la cual se encuentra tipificada en el artículo 223° y el literal c) del artículo 277° del RSSO.

Sobre la supuesta vulneración de los Principios del Non Bis In Ídem

- c) Señala que se ha vulnerado el Principio del Non Bis In Ídem, ya que en el presente caso concurre la triple identidad: identidad subjetiva, identidad objetiva e identidad causal o de fundamento.

Acerca de la identificación de peligros y riesgos



- d) La Contratista señala que cuenta con un sistema de gestión en seguridad y salud en el trabajo y que el IPER BASE actualizado al 1 de febrero de 2017 considera, dentro del proceso de lanzado de shotcrete vía húmeda como peligros identificados en la actividad de operación/arranque de robot lanzador Alpha 30/29, el caso de “superficie regular”, en el cual se detallan los supuestos de superficies con lodos, huecos, superficie resbalosa, identificándose como riesgo asociado al rubro superficie resbalosa la “caída desde un nivel diferente”, por lo que no resulta exacto lo señalado por la GSM en la resolución impugnada y en el Informe Final de Instrucción.

Asimismo, La Contratista señala que los trabajadores asignados, incluyendo el señor Miguel Grados Paredes, fueron debidamente capacitados para el desempeño de sus labores.

Sobre el particular, refiere que el señor Miguel Grados Paredes recibió capacitación en materia de riesgos críticos en excavaciones subterráneas relacionadas con el lanzado de shotcrete. En dicho taller se trataron temas como el derecho a “decir no”, caídas de personas de distinto nivel por las chimeneas y slots, caídas de rocas, entre otros. Asimismo, en la etapa práctica se trató acerca del trabajo en altura y caída a distinto nivel.

- e) Indica que, contrariamente a lo señalado en la resolución impugnada, el análisis y la evaluación de los riesgos realizada por el supervisor al momento de elaborar el IPER CONTINUO está relacionada con la identificación de los peligros y riesgos de un área de trabajo específica.



Agrega que, si bien el formato del IPERC CONTINUO indica en el numeral 23 un casillero sobre identificación de los peligros y evaluación de los riesgos relacionados con la caída de un nivel diferente, dicho casillero no se marcó debido a que el IPERC se circunscribe únicamente al área de trabajo específica demarcada en el plano proporcionado por la empresa NEXA. Al respecto, señala que dentro de dicha área de trabajo no se encontraba ninguna chimenea o riesgo asociado.

Sin perjuicio de lo anterior, señala que en el IPERC CONTINUO se consignó la recomendación “no exponerse a la línea de fuego”, luego del análisis y evaluación de los riesgos efectuado por el supervisor, lo cual concuerda con el Check List para Liberación de Área suscrito por el supervisor Edgar Calderón Coz, en donde se indican las observaciones: 1) cumplir con los PETS y 2) No exponerse a la línea de fuego. Por lo tanto, queda acreditado que el área de trabajo era segura, habiendo cumplido el supervisor con identificar la línea de fuego ubicada en zona adyacente a dicha área.

- f) La Contratista señala que la verificación de las condiciones de seguridad dentro y fuera del área de trabajo eran de exclusiva responsabilidad de NEXA, según lo establecido en el artículo 68° de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo¹², Ley N° 29783, el cual guarda relación con lo indicado en el artículo 127° del RSSO¹³.

¹² Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo – Ley N° 29783

Artículo 68°.- El empleador en cuyas instalaciones sus trabajadores desarrollen actividades conjuntamente con trabajadores de contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios y cooperativas de trabajadores o quien asuma el contrato principal de la misma, es quien garantiza:

a) El diseño, la implementación y evaluación de un sistema de gestión en seguridad y salud en el trabajo para todos los trabajadores, personas que prestan servicios, personal bajo modalidades formativas laborales, visitantes y usuarios que se encuentren en un mismo centro de labores.
b) El deber de prevención en seguridad y salud de los trabajadores de todo el personal que se encuentra en sus instalaciones (...).

¹³ Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería aprobado por el D.S. N° 024-2016-EM

Artículo 127.- Las áreas de trabajo deberán ser señalizadas de acuerdo al Código de Señales y Colores que se indica en el ANEXO N° 17.

En ese sentido, refiere que se encuentra acreditado lo siguiente:

- 
- La zona adyacente donde se encontraba la chimenea contaba con señalética, letreros, cinta reflexiva, entre otros, que advertían el peligro que representaba;
 - En el momento que el supervisor liberó el área de trabajo asignada, la cual era segura, este advirtió la línea de fuego adyacente a dicha área, según consta en el "Check List para Liberación de Área", suscrito por el supervisor a cargo;
 - El señor Miguel Grados tenía experiencia en la labor que desempeñaba, recibió charlas de inducción, capacitación en temas de seguridad y salud en el trabajo, contaba con todos los equipos e implementos EPPs, conocía el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo y fue capacitado para ejercer la labor de operador de equipo lanzador. Sin embargo, pese a estar debidamente delimitada el área de trabajo, dicho trabajador se apartó, lo cual constituye un acto sub estándar.

Respecto a la falta de motivación en el cálculo de la multa

- 
- g) Al respecto, señala que el órgano de primera instancia no ha tomado en cuenta su condición de no reincidente en la presente infracción y que durante el procedimiento demostró que cuenta con los documentos de gestión pertinentes, equipos y herramientas necesarias para el logro de sus objetivos de prevención y reducción de riesgos en materia de seguridad.

Refiere que, al momento de producirse el accidente, contaba con los profesionales indicados en el informe de cálculo de costo evitado, por lo cual no debe considerarse dicho costo como un ahorro realizado por La Contratista. En ese sentido, la multa impuesta vulnera el Principio de Razonabilidad y vicia la motivación del procedimiento administrativo sancionador.

Sobre las causas del accidente mortal y la vulneración del Principio de Culpabilidad

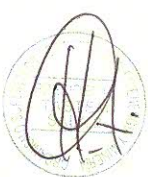
- h) La Contratista considera que se ha vulnerado el Principio de Culpabilidad, el cual establece que la acción sancionable debe ser imputada a título de dolo o culpa, por lo cual solo se puede imponer una sanción siempre y cuando la conducta infractora y su consecuencia estén previstas legalmente y se logre acreditar el grado de participación del agente. En ese sentido, la sanción impuesta resulta arbitraria.

Señala que, según la labor que desempeñaba el señor Miguel Grados, como operador de equipo lanzador de shotcrete estaba obligado a cumplir lo establecido en el Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo, así como en los estándares, procedimientos e instructivos de seguridad y salud ocupacional establecidos en las matrices de IPER de las actividades. El día del accidente, la Contratista fue encomendada para realizar una labor de lanzado de shotcrete en un área específica, previamente delimitada por la empresa principal, la cual se encontraba totalmente delimitada y aislada; habiéndose adoptado las acciones materiales de advertencia y protección contra todo riesgo, tales como la colocación de conos de seguridad, cinta reflexiva y demás elementos de advertencia.

En tal sentido, el abandono del área de trabajo por parte del señor Miguel Grados Paredes y el

El titular de actividad minera deberá adoptar las siguientes medidas:

- a) Colocar letreros con el Código de Señales y Colores en lugares visibles dentro del lugar de trabajo.
- b) Preparar y difundir el Código de Señales y Colores, mediante cartillas de seguridad.
- c) Señalizar las líneas de aire, agua, corriente eléctrica, sustancias tóxicas, corrosivas de alta presión y otros, indicando el sentido de flujo en las tuberías con una flecha a la entrada y salida de las válvulas e identificándolas con colores, de acuerdo al Código de Señales y Colores.



consiguiente incumplimiento de las normas de seguridad y protección constituyen falta grave, ya que deviene en un acto sub estándar del propio trabajador. Por ello, contrariamente a lo señalado por la GSM, La Contratista refiere que, según su Informe de Investigación de Accidentes/Accidente, las causas del accidente son consecuencia de un acto sub estándar del propio trabajador y que no existen condiciones sub estándar.

Asimismo, respecto a las causas básicas del accidente, la Contratista señala que, según el citado Informe, no hubo factores de trabajo. En ese sentido, rechaza de plano el análisis y las conclusiones arribadas por la GSM respecto de las causas que habrían determinado el accidente de trabajo, toda vez que no hubo condiciones sub estándares, ni factores de trabajo que puedan atribuirse a La Contratista.

Agrega que el deliberado incumplimiento de las obligaciones de la propia víctima a las instrucciones impartidas por la empresa NEXA y La Contratista es un acto que escapa del control y la responsabilidad de dichas empresas y constituye una fractura del nexo causal entre el hecho de la muerte del trabajador y el riesgo que La Contratista desea evitar o prevenir con los reglamentos, IPERC, charlas de inducción, capacitación, entrega de EPPS y todas las demás medidas adoptadas para la prevención de accidentes, lo cual se encuentra previsto en el artículo 1972° del Código Civil.

Acerca de la supervisión efectiva

- 
- i) La Contratista señala que la Primera Instancia incurrió en error al considerar que el señor José Luis Rivadeneyra Gallardo era el accidentado, siendo su cargo el de ayudante del ALFA 30. Agrega que el señor Edgar Calderón Coz se desempeñaba como Coordinador y/o Supervisor del Proyecto, según consta en su declaración obrante a fojas 72 del expediente, siendo la persona que liberó el área de trabajo en cumplimiento de la normativa vigente, por lo cual la primera instancia no puede calificar dicha conducta como un incumplimiento de supervisión por parte de La Contratista.

Sin embargo, la Primera Instancia le imputó como infracción el IPERC CONTINUO llenado por el señor José Rivadeneyra, sin haberse investigado las condiciones sub estándares y circunstancias del accidente mortal del señor Miguel Ángel Grados Paredes y no del señor José Rivadeneyra.

Asimismo, señala que, no obstante que en el IPERC CONTINUO no se consignó el nombre del accidentado, dicho documento fue llenado y firmado por el propio ex trabajador, lo cual puede corroborarse con los anteriores IPERC CONTINUOS llenados firmados por el referido ex trabajador y el señor Edgar Calderón Coz, como Coordinador Supervisor del proyecto.

Adicionalmente, indica que en el IPERC CONTINUO correspondiente a la fecha en que se produjo el accidente, consta la firma del Coordinador y/o Supervisor de turno, el señor Edgar Calderón Coz. Asimismo, en el rubro “recomendaciones del supervisor” se indicó “no exponerse a la línea de fuego”.

Por lo cual, La Contratista refiere que cumplió con realizar una supervisión efectiva el día que ocurrió el accidente, encontrándose acreditado que el IPERC CONTINUO y el Check List de Liberación de Área fueron suscritos por el supervisor de turno, quien concluyó que el área de trabajo era segura y advirtió sobre la línea de fuego en la zona adyacente al área de trabajo.

Otros alegatos



- j) Finalmente, solicita la suspensión de la ejecución de la resolución apelada en tanto se resuelvan los recursos impugnatorios, de acuerdo a lo previsto en el numeral 2 del artículo 206° de la Ley N° 27444.
4. A través del Memorándum N° GSM-271-2019, recibido con fecha 13 de mayo de 2019, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN DE NEXA Y LA CONTRATISTA

Sobre la supuesta falta de competencia de Osinergmin y la vulneración de los Principios de Legalidad y Debido Procedimiento

5. Con relación a lo alegado en el literal a) del numeral 2 y del numeral 3 de la presente resolución, se debe indicar que, de acuerdo al Principio de Legalidad previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 y modificatorias, 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 conferidas¹⁴.

Por su parte, los artículos 61° y 65° de la Ley N° 27444 establecen que las competencias de las entidades tienen su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan, por lo que su ejercicio es una obligación directa del órgano administrativo que la tiene atribuida como propia¹⁵.



Ahora bien, mediante la Ley N° 28964, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 24 de enero de 2007, se transfirieron al Osinergmin las competencias de fiscalización de las actividades mineras definidas en la Ley N° 27474, Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras, cuyo artículo 2° establecía que el ámbito de la fiscalización involucraba, entre otros, las disposiciones legales, normas técnicas y procedimientos administrativos referidos a aspectos de seguridad e higiene minera¹⁶.

Posteriormente, a través de la Segunda y Séptima Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, publicada el 20 agosto de 2011, se dispuso la

¹⁴ Ley N° 27444 y modificatorias

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.

¹⁵ Ley N° 27444 y modificatorias

Artículo 61.- Fuente de competencia administrativa

61.1 La competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan.

Artículo 65.- Ejercicio de la competencia

65.1 El ejercicio de la competencia es una obligación directa del órgano administrativo que la tenga atribuida como propia, salvo el cambio de competencia por motivos de delegación o evocación, según lo previsto en esta Ley.

¹⁶ Ley N° 28964

Artículo 2.- De la transferencia de funciones al organismo competente

Transfírase las competencias de fiscalización minera, establecidas en la Ley N° 27474, Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras, al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería.

Ley N° 27474

Artículo 2°.- Ámbito de aplicación de la ley

Las disposiciones legales, normas técnicas y procedimientos administrativos, aplicables en la labor a que se refiere el artículo anterior corresponden a:

1. Normas de seguridad e higiene mineras. (...)

transferencia de competencias de fiscalización de las actividades mineras previstas en la Ley N° 28964, de Osinergmin al MTPE y, asimismo, la derogación de la referida ley¹⁷.



En dicho contexto, el artículo 2° de la Ley N° 29901, Ley que precisa competencias de Osinergmin, publicada con fecha 12 de julio de 2012, definió el alcance de las citadas disposiciones de la Ley N° 29783, estableciéndose que la transferencia de competencias se limitó únicamente a la supervisión, fiscalización y sanción en materia de seguridad y salud en el trabajo en el subsector minero, por lo que la derogación de la Ley N° 28964 sólo se refirió a la supervisión y fiscalización de las disposiciones legales y técnicas en dicho ámbito¹⁸.

Asimismo, por medio del artículo 3° y la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29901, se estableció que Osinergmin es competente para supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas, entre otros, con la actividad minera; manteniendo las competencias en temas de seguridad de la infraestructura de dicho subsector, Asimismo, se dispuso que, mediante Decreto Supremo, se aprobaría el listado de funciones bajo el ámbito de competencia del Osinergmin¹⁹.

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



Para corroborar lo antes descrito, mediante el Decreto Supremo N° 088-2013-PCM, publicado con fecha 10 de agosto de 2013, se aprobó el listado de funciones técnicas del Osinergmin, cuyo numeral 6 del Anexo 2 establece, como función del regulador, la de supervisar y fiscalizar el incumplimiento de obligaciones sobre seguridad de las actividades mineras, así como de las disposiciones legales y normas técnicas relacionadas con la gestión de la seguridad de la infraestructura, instalaciones, y de las operaciones mineras, lo cual es ratificado por el artículo 2°

¹⁷ Ley N° 29783

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

SEGUNDA. Transfíranse las competencias de fiscalización minera, establecidas en la Ley 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinerg, al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (...)

SÉPTIMA. Derógase la Ley 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinerg, del 24 de enero de 2007.

¹⁸ Ley N° 29901

Artículo 2. Precisiones de la segunda disposición complementaria final y de la séptima disposición complementaria modificatoria de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo

Precítese que la transferencia de las competencias de fiscalización minera al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, establecida en la segunda disposición complementaria final de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, se limita únicamente a la supervisión, fiscalización y sanción en materia de seguridad y salud en el trabajo en los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos.

Asimismo, entiéndase que la derogación de la Ley 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinerg, dispuesta por la séptima disposición complementaria modificatoria de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, comprende únicamente las disposiciones referidas a la supervisión y fiscalización del cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo, que es materia de competencia del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

¹⁹ Ley N° 29901

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

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

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

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

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

de la citada disposición reglamentaria²⁰ (subrayado agregado).

Ahora bien, cabe señalar que el RSSO, en su artículo 9°, establece que Osinergmin es la autoridad competente para supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con la seguridad de la infraestructura en la Gran y Mediana Minería, en el marco de la Ley N° 29901 y el Decreto Supremo N° 088-2013-PCM.

En el presente procedimiento, la infracción imputada a NEXA y a La Contratista involucran lo siguiente:

- El numeral 3 del artículo 38° del RSSO es una disposición legal por la cual el supervisor debe tomar toda precaución para proteger a los trabajadores, verificando y analizando que se haya dado cumplimiento a la IPERC realizada por estos en su área de trabajo a fin de eliminar o minimizar los riesgos. En este caso, no se verificó que se identificara el peligro de la chimenea sin parrilla en el Cx. 791 del nivel 1940, ni evaluado el riesgo y tampoco se dispuso como medida de control la instalación de una parrilla en el IPERC, no contando además con la ratificación del supervisor de turno.

En ese sentido, se advierte que la obligación dispuesta en el artículo antes citado desarrolla una medida vinculada a la gestión de la seguridad en el desarrollo de las operaciones mineras, ámbito respecto del cual Osinergmin sí tiene competencias conforme al marco legal antes citado.

Por lo tanto, contrariamente a lo sostenido por las apelantes, sí existía un respaldo normativo que establecía las competencias de Osinergmin para ejercer su función técnica de supervisión y fiscalización de las disposiciones legales relativas a la seguridad de las operaciones mineras. En ese sentido, la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador y el pronunciamiento emitido dentro del mismo se ha realizado de conformidad a las funciones atribuidas, respetando los Principios de Debido Procedimiento y Legalidad, regulados en el TUO de la Ley N° 27444.

Cabe precisar que las apelantes incurren en error al afirmar que Osinergmin sólo cuenta con competencias para supervisar y fiscalizar la seguridad de la infraestructura, ya que, tal como se expuso anteriormente, el artículo 3° de la Ley N° 29901, al precisar las competencias de este Organismo Regulador para supervisar y fiscalizar, estableció claramente que también le corresponde la supervisión y fiscalización de las disposiciones legales y técnicas, y la seguridad de la infraestructura de la actividad minera.

Es así que, a través del artículo 2° del Decreto Supremo N° 088-2013-PCM, se acotó que tales disposiciones legales y técnicas del sector no sólo involucraban aquellas referidas a la seguridad de la infraestructura, sino también a las instalaciones y a la gestión de la seguridad de las

²⁰ Decreto Supremo N° 088-2013-PCM.

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

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

Anexo 2

SECTOR MINERO

Funciones Técnicas

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

- Obligaciones sobre seguridad de las actividades mineras.

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

operaciones.



De otro lado, el artículo 103° de la Constitución Política de 1993, en concordancia con el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, recoge la regla de la aplicación inmediata de la ley, lo que implica que, desde su entrada en vigencia, ésta se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. De este modo, los hechos cumplidos bajo la antigua ley se rigen por ella, mientras que los efectos o hechos producidos luego de la entrada en vigencia de la nueva ley se rigen por esta última²¹.

En este caso, el accidente mortal materia de fiscalización ocurrió el 10 de mayo de 2017, luego de la publicación y entrada en vigencia de la Ley N° 29901 y el Decreto Supremo N° 088-2013-PCM, en cuyas normas jurídicas se aclaró que Osinergmin es competente para supervisar, fiscalizar y sancionar el cumplimiento de las obligaciones sobre seguridad de las actividades mineras, así como de las disposiciones legales y normas técnicas relacionadas con la gestión de la seguridad de la infraestructura, instalaciones y de las operaciones mineras.

Asimismo, es preciso resaltar que, de acuerdo al artículo 1° y al literal a) del artículo 6° del RSSO, dicho reglamento tiene por objeto prevenir la ocurrencia de incidentes, accidentes y promover el desarrollo de una cultura preventiva de seguridad en la industria minera, lo que significa que todas sus disposiciones están orientadas a brindar protección a los trabajadores en su condición de persona, por lo que dicha finalidad no puede ser utilizada como elemento diferenciador de competencias, como pretende la apelante²².



En atención a las consideraciones expuestas, corresponde desestimar los argumentos expuestos por NEXA y La Contratista en estos extremos.

En cuanto a la vulneración del Principio de Tipicidad

6. Con relación a lo alegado en el literal b) del numeral 2 y en los literales b) y c) del numeral 3 de la presente resolución, cabe precisar que la conducta verificada y por la cual se sancionó a NEXA y a La Contratista fue la siguiente:

“La supervisión no verificó que se identificara el peligro de la chimenea sin parrilla en el Cx.791 del nivel 1940, evaluado el riesgo y disponiendo como medida de control, la instalación de una parrilla en el IPERC llenado por el señor José L. Rivadeneyra el día 10 de mayo de 2017, no contando además con la ratificación del supervisor de turno.”

²¹ Constitución Política de 1993.

Artículo 103°.- (...) La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. (...)

Decreto Legislativo N° 295.

Código Civil.

Título Preliminar

Artículo III.- Aplicación de la ley en el tiempo

La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.

²² RSSO

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

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

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

Dicha conducta incumplió el numeral 3 del artículo 38° del RSSO, el cual establece que: “Es obligación del Supervisor: (...) 3. Tomar toda precaución para proteger a los trabajadores, verificando y analizando que se haya dado cumplimiento a la IPERC realizada por los trabajadores en su área de trabajo, a fin de eliminar o minimizar los riesgos.”



Conforme se desprende del artículo antes citado, para la ejecución de las labores mineras se debe tomar toda precaución para proteger a los trabajadores en su área de trabajo, dando cumplimiento a la IPERC a fin de eliminar o minimizar los riesgos. Dichas medidas de prevención deben ser efectivamente ejecutadas, por lo que no resulta suficiente identificar los peligros o riesgos, ni planificar medidas preventivas, si es que éstas no son implementadas.

En efecto, la finalidad de las evaluaciones que se realizan a las labores mineras no está orientada únicamente a identificar los peligros y disponer las medidas respectivas, sino que los resultados de dicha evaluación permiten adoptar medidas preventivas, ejecutadas oportunamente para minimizar o eliminar los riesgos, y que las tareas se realicen en condiciones de seguridad.

En ese sentido, se advierte que la conducta antes citada sí se subsume en el supuesto de hecho establecido en el numeral 3 del artículo 38° del RSSO, cuya obligación normativa fue infringida, tal como se sustentará en los numerales siguientes.

Por lo tanto, constituye infracción sancionable de acuerdo al numeral 6.1.2 del Rubro B del Cuadro de Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD.



Por consiguiente, al no haberse producido una vulneración al Principio de Tipicidad²³, debe desestimarse este extremo del recurso de apelación.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE APELACIÓN DE LA CONTRATISTA

Sobre la supuesta vulneración del Principio de Non Bis In Ídem

7. En cuanto a lo indicado en el literal c) del numeral 3 de la presente resolución, cabe señalar que el Principio de *Non Bis in Ídem*, regulado en el numeral 11 del artículo 248° del T.U.O. de la Ley N° 27444, establece que “no se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7”.

En ese sentido, el Principio *Non Bis In Idem* prohíbe la imposición de una dualidad de sanciones o la iniciación de una duplicidad de procedimientos sancionadores en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

²³ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

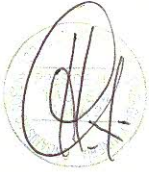
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras.

Ahora bien, en el presente caso La Contratista sostiene que se habría transgredido el Principio en cuestión pues existiría la concurrencia de la triple identidad: identidad subjetiva, identidad objetiva e identidad causal o de fundamento



Sobre el particular, este Colegiado estima pertinente resaltar que el Principio de *Non Bis In Idem* es aplicable al ámbito de la potestad sancionadora de la Administración Pública y no así al ejercicio de la función supervisora; motivo por el cual, el hecho de que tanto el Osinergmin como la Sunafil hayan llevado a cabo procedimientos de supervisión respecto a los hechos relacionados al accidente fatal del trabajador, señor Miguel Ángel Grados Paredes, no supone vulneración alguna de dicha regla de derecho, más aún cuando ambas entidades actúan dentro del ámbito de sus respectivas competencias y, por tanto, sobre la base de fundamentos distintos.

Además, tal como se ha explicado en el numeral 5 de la presente supervisión, de acuerdo a la normativa vigente Osinergmin supervisa y fiscaliza las disposiciones legales y técnicas de seguridad de la infraestructura, las instalaciones y la gestión de seguridad de sus operaciones. Por lo tanto, la actuación de Osinergmin en la supervisión y fiscalización de accidentes tiene un fundamento propio, que consiste en supervisar la seguridad de las operaciones mineras, valor distinto e independiente al de la seguridad y salud en el trabajo.

En atención a las consideraciones expuestas, queda acreditado que no existe identidad de fundamento en la actuación de Osinergmin respecto a la participación de Sunafil, por lo que no se ha producido vulneración de los Principios de *Non Bis In Idem*, Legalidad, ni Debido Procedimiento; correspondiendo desestimar lo argumentado por La Contratista en este extremo.



Acerca de la identificación de peligros y riesgos

8. En cuanto a lo indicado en el literal d), e) y f) del numeral 3 de la presente resolución, debe indicarse que en el Informe de Investigación del accidente mortal presentado por NEXA, obrante de fojas 273 a 279 del expediente, en el Informe N° 001-SSO-MILPOCL-2016 realizado por su Superintendente de Seguridad y Salud Ocupacional y en la declaración del señor Edgar Calderón Coz, coordinador de proyecto de La Contratista, obrante a fojas 72 del expediente, se señala, como factor de trabajo en la ocurrencia del accidente mortal del señor Miguel Ángel Grados Paredes, que dicho coordinador liberó el área de trabajo, teniendo conocimiento que la chimenea estaba sin parrilla. Es por ello que le comunicó al ayudante del Alpha, Jose Luis Rivadeneyra Gallardo, que no se expusiera a la caída por la chimenea, la cual se encontraba sin parrilla.

De acuerdo a ello, se concluye que, para la identificación de peligros, evaluación de riesgos y disposición de medidas de control para la tarea de shotcreteo en el Cx. 791 del Nv. 1940 encargada por el mismo coordinador de proyecto de la CONTRATISTA MINERA, señor Edgar Calderón Coz, el peligro de la chimenea sin parrilla (línea de fuego) formaba parte de la evaluación de peligros que se debía realizar para ejecutar la tarea encargada, En ese sentido, el argumento de La Contratista respecto a que el accidente ocurre fuera de la zona de trabajo determinada por NEXA en un plano no exime de responsabilidad al titular y La Contratista, toda vez que dicho peligro debía formar parte del análisis previo para desarrollar la tarea en el IPERC continuo realizado el día 10 de mayo de 2017, a efectos de disponer así una medida de control (colocación de parrilla) que elimine el peligro detectado.

Respecto a la capacitación recibida por el trabajador accidentado, se debe indicar que la imputación materia de análisis refiere a la falta de identificación del peligro de la chimenea sin parrilla en el Cx. 791 del nivel 1940, según consta en el IPERC llenado por el trabajador José Luis

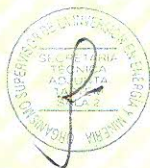
Rivadeneira el día 10 de mayo de 2017 para cumplir con la tarea de lanzamiento de shotcrete, por lo que la instrucción y capacitación recibida por el trabajador Miguel Ángel Grados Paredes no forma parte de la imputación y, por tanto, no corresponde su análisis.



Por otro lado, la identificación de peligros, evaluación de riesgos y disposición de medidas de control para la tarea de shotcreteo en el Cx. 791 del Nv. 1940 encargada por el mismo coordinador de proyecto de La Contratista, señor Edgar Calderón Coz, al trabajador José Luis Rivadeneira Gallardo, el peligro de la chimenea sin parrilla formaba parte de la evaluación de peligros que debían también haber realizado los trabajadores Miguel Ángel Grados Paredes y Herbert Rómulo Valerio Toribio para ejecutar la tarea encargada. Por lo tanto, sí guarda relación con las condiciones sub estándares del accidente mortal.

En ese sentido, contrariamente a lo señalado por La Contratista, se encuentra acreditado que en el IPERC continuo elaborado por el señor José Rivadeneira no se identificó el peligro de la chimenea sin parrilla, ni se identificó como riesgo la caída a distinto nivel más allá de la delimitación del área de trabajo; omisión que conllevó a que no se dispusieran las acciones para la medida de control respectiva.

Cabe indicar que no es materia de análisis en el presente procedimiento el IPERC línea base de La Contratista, obrante a fojas 180, 181, 502 a 507 del expediente, ya que la presente imputación se refiere a la falta de supervisión para la identificación del peligro de la chimenea sin parrilla en el Cx. 791 del nivel 1940, según consta en el IPERC llenado por el trabajador José Luis Rivadeneira el día 10 de mayo de 2017 para cumplir con la tarea de lanzamiento de shotcrete, en la cual se disponen medidas de control específicas considerando el momento de la ejecución de la tarea; más aún si, días previos, la parrilla había sido retirada de la chimenea, lo cual generó la necesidad de que la identificación de peligros considere las condiciones vigentes al momento de la realización de la tarea. Esta situación quedó demostrada con las distintas manifestaciones recabadas durante la supervisión que obran de fojas 58 a 72 del expediente.



Respecto a que las condiciones dentro y fuera del área de trabajo son responsabilidad de NEXA, corresponde precisar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 3° del RSSO, toda persona natural o jurídica, pública o privada, que realiza actividades mineras y actividades conexas con personal propio o de terceros en sus ambientes de trabajo están obligadas a dar cumplimiento a las disposiciones del RSSO²⁴.

Asimismo, según el numeral 11 del artículo 37° del T.U.O. de la Ley General de Minería²⁵ y el artículo 3° del Decreto Supremo N° 005-2008-EM²⁶, los titulares de las concesiones mineras se encuentran facultados a contratar la ejecución de los trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio con empresas especializadas inscritas en la Dirección General de Minería. Dichas empresas son denominadas empresas contratistas mineras, las cuales cuentan con

²⁴ RSSO

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

²⁵ T.U.O. de la Ley General de Minería

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

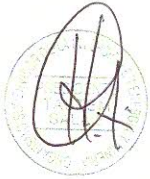
(...)11. A contratar la ejecución de los trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio, con empresas especializadas inscritas en la Dirección General de Minería.

²⁶ Decreto Supremo N° 005-2008-EM

Artículo 3.- Definición de empresa contratista minera

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

autonomía funcional y patrimonio propio.



Además, los artículos 209° y 216° del T.U.O. de citada Ley establecen que las disposiciones sobre bienestar y seguridad obligan también a los terceros que, por cualquier acto o contrato, resultaren ejecutando o conduciendo trabajos propios para la explotación de la concesión minera por cuenta del titular de derecho minero, quienes asumen responsabilidad solidaria por su incumplimiento²⁷.

Adicionalmente, el numeral 23.3 del artículo 23° del RSFS establece que, en los casos de accidentes mortales del sub sector minero, corresponderá imputar responsabilidad administrativa solidaria a las empresas contratistas mineras que realicen trabajos propios de actividades mineras²⁸ inscritas en el Registro correspondiente.

Además, el numeral 23.4 del artículo 23° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD²⁹ dispone que la responsabilidad administrativa del infractor bajo el ámbito de competencia de Osinergmin es independiente de la responsabilidad civil, penal o administrativa bajo competencia de otra entidad, que pudiera originarse por las acciones u omisiones que configuran la infracción administrativa.

Por lo tanto, la atribución de responsabilidad administrativa solidaria al titular minero y a las empresas contratistas mineras en los casos de accidentes mortales se encuentra expresamente regulada, la cual no disminuye por los contratos privados que puedan suscribir, ya que ambas son responsables de los resultados de la actividad minera y de las consecuencias derivadas del incumplimiento de sus obligaciones, conforme al marco jurídico antes citado.



De ahí que la atribución de responsabilidad administrativa solidaria a NEXA y a La Contratista no vulnera el Principio de Debido Procedimiento ni el inciso 5 del artículo 139° de la Constitución Política del Perú³⁰.

²⁷ T.U.O. de la Ley General de Minería

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

Artículo 216.- Las disposiciones de este Título obligan también a terceros que, por cualquier acto o contrato, resultaren, ejecutando o conduciendo trabajos propios para la explotación de la concesión minera por cuenta del titular de derecho minero. Las obligaciones y responsabilidades son solidarias. Esta disposición no es aplicable a terceros, contratistas de empresas mineras, que presten servicios conexos de índole no minero.

²⁸ Cabe precisar que el artículo 7° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD describe las actividades del sector minero bajo competencia de Osinergmin, disponiendo lo que se detalla a continuación:

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

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

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

²⁹ Resolución N° 040-2017-OS/CD

Artículo 23.- Determinación de responsabilidad

23.4 La responsabilidad administrativa del infractor, bajo el ámbito de competencia de Osinergmin, es independiente de la responsabilidad civil, penal o administrativa bajo competencia de otra entidad, que pudiera originarse por las acciones u omisiones que configuran la infracción administrativa.

³⁰ Ley N° 27444 y modificatorias

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

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; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

En consecuencia, se procede a desestimar este extremo del recurso de apelación.

Con relación a las causas del accidente mortal y la vulneración del Principio de Culpabilidad



9. Sobre los argumentos expuestos en el literal h) del numeral 3 de la presente resolución, debe indicarse que, de acuerdo al artículo 209° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, las personas naturales o jurídicas dedicadas a las actividades de la industria minera tienen la obligación de proporcionar las condiciones de higiene y seguridad en el trabajo.

Asimismo, de acuerdo al artículo 27° del RSSO, el titular de actividad minera es responsable de garantizar la seguridad y salud ocupacional de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor en el centro de trabajo o fuera de él; así como desarrollar actividades permanentes con el fin de perfeccionar los niveles de protección existentes³¹.

De lo anterior se aprecia que la responsabilidad administrativa no se elude por el hecho de que los trabajadores y supervisores incumplan sus obligaciones o cometan conductas imprudentes, resultando de responsabilidad del titular minero y de sus contratistas garantizar que durante la ejecución de las actividades mineras se dé cumplimiento a las normas jurídicas que regulan la actividad minera. En efecto, en su calidad de personas jurídicas dedicadas a la industria minera, recae sobre ellas el permanente deber de vigilancia que los hace responsables ante los resultados de una actividad riesgosa que, en el presente caso, tuvo una consecuencia mortal.



Además, es importante mencionar que dicho deber de vigilancia no disminuye o desaparece por la experiencia laboral con la que puedan contar sus trabajadores, más aún cuando, de acuerdo al literal m) del artículo 26° del RSSO, el titular minero en todo momento debe evaluar y controlar los peligros y riesgos a los que puedan estar sometidos los trabajadores en la ejecución de las labores mineras³².

En ese sentido, cabe reiterar que el hecho de que el señor Miguel Ángel Grados Paredes (accidentado) cuente con capacitación para las labores asignadas no libera a las recurrentes de la responsabilidad administrativa incurridas por el incumplimiento del numeral 3 del artículo 38° del RSSO.

Asimismo, de acuerdo al Principio de Culpabilidad establecido en el numeral 10 del artículo 246° del TUO de la Ley N° 27444³³, la responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva.

Constitución Política del Perú

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.

³¹ RSSO

Artículo 27.- El titular de actividad minera es responsable de garantizar la seguridad y salud ocupacional de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor, en el centro de trabajo o fuera de él; así como desarrollar actividades permanentes con el fin de perfeccionar los niveles de protección existentes.

³² RSSO

Artículo 26.- Son obligaciones generales del titular de actividad minera:

m) Efectuar inspecciones a sus labores mineras para determinar los peligros y evaluar los riesgos a fin de ejecutar los controles respectivos para mitigarlos o eliminarlos.

³³ El mencionado T.U.O. fue publicado con fecha 20 de marzo de 2017 y sistematiza la Ley N° 27444 y el Decreto Legislativo N° 1272 publicado el 21 de diciembre de 2016. El artículo 230° de la Ley N° 27444 vigente a la fecha de comisión de la infracción no contemplaba el Principio de Culpabilidad como uno de los principios de la potestad sancionadora administrativa.

Al respecto, el artículo 1 de la Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, Ley N° 27699³⁴, establece que "toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos, entre otros, bajo el ámbito de competencia de Osinergmin, constituye infracción sancionable".

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

Además, el artículo 13° de la Ley que Transfiere Competencias de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Mineras al Osinerg, Ley N° 28964, establece: "(...) La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones que apruebe el Consejo Directivo del Osinergmin, la cual podrá contemplar entre otras, sanciones pecuniarias, comiso de bienes, internamiento temporal de equipos y maquinarias, cierre de establecimientos, paralización de obras o labores y de funcionamiento de instalaciones, conforme se establece en la Ley N° 27699." (Subrayado agregado)

De lo expuesto, cualquier acto que implique incumplimiento a las normas de competencia de Osinergmin, en tanto se encuentre tipificado, constituye infracción sancionable determinable de manera objetiva. En ese sentido, basta la verificación de la infracción tipificada como tal para determinar la responsabilidad administrativa del sujeto infractor, sin que se requiera evaluar elementos de tipo subjetivo.

Adicionalmente a ello, cabe resaltar que, a través del artículo 89° del Reglamento General de Osinergmin aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM³⁵, del artículo 9° del derogado Reglamento de Procedimiento Administrativo Sancionador aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD³⁶ y del artículo 23° del RSFS³⁷, se precisó que la responsabilidad administrativa por el incumplimiento de la normativa de las disposiciones emitidas por Osinergmin es objetiva.

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

³⁴ Ley N° 27699-Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG)

"Artículo 1.- Facultad de Tipificación (...)

La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente, de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones del OSINERG, aprobada por el Consejo Directivo; la cual podrá contemplar, entre otras, penas pecuniarias, comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos, cierre de establecimientos y paralización de obras."

³⁵ Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, Reglamento General de Osinergmin

"Artículo 89.- Responsabilidad del Infractor

(...) La responsabilidad administrativa por incumplimiento de las disposiciones legales, técnicas, derivadas de contratos de concesión y de las dictadas por OSINERG es objetiva."

³⁶ Resolución N° 272-2012-OS/CD, Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de Osinergmin

"Artículo 9.- Determinación de responsabilidad

La responsabilidad administrativa por el incumplimiento de las leyes, reglamentos, resoluciones, contratos de concesión y demás obligaciones establecidas en normas, procedimientos y/o disposiciones bajo el ámbito de competencia de OSINERGMIN es objetiva. (...)"

³⁷ RSFS

"Artículo 23.- Determinación de responsabilidad

23.1 La responsabilidad administrativa por el incumplimiento de la normativa o de las disposiciones emitidas por Osinergmin es determinada de forma objetiva, conforme a lo previsto en los artículos 1 y 13 de las Leyes Nos. 27699 y 28964, respectivamente."

En consecuencia, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación.

Respecto a la supervisión efectiva



10. Sobre los argumentos expuestos en el literal i) del numeral 3 de la presente resolución, debe indicarse que en el Informe Final de Instrucción N° 2688-2018 se mencionó al señor Miguel Angel Grados Paredes como el accidentado durante la tarea de lanzado de shotcrete en el Cx 791, cuerpo OB6A del Nv 1940, el día 10 de mayo de 2017 y no al señor José Luis Rivadeneyra Gallardo, el cual se consigna en dicho Informe como el ayudante del operador del Alpha 30 robot lanzador de La Contratista Minera, por lo que no es correcto lo señalado por La Contratista.

Asimismo, cabe indicar que, de la revisión de los IPERC del día del accidente entregados por NEXA a la supervisión, obrante de fojas 176 a 178 del expediente, no se observa que estos hayan sido llenados por el accidentado Miguel Ángel Grados Paredes y tampoco se consignan firmas.

Sin embargo, es importante precisar que la presente imputación está referida a que en el IPERC llenado por el trabajador José Luis Rivadeneyra el día 10 de mayo de 2017 para fines de realizar la tarea de lanzado de shotcrete no se identificó el peligro de la chimenea sin parrilla en el Cx. 791 del nivel 1940, por lo que no se evaluó el riesgo de caída, ni se dispuso una medida de control.

Además, se debe tener en cuenta que el objetivo del IPERC no es sólo identificar el peligro y comunicarlo ("no exponerse a línea de fuego"), sino establecer la medida de control adecuada para que la tarea encargada se desarrolle de manera segura. En ese sentido, no es materia de análisis los IPERC continuo de fechas 5, 8 y 9 de mayo de 2017 al ser anteriores al accidente mortal del señor Miguel Ángel Grados Paredes.



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

Sobre la vulneración del Principio de Razonabilidad y la falta de motivación en el cálculo de la multa alegadas por NEXA y La Contratista

11. Con relación a lo alegado en el literal d) del numeral 2 y el literal g) del numeral 3 de la presente resolución, cabe mencionar que, de conformidad con el Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 1.4. del Artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, las decisiones de la autoridad administrativa, cuando impongan sanciones, deben mantener la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos, a fin de responder a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido³⁸.

Por su parte, el Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 246° del TUO de la Ley N° 27444 y modificatorias, dispone que la autoridad administrativa debe prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción³⁹.

³⁸ Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

T.U.O. de la Ley N° 27444

"Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

(...)

1.4. Principio de Razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido".

³⁹ Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

En atención de ello, el cálculo de la multa se realizó en función a la siguiente fórmula:

$$M = \left(\frac{B}{p} \right) * A$$

Donde "B" es igual al beneficio ilegalmente obtenido, "p" corresponde a la probabilidad de detección y "A" representa los factores agravantes y atenuantes.

Según el literal e) del rubro II de los criterios aprobados por Resolución de Gerencia General N° 035, el factor "B" debe incluir los "costos evitados" que se relacionan con la postergación (costo postergado) u omisión de las inversiones (costos evitados en sentido estricto) destinados a garantizar las condiciones de seguridad de las operaciones mineras y/o el "beneficio ilícito", esto es, la utilidad generada como consecuencia del incumplimiento.

Bajo dicho contexto, se debe anotar que el beneficio ilícito obtenido está constituido por aquella inversión que las administradas dejaron de realizar para dar cumplimiento a sus obligaciones, la cual, de haberse realizado oportunamente, habría evitado la comisión de las infracciones.

De esta manera, para la estimación del factor en mención deben considerarse los costos de todos los recursos (humanos y materiales) necesarios para garantizar la vigencia y observancia de las normas de seguridad, esto es, mediante el desarrollo de un escenario de cumplimiento que identifique el flujo esperado del costo de ejecutar la obligación en la forma, modo y/o oportunidad establecidas (costos evitados y postergados), así como la utilidad o ventaja económica producida a favor del infractor por la comisión de la infracción (beneficio ilícito).

En este contexto, es preciso señalar que la determinación del escenario de cumplimiento y, con ello, la cantidad de recursos a ser valorizados bajo las metodologías de costos evitados y/o postergados como parte del factor "B" tampoco es de carácter arbitrario, sino que se apoya en las normas incumplidas, en este caso, el numeral 3 del artículo 38° del RSSO; toda vez que es dicha disposición la que define la prestación que debió ser ejecutada por parte del agente infractor.

Por tal motivo, la cantidad y tipo de recursos a costear dependen de lo exigido por la regulación en materia de seguridad, lo que habilita a Osinergmin, en su condición de autoridad supervisora y fiscalizadora, a la determinación de los medios necesarios para garantizar su cumplimiento.

De acuerdo a lo sustentado en la resolución apelada, se aplicó la metodología del costo evitado, considerando las inversiones no incurridas para contar con los especialistas que realicen una supervisión eficiente que verifique la identificación del peligro de la chimenea sin parrilla en el Cx. 791 del nivel 1940.

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.



En relación a que las apelantes sí contaban con dichos profesionales, se debe indicar que los costos evitados están constituidos por los sueldos de los especialistas encargados (Jefe de Guardia y Superintendente de Mina), cuya acción conjunta debió garantizar el cumplimiento de la obligación establecida en numeral 3 del artículo 38° del RSSO, lo cual no ocurrió. Por lo tanto, no resulta admisible reconocer como inversión aquella que no garantiza el cumplimiento de la legislación, ni el desarrollo de las operaciones mineras en condiciones de seguridad; en ese sentido, los documentos que adjuntó para acreditar la relación laboral no desvirtúan el incumplimiento.

Cabe indicar que los costos evitados aplicados como beneficio ilegalmente obtenido están vinculados a aquellas inversiones no realizadas para contar con especialistas o profesionales que garanticen el cumplimiento de lo dispuesto en el RSSO. De la revisión de los actuados en el expediente, no se verifica que la recurrente haya acreditado que sí contaba con profesionales que efectivamente realizaran dichas funciones.

En cuanto a la no reincidencia en la comisión de la infracción, cabe señalar que en el cálculo de multa propuesto en el Informe Final de Instrucción N° 2688-2018 sí se ha verificado que NEXA y La Contratista no han cometido la infracción al numeral 3 del artículo 38° del RSSO dentro del año siguiente de haber quedado consentida o de haber agotado la vía administrativa respecto a una sanción anterior, por lo que no se consideró el factor agravante de reincidencia previsto en el RSFS.

De acuerdo a lo sustentado anteriormente, la determinación de la sanción consideró los criterios previstos por el Principios de Razonabilidad y la debida motivación.



Ahora bien, a través de su recurso de apelación, NEXA presentó las boletas de remuneraciones de los meses de abril y mayo de 2017 correspondientes a un (1) Jefe de Guardia Mina y a un (1) Superintendente de Seguridad. Al respecto, cabe señalar lo siguiente:

- El sueldo mensual ascendente a S/ 16,255.00 contenido en la boleta de pago de remuneración del mes de abril de 2017⁴⁰ del personal Superintendente de Mina que NEXA presentó, se encuentra sustentada en una fuente objetiva, por lo que será considerado en el cálculo de la multa.
- El sueldo mensual ascendente a S/ 9,050.80 contenido en la boleta de pago de remuneración del mes de abril de 2017⁴¹ del personal Jefe de Guardia que NEXA, si bien se encuentra sustentada en una fuente objetiva, este constituye un monto mayor al utilizado por la Primera Instancia según el Salary Pack de Price Waterhouse Cooper (Pwc) S.R.L., por lo que, a fin de no generar un incremento en perjuicio del administrado en el cálculo de la sanción, no será tomado en cuenta.

En función de lo anterior se procederá al cálculo de la multa de la infracción N° 1, variándose únicamente el beneficio ilícito respecto al costo del especialista Superintendente de Mina. Los demás aspectos que no fueron cuestionados se mantienen.

⁴⁰ Obrante a fojas 668 del expediente.

⁴¹ Obrante a fojas 666 del expediente.

Cuadro N° 1: Costo por concepto de especialista encargado				
Especialista Encargado	Sueldos en S/		N° de meses	Total
	fecha de boleta	Sueldo Mensual		
Jefe de Guardia	Pwc febrero 2015	8,702.33	1.00	8,702.33
Superintendente de Mina	NEXA – boleta abril 2017	16,255.00	1.00	16,255.00
IPC febrero 2015				117.20
IPC abril 2017 2017				127.74
IPC mayo 2017				127.20
Costo de especialista encargado (S/ mayo 2017)				25,631.07

Cuadro N° 2: Cálculo de Multa por costo evitado	
Descripción	Monto
Costo de especialistas (S/ mayo 2017)	25,631.07
TC mayo 2017	3.275
Costo de especialistas(US\$, mayo 2017)	7,827.37
Tasa COK	1.07%
Número de meses	17
Costo capitalizado (US\$, octubre 2018)	9,381.77
TC octubre 2018	3.335
Beneficio economico por Costo Evitado (S/ octubre 2018)	31,291.62
Escudo Fiscal (30%)	9,387.49
Costo por servicios no vinculados a supervisión	4,534.26
Beneficio económico - Factor B (S/ octubre 2018)	26,438.40
Probabilidad de detección	30%
Multa Base (S/)	88,127.99
Factores Agravantes y Atenuantes	1
Multa (S/)	88,127.99
Multa (UIT)	20.98

De acuerdo al análisis antes realizado, la multa impuesta por la infracción al numeral 3 del artículo 38° del RSSO de 39.81 (treinta y nueve con ochenta y uno centésimas) UIT queda establecida en 20.98 (veinte con noventa y ocho centésimas) UIT.

Otros alegatos de NEXA y La Contratista

- En cuanto a lo sostenido en el literal e) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que, de acuerdo al artículo 33° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD, el agente supervisado puede solicitar el uso de la palabra al órgano sancionador o al órgano revisor. La denegatoria a dicha solicitud debe encontrarse debidamente motivada a fin de no vulnerar el derecho al debido

procedimiento.



Por su parte, el numeral 23.3 del artículo 23° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD, establece que corresponde al Presidente del Tastem disponer la realización de informes orales cuando lo considere necesario para resolver el caso, si algún vocal o el Secretario Técnico Adjunto se lo solicita, o a pedido de parte.

Sobre el particular, se debe indicar 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 pronunciamiento sobre el presente caso, habiéndose señalado en los numerales 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 los motivos que sustentan la presente resolución.

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 NEXA.

- 
13. Con relación a lo manifestado en el literal j) del numeral 3 de la presente resolución, se debe indicar que, efectivamente, la resolución impugnada recién será ejecutable al finalizar este procedimiento administrativo sancionador con la notificación del presente acto administrativo.

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 presentado por **NEXA RESOURCES PERÚ S.A.A.** contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 845-2019 de fecha 4 de abril de 2019 en lo referido al cálculo de la multa, determinando que la multa impuesta por la infracción al numeral 3 del artículo 38° del RSSO de 39.81 (treinta y nueve con ochenta y uno centésimas) UIT queda establecida en 20.98 (veinte con noventa y ocho centésimas) UIT.

Artículo 2°. - Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por **NEXA RESOURCES PERÚ S.A.A.** contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 845-2019 de fecha 4 de abril de 2019 en sus demás extremos.

Artículo 3°. - Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por **UNIÓN CONCRETERAS S.A.** contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 845-2019 de fecha 4 de abril de 2019 en todos sus extremos.

Artículo 4°. - Determinar que el monto total de la multa impuesta de 39.81 (treinta y nueve con ochenta y uno centésimas) UIT queda establecida en 20.98 (veinte con noventa y ocho centésimas) UIT.



Artículo 5°. - 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