

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 404-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 30 de octubre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201600192321 que contiene los recursos de apelación interpuestos por (i) ARUNTANI S.A.C., representada por el señor John Ramos de la Cruz y por la empresa contratista (ii) AJANI S.A.C., representada por el señor Santiago Paúl Casas Cabada, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2036-2018 de fecha 13 de agosto de 2018, mediante la cual se le sancionó por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM.



CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución N° 2036-2018, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a la empresa ARUNTANI S.A.C., en adelante ARUNTANI y a la empresa contratista minera AJANI S.A.C., en adelante AJANI, con una multa solidaria de 59.01 (cincuenta y nueve con una centésima) 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 literal e) del artículo 382° del RSSO, aprobado mediante Decreto Supremo N° 024-2016-EM¹ El refugio de protección para casos de tormentas eléctricas no fue adecuado, toda vez que no corresponde a un diseño de ingeniería bajo el principio de Jaula de Faraday que capte y canalice la energía eléctrica hacia un dispositivo puesto a tierra a fin de proteger a las personas que se encuentran en su interior.	Numeral 10.3 del Rubro B ²	59.01 UIT
MULTA TOTAL		59.01 UIT



¹ Decreto Supremo N° 024-2016-EM

Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería

Artículo 382.- En cuanto a la prevención en pozos y pasos a nivel y trabajador a la intemperie:

(...)

e) Se deberá instalar un sistema de protección de personal e instalaciones contra tormentas eléctricas, en lugares donde se presenten estos fenómenos naturales, debiendo contar con equipos de detección y alerta de tormentas, pararrayos y refugios adecuados.

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

Anexo

Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupaciones para las actividades mineras

Rubro B

Incumplimientos de Normas Técnicas de Seguridad Minera

10. Incumplimiento de normas de edificaciones e instalación

10.3 Pozos y pasos a nivel y personal a la intemperie

Base legal: Art. 382° del RSSO

Sanción: Multa hasta 300 UIT.

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- a) El 27 de diciembre de 2016, a las 5:30 horas aproximadamente, en el reparto de guardia, el Ing. [REDACTED] (encargado) de la empresa contratista minera³ AJANI, coordinó los trabajos que se realizarían durante el día con el supervisor de campo señor [REDACTED] y el supervisor de seguridad señor [REDACTED]

El supervisor de campo trasladó la orden de realizar el enrocado del canal colector botadero norte colectora N° 3 y el vaciado de la cuneta del canal colector N° 2, siendo que al trabajador [REDACTED] se le encargó el trabajo en la cuneta del canal colector N° 2 y al señor [REDACTED] el trabajo en el canal colector N° 3.

A las 15:00 horas aproximadamente, se presentó una tormenta eléctrica, por lo que el personal evacuó la zona de acuerdo a los procedimientos, dirigiéndose al bus como al refugio construido con material de geomembrana. Una vez ubicados los trabajadores en este último recinto, ocho (8) trabajadores se sentaron en las bancas existentes, cinco (5) se quedaron de pie y cuatro (4) en cuclillas.

Aproximadamente a las 16:10 horas, un rayo impactó en el mencionado refugio y afectó a los trabajadores en distinto grado: unos perdieron el conocimiento, otros se quejaron por fuertes dolores y tres (3) trabajadores se desmayaron, dos (2) de los cuales estuvieron muy graves. Posteriormente, el médico asistente de la Posta Médica Tucari llegó al refugio y trasladó a los trabajadores más graves; sin embargo, los señores [REDACTED] y [REDACTED] habían fallecido⁴.

- b) El 28 de diciembre de 2016, ARUNTANI comunicó a OSINERGMIN el accidente mortal.
- c) Del 29 al 31 de diciembre de 2016 se efectuó una supervisión a la unidad minera "Tucari-Acumulación Mariela"⁵ de titularidad de ARUNTANI.
- d) Mediante escrito del 06 de enero de 2017, ARUNTANI presentó a OSINERGMIN su informe de investigación del accidente mortal.
- e) El 20 de diciembre de 2017 y el 04 de enero de 2018, mediante Oficios N° 3024-2017 y N° 3025-2017, se notificaron a ARUNTANI y a la empresa contratista AJANI, respectivamente, el inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- f) Por escrito presentado el 08 de enero de 2018, la empresa contratista AJANI presentó sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- g) El 06 de julio de 2018, mediante los oficios N° 302-2018-OS-GSM y N° 303-2018-OS-GSM se notificó a la empresa contratista AJANI y ARUNTANI, respectivamente, el Informe Final de Instrucción N° 1363-2018.
- h) El 13 de julio de 2018, ARUNTANI y la empresa contratista AJANI presentaron sus descargos al

³ Empresa inscrita en el Registro de Empresas Contratistas Mineras con Registro N° 8001316, obrante de fojas 444 a 445, contratada por la empresa ARUNTANI, según el Contrato de Obra a precios unitarios DL-AJA-034/16 de fecha 30 de marzo de 2016, obrante de fojas 169 a 178.

⁴ Las fotos de la visita de supervisión del accidente mortal constan de fojas 71 a 81 y el croquis del accidente de fojas 96 a 98.

⁵ La Unidad Minera "Tucari- Acumulación Mariela" se encuentra ubicado en [REDACTED]

Informe Final de Instrucción N° 1363-2018.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN DE ARUNTANI

2. Mediante escrito del 11 de setiembre de 2018 registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201600192321, ARUNTANI interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2036-2018, solicitando se declare la nulidad de la misma, de acuerdo con los siguientes fundamentos:



Sobre la infracción al literal e) del artículo 382° del RSSO

- a) ARUNTANI manifiesta que ha sido sancionado mediante la Resolución N° 2036-2018, a través de la cual la Gerencia de Supervisión Minera ha impuesto una multa de 59.01 UIT; sin embargo, indica que existe una contradicción respecto al término “refugio adecuado”, toda vez que OSINERGMIN no especifica si éste es un contenedor o es un vehículo, siendo que este último no cumple con el principio de “Jaula de Faraday”.

Sostiene que la especificación técnica que explica que el refugio para que sea considerado “adecuado” debe basarse en el Principio de “Jaula de Faraday”, fue notificada a los recurrentes con fecha posterior a la ocurrencia del accidente, es decir, que dicha especificación fue notificada a través del Oficio N° 45-2017-OS/GSM⁶ el 6 de febrero de 2017; en ese sentido, refiere que no puede ser empleada de forma retroactiva como causal para el inicio del procedimiento administrativo sancionador, por lo que no estaría sujeta a sanción por algún incumplimiento.

Además, señala que OSINERGMIN nunca ha realizado observaciones a los refugios que tenían instalados.

- b) ARUNTANI manifiesta que sí cumplió con la implementación de los refugios adecuados, según especificaciones de ingeniería basados en el principio de aislamiento, orientados a garantizar la seguridad del trabajador.

Asimismo, sostiene que la “geomembrana” cumplió su función de aislamiento, dado que no se ha podido demostrar daño a la misma (quemadura, perforación o solución de continuidad) que indique que hubo paso de energía eléctrica; en ese sentido, de haber sucedido, hubiera provocado mayor daño.

- c) Adicionalmente, sostiene que cumplió con lo dispuesto en el literal e) del artículo 382° del RSSO⁷, toda vez que contó con detectores de tormentas, así también los pararrayos estaban

⁶ Al respecto, ARUNTANI refiere que el Oficio N° 45-2017-OS/GSM notificado con fecha 24 de febrero de 2017, con el asunto “refugio adecuado del personal ante tormentas”, en el cual OSINERGMIN señala expresamente que “El propósito del presente documento es exhortar que los refugios del personal contra tormentas eléctricas sean contenedores de acero forrado con madera en su interior, los cuales deben contar con ventanas cubiertas con malla electrosoldada para propósitos de ventilación y visibilidad sin comprometer el principio de “jaula Faraday”. Estas estructuras son consideradas seguras dentro de los efectos directos de los rayos. Asimismo, los vehículos con carrocería metálica o con cabina ROPS, se consideran seguros”.

⁷ Decreto Supremo N° 024-2016-EM
Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería
Artículo 382.- En cuanto a la prevención en pozos y pasos a nivel y trabajador a la intemperie:
(...)
e) Se deberá instalar un sistema de protección de personal e instalaciones contra tormentas eléctricas, en lugares donde se presenten estos fenómenos naturales, debiendo contar con equipos de detección y alerta de tormentas, pararrayos y refugios adecuados.

RESOLUCIÓN N° 404-2018-OS/TASTEM-S2

instalados al lado de los refugios, los cuales fueron construidos de acuerdo a los criterios de sus especialistas en ese momento.

Así también, señala que el accidente suscitado no ocurrió porque el refugio no era “adecuado”, sino porque la puerta del refugio estuvo abierta en el momento de la tormenta, lo cual fue corroborado por los supervisores de OSINERGMIN en el Informe de Supervisión. Agrega que OSINERGMIN no mencionó como causa del accidente que el refugio construido por ARUNTANI no era el adecuado.



Sobre la indebida motivación de la Resolución N° 2036-2018 impugnada

- d) Refiere que la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2036-2018 no se encuentra debidamente motivada, dado que existen una serie de vacíos en el sustento, que no permiten determinar cuáles han sido los criterios legales adoptados al momento de emitir dicha resolución. Indica que no se ha probado de manera objetiva la contravención a la ley por parte de su representada.

Sobre el cálculo de multa

- e) Sostiene que al momento de imponer la multa, la Resolución impugnada no recoge los criterios adoptados para el cálculo de multa, conforme lo señala el Principio de Razonabilidad y Debido Procedimiento⁸, contenidos en el Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Finalmente, indica que se habrían vulnerado los Principios de Proporcionalidad⁹, Verdad Material y Presunción de Licitud, establecidos en el artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.



Sobre la ampliación de los argumentos del recurso de apelación

- f) ARUNTANI señala que se reserva su derecho de ampliar posteriormente sus argumentos y medios probatorios, en caso resulte necesario, a efectos del citado escrito, los cuales deberán ser tomados en consideración al momento de resolver.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN DE AJANI

3. Mediante escrito del 11 de setiembre de 2018 registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201600192321, la empresa contratista AJANI interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2036-2018, solicitando se declare la nulidad de la misma, citando los mismos argumentos que la empresa ARUNTANI.
4. A través del Memorándum N° GSM-369-2018, recibido el 14 de setiembre de 2018, la Gerencia de Supervisión Minera remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

⁸ Al respecto, cita la Resolución N° 293-2014-ANA/TNRCH de fecha 23 de octubre del 2014, emitida por el Tribunal Nacional de Resolución de Controversias Hídricas, citando que el Principio de Debido Procedimiento está orientado a garantizar el respeto de todos los derechos inherentes a un procedimiento administrativo sancionador.

⁹ ARUNTANI cita el Principio de Proporcionalidad contenido en el artículo 200° de la Constitución Política del Perú, el cual dispone una proporción entre los medios utilizados y la finalidad perseguida, por lo que debería existir una correlación entre la infracción cometida y la sanción a aplicar.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la infracción al literal e) del artículo 382° del RSSO

5. Respecto a lo alegado en el literal a) del numeral 2 y numeral 3 de la presente resolución, el artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, y el artículo 89° del Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, establecen que la responsabilidad administrativa por el incumplimiento de las disposiciones legales y técnicas bajo el ámbito de competencia de OSINERGMIN es objetiva, por lo que es suficiente que se constate el incumplimiento de la norma para que ARUNTANI y la empresa contratista AJANI sean las responsables de la comisión de la infracción administrativa¹⁰.

Asimismo, corresponde señalar que el artículo 27° del RSSO señala que el titular minero es el responsable de garantizar la seguridad de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor¹¹.

Por su parte, el numeral 11) del artículo 37° y el artículo 216° de la Ley General de Minería, aprobada por Decreto Supremo N° 014-92-EM¹², así como el numeral 23.3 del artículo 23° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de OSINERGMIN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD¹³, en el presente caso la empresa contratista minera es responsable solidaria por el incumplimiento a la obligación imputada, quien conforme al artículo 51° de la RSSO se encuentra obligada a cumplir con dicho Reglamento¹⁴.

¹⁰ Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (OSINERG).

"Artículo 1°.- Facultad de Tipificación

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

Decreto Supremo N° 054-2001-PCM

"Artículo 89°.- Responsabilidad del Infractor

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

¹¹ Decreto Supremo N° 024-2016-EM

Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería

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.

¹² Decreto Supremo N° 014-92-EM

Texto Único Ordenado 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.

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.

¹³ Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD

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

Artículo 23.- Determinación de la responsabilidad

(...)

23.3 Solo corresponde imputar responsabilidad administrativa solidaria cuando la ley así lo prevé respecto de más de un Agente Supervisado; y en los casos de accidentes mortales del sub sector minero, respecto a contratistas mineras que realicen trabajos propios de actividades mineras, inscritas en el Registro correspondiente.

¹⁴ Decreto Supremo N° 024-2016-EM

Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería

Artículo 51.- Las empresas contratistas están obligadas a cumplir con lo establecido en el presente reglamento, en el Reglamento Interno de Seguridad y Salud Ocupacional del titular de actividad minera donde brinden sus servicios y demás disposiciones que les fueran aplicables, así como en el Programa de Capacitación del mismo titular de actividad minera.

En el presente caso, se les imputa a la empresa ARUNTANI y la empresa contratista minera AJANI la infracción al literal e) del artículo 382° del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM, en adelante RSSO, el cual dispone lo siguiente:



“Artículo 382°.- En cuanto a la prevención en pozos y pasos a nivel y trabajador a la intemperie:

(...)

e) Se deberá instalar un sistema de protección de personal e instalaciones contra tormentas eléctricas, en lugares en donde se presentan estos fenómenos naturales, debiendo contar con equipos de detección y alerta de tormentas, pararrayos y refugios adecuados”.

(subrayado agregado)

De conformidad al texto de la citada norma, en lugares donde se presenten tormentas eléctricas se deberá instalar un sistema de protección del personal, teniendo la obligación de contar con un refugio adecuado.



Es así que se imputó y sancionó por el incumplimiento del mencionado literal, siendo que el refugio de protección para casos de tormentas eléctricas no fue adecuado, toda vez que para que el refugio sea considerado seguro, éste debe cumplir con el Principio de la “Jaula de Faraday”, esto es que dicho refugio debe proveer a la estructura de una “envolvente metálica” que conduzca la descarga atmosférica a tierra y la disipe, con la finalidad de proteger adecuadamente al personal de las descargas de una tormenta eléctrica.

Al respecto, en cuanto al argumento de los recurrentes sobre que las especificaciones técnicas fueron remitidas mediante el Oficio N° 45-2017-OS/GSM¹⁵ del 6 de febrero de 2017, por lo que no pueden ser empleadas de forma retroactiva como causal de inicio de procedimiento administrativo sancionador. Sobre ello, es pertinente indicar que el citado oficio tuvo como finalidad que los recurrentes se percaten que las estructuras externas de sus refugios de tormentas eléctricas no eran las adecuadas, exhortándolos a que cuenten con refugios adecuados, conforme a la exigencia del RSSO. (subrayado agregado)

No obstante, es pertinente indicar que la obligación normativa de contar con refugios adecuados se deriva del literal e) del artículo 382° del RSSO y no del referido oficio, toda vez que dicha norma contiene la disposición de seguridad de que en lugares donde se presenten tormentas eléctricas, se deberá contar con refugios adecuados. En ese sentido, no corresponde amparar dicho argumento.

Junto a lo anterior, respecto al argumento del administrado que en anteriores supervisiones no se les haya realizado ninguna observación referida a los refugios que tenían instalados, cabe precisar que ello no lo exonera del cumplimiento normativo, toda vez que el artículo 109° de la Constitución Política del Perú establece que la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación, salvo disposición contraria que postergue su vigencia, presumiéndose que esta es

¹⁵ Al respecto, ARUNTANI refiere que el Oficio N° 45-2017-OS/GSM notificado con fecha 24 de febrero de 2017, con el asunto “refugio adecuado del personal ante tormentas”, en el cual OSINERGMIN señala expresamente que “El propósito del presente documento es exhortar que los refugios del personal contra tormentas eléctricas sean contenedores de acero forrado con madera en su interior, los cuales deben contar con ventanas cubiertas con malla electrosoldada para propósitos de ventilación y visibilidad sin comprometer el principio de “jaula Faraday”. Estas estructuras son consideradas seguras dentro de los efectos directos de los rayos. Asimismo, los vehículos con carrocería metálica o con cabina ROPS, se consideran seguros”. (subrayado agregado)

conocida por toda la ciudadanía, por lo que no puede alegarse su desconocimiento como medio de defensa¹⁶.

6. Asimismo, respecto a lo alegado en los literales b) y c) del numeral 2 y numeral 3 de la presente resolución, es necesario mencionar que mediante el Acta de Recomendación N° 201600192321, de fecha 31 de diciembre de 2016, obrante de fojas 41 a 42, la Gerencia de Supervisión Minera procedió a recomendar que el titular de la actividad minera deberá realizar una evaluación del material (geomembrana) con el que está construido el refugio para determinar si es el adecuado para la protección en casos de tormentas eléctricas.

En respuesta a ello, la empresa ARUNTANI remitió los siguientes medios probatorios:

- (i) **Las Especificaciones Técnicas de la Geomembrana HDPE Texturizada GM 13 de 1.0 mm y 1.50 mm**, obrantes a fojas 375 y 376, emitida por el proveedor correspondiente a la geomembrana empleada en el refugio, en las cuales se indica de manera expresa que “todas las geomembranas que cumplen los siguientes valores, corresponden al tipo no conductor, en base a la característica inerte de la resina HDPE”¹⁷. (subrayado agregado)
- (ii) Además, en el **Protocolo de Pruebas realizado por CITE Energía**, de fecha 23 de enero de 2017, obrante a fojas 380 del expediente, se concluye que el material de la geomembrana sometida a dicha evaluación presenta una alta resistividad y baja conductividad, por lo que al actuar como un material aislante, no permite la conducción de energía eléctrica a tierra, por lo que no se cumple con el efecto físico de la “Jaula de Faraday”. (subrayado agregado)

En efecto, luego de la evaluación de los documentos antes citados, se determinó que al haber construido el refugio con geomembrana HDPE, éste tiene la característica de ser aislante y no conductor, al actuar como un material aislante no permite la conducción de la energía eléctrica a tierra, por lo que no cumpliría con el principio de la “Jaula de Faraday”¹⁸, es decir que el efecto físico de la referida jaula exige que la estructura externa de los refugios debe ser diseñada y construida con un material conductor que permita aislar el campo eléctrico en su interior, de tal modo que la descarga eléctrica que se produce en el exterior no afecte el interior donde se encuentran los trabajadores.

De este modo, al ser nulo el campo eléctrico, no puede haber una diferencia de potencial en cualquier punto interior del recinto, por lo que la carga eléctrica externa se desplaza por el borde exterior de la superficie conductora mas no por el interior, disipándose a tierra. (subrayado agregado)

¹⁶ CONSTITUCION POLITICA DEL PERU

Artículo 109°.- La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

¹⁷ Cabe precisar que las Especificaciones Técnicas de la Geomembrana HDPE Texturizada GM13 de 1.0mm y 1.50 mm, obrantes a fojas 375 y 376 fueron emitidas por la empresa [REDACTED], la cual es proveedora de las geomembranas empleadas en el refugio, refiere lo siguiente:

“Lamina soplada o barrera de baja permeabilidad texturizada por una o ambas caras, usadas con el fin de controlar la migración de fluidos de proyectos, obras o estructuras. Estabilizada con antioxidantes que le confieren una alta resistencia a los químicos y una excelente duración. Recomendada con taludes de mayor inclinación, o que requieren mayor fricción y otros usos de geomembrana con especificación igual o mayor a GM13”.

(subrayado agregado)

¹⁸ En efecto, el diseño del refugio instalado en la zona Botadero Norte Fase II, contemplado en el “Estándar en caso de tormentas eléctricas” de la empresa contratista AJANI, obrante de fojas 125 a 132, evidencia que el refugio no cumple con el objetivo establecido en el literal e) del artículo 382° del RSSO, toda vez que no se trata de un refugio de tormentas eléctricas adecuado, debido a que su estructura externa era una geomembrana (polietileno de alta densidad), material que no permite la conducción de la energía eléctrica a tierra, no ofreciendo una protección adecuada a los trabajadores en caso de tormentas eléctricas.

Al respecto, los recurrentes afirman que sí cumplieron con la implementación de los refugios adecuados, de acuerdo a las especificaciones de ingeniería basados en el Principio de Aislamiento. Sin embargo, conforme lo ha señalado la Gerencia de Supervisión Minera en el décimo tercer párrafo del ítem 4.2 de la Resolución N° 2036-2018 recurrida, es pertinente resaltar que el aislamiento que produce la geomembrana HDPE no permite la conducción de la energía eléctrica proveniente de la tormenta eléctrica a tierra, siendo que la energía se mantiene en la estructura a modo de campo electromagnético, por lo que no ofrece una protección adecuada en caso de tormenta eléctrica¹⁹.

Asimismo, cabe precisar que el hecho de que no se ha podido demostrar daño a la geomembrana HDPE no desvirtúa la conducta infractora, toda vez que la obligación contenida en el literal e) del artículo 382° del RSO no está referida a que no se produzcan daños en el refugio en caso de tormenta eléctrica, sino que dicho refugio debe ofrecer una protección adecuada a los trabajadores que se encuentran en su interior, en caso de tormenta eléctrica.

Respecto a la debida motivación de los actos administrativos y los medios probatorios que sustentan la sanción, se tiene que durante la visita de supervisión del 29 al 31 de diciembre de 2016, se verificó que el refugio se había construido con material de geomembrana HDPE, el cual no corresponde a un diseño de ingeniería de bajo el principio de "Jaula de Faraday", no constituyendo un refugio adecuado, de acuerdo a lo siguiente:

- (i) **El Acta de Supervisión**, obrante a fojas 39, se consignó como hecho constatado lo siguiente:

N°	HECHOS CONSTATADOS
1	Se constató que <u>el refugio de protección para casos de tormenta está construido con material de geomembrana HDPE (Polietileno de alta densidad) de 3.0 mm de espesor con estructura de tubos de polietileno de HDPE de 100.0 mm de diámetro, las uniones están selladas por termo fusión por extrusión.</u>

(subrayado agregado)

- (ii) Adicionalmente, el citado hecho constatado se corrobora con los **Registros Fotográficos N° 5 y 6**, obrantes a fojas 32 y 73 del expediente, donde se visualiza el refugio construido con la citada geomembrana HDPE, así también, de la vista del interior del refugio se verifica que tiene una estructura de tubos de polietileno de HDPE.
- (iii) Junto a lo anterior, es pertinente señalar que el numeral 4 de las Conclusiones del **Informe de Supervisión**, obrante a fojas 29 del expediente, concluye que el refugio utilizado por el titular minero no es adecuado, toda vez que señala "el refugio instalado en la zona Botadero Norte Fase II tiene un desempeño nulo, debido a que está construido con una geomembrana HDPE, no es el adecuado para proteger a los trabajadores contra los rayos de las tormentas eléctricas, ya que no cumple con el principio de la "Jaula de Faraday", por lo tanto, se debe cambiar el refugio por otro de construcción metálica y con línea a tierra, que cumpla con el referido principio". (subrayado agregado)

¹⁹ Adicionalmente, ello se corrobora también con el diseño del refugio instalado en la zona Botadero Norte Fase II, contemplado en el **"Estándar en caso de tormentas eléctricas"** de la empresa contratista AJANI, obrante de fojas 125 a 132, evidenciando que el refugio no cumple con el objetivo establecido en el literal e) del artículo 382° del RSO, al tener una estructura externa construida de geomembrana (polietileno de alta densidad), material que no permite la conducción de la energía eléctrica a tierra, no ofreciendo una protección adecuada a los trabajadores en caso de tormentas eléctricas.

Es así que se dio inicio al procedimiento administrativo sancionador, mediante los Oficios N° 324-2017 y 325-2017, notificados a la empresa ARUNTANI y la empresa contratista AJANI, el 20 de diciembre de 2017 y el 9 de enero de 2018, respectivamente, obrantes a fojas 383 y 445 del expediente, otorgándole a los administrados un plazo para ejercer su derecho de defensa a través de la presentación de descargos, así como la oportunidad de ofrecer y producir pruebas. En relación a ello, mediante escritos de registro N° 201600192321 de fechas 3 y 8 de enero de 2018, las empresas ARUNTANI Y AJANI presentaron sus descargos.



Por otro lado, en cuanto a lo alegado por los recurrentes respecto a que el accidente se produjo porque la puerta del refugio estuvo abierta en el momento en que se produjo la tormenta, es pertinente resaltar que el titular minero y la empresa contratista tienen como deber jurídico el cumplimiento efectivo de la normativa de seguridad minera conforme al RSSO, lo que no puede ser trasladado al trabajador. Dicha responsabilidad no se elude o disminuye por el hecho de que los trabajadores hubiesen incumplido sus obligaciones, dado que no es materia del presente procedimiento administrativo sancionador el pronunciamiento sobre aspectos de responsabilidad civil o contractual.

Finalmente, en cuanto a lo alegado por los recurrentes sobre que habrían cumplido con lo dispuesto en el literal e) del artículo 382° del RSSO, toda vez que contaban con detectores de tormentas y los pararrayos estaban instalados al lado de los refugios, los cuales fueron construidos de acuerdo a los criterios de sus especialistas en ese momento. Sobre ello, es pertinente indicar que la imputación no está referida a detectores de tormentas y pararrayos, sino que se refiere a la obligación de contar con un refugio adecuado, por lo que dicha afirmación no desvirtúa la conducta infractora.



En ese sentido, conforme ha sido sustentado, el hecho imputado a título de infracción se encuentra debidamente acreditado en función al contenido de los documentos antes citados, los cuales fueron recabados durante la labor de supervisión; en ese sentido, en virtud al Principio de Presunción de Licitud y el numeral 171.2 del artículo 171° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, correspondía a los recurrentes presentar las alegaciones y pruebas de descargo que desvirtúen el contenido de éstos y, por consiguiente, su responsabilidad por el ilícito administrativo, lo que no ocurrió²⁰.

De acuerdo a lo expuesto y respecto a lo alegado en el literal d) del numeral 2 de la presente resolución, se advierte que el pronunciamiento emitido por la primera instancia, en la Resolución N° 2036-2018 materia de apelación, fue debidamente motivado, toda vez que se sustentaron los fundamentos de hecho y de derecho por los cuales se determinó la responsabilidad administrativa de ARUNTANI y de la empresa contratista minera AJANI. Por lo tanto, no se ha incurrido en alguno de los supuestos de nulidad previstos en los artículos 10° y 202° de la Ley N° 27444, toda vez que OSINERGMIN ejerció válidamente sus funciones de supervisión dentro del marco legal y respetando el Principio del Debido Procedimiento.

En consecuencia, esta Sala considera que corresponde desestimar la alegación formulada en estos extremos.

²⁰ T.U.O. de la Ley N° 2744

"Artículo 171.- Carga de la prueba (...)

171.2 Corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas, o aducir alegaciones."

Sobre el cálculo de multa

7. Respecto a lo alegado en el literal e) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde señalar que el Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 246° del TUO de la Ley N° 27444, 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 sanción²¹.

En dicho contexto, corresponde precisar que la infracción imputada a ARUNTANI y AJANI se encuentra tipificada en el numeral 10.3 del Rubro B del Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupaciones para las Actividades Mineras aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD, en el cual se prevé como sanción aplicable una multa máxima de hasta 300 (trescientas) UIT.

Por ello, a efectos de determinar y graduar las sanciones, la Gerencia de Supervisión Minera observó lo establecido en: i) la Resolución de Gerencia General N° 035 publicada el 3 de febrero de 2011; ii) el Anexo 1 de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG, publicada con fecha 23 de noviembre de 2013, mediante la cual se aprobaron los valores aplicables al factor probabilidad de detección para la determinación y graduación de multas realizadas en función a los criterios dispuestos por la citada Resolución de Gerencia General N° 035²², y iii) lo dispuesto en el artículo 25° del RSFS, los cuales consideran todos y cada uno de los criterios de graduación regulados por el Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444.

De acuerdo a lo expuesto, se verifica que tanto en el Informe Final de Instrucción N° 1363-2018 como en la Resolución N° 2036-2018, notificados a ARUNTANI con fecha 17 de agosto de 2018 y notificado a AJANI el 17 de agosto de 2018, respectivamente, en la determinación de la sanción, se expusieron cada uno de los factores utilizados para el cálculo del beneficio ilegalmente obtenido y demás criterios de graduación aplicados, de conformidad con el artículo 25° del RSFS, la Resolución de Gerencia General N° 035 y la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG.

En atención a ello, las empresas recurrentes ARUNTANI y AJANI han cuestionado que la resolución impugnada no recoge los criterios adoptados para el cálculo de multa.

Al respecto, conviene anotar que según el literal e) del rubro II de los criterios aprobados por la

²¹ Ley N° 27444 y modificatorias.

Ley del Procedimiento Administrativo General.

“Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;

b) La probabilidad de detección de la infracción;

c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;

d) El perjuicio económico causado;

e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.

f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y

g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor”.

²² Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA

ÚNICA. - El Anexo 1 aprobado por la presente resolución resulta aplicable para la determinación de las multas, que se gradúen de conformidad con los criterios aprobados en la Resolución de Gerencia General OSINERGMIN N° 035.

Resolución de Gerencia General N° 035, los “costos evitados” se relacionan con la postergación (costo postergado) u omisión de las inversiones (costos evitados en sentido estricto) destinadas a garantizar las condiciones de seguridad de las operaciones mineras.



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).

Ahora bien, de la revisión de la resolución de sanción se advierte que para el cálculo de la multa por infringir el literal e) del artículo 382° del RSSO se aplicó la metodología del costo evitado debido a que este proviene del costo no incurrido necesario para contar con un refugio adecuado para protección en casos de tormenta eléctrica bajo un diseño de ingeniería que considere el Principio de Jaula de Faraday.

En ese sentido, bajo un escenario de cumplimiento, por concepto de especialistas encargados, se consideró la participación de un Ingeniero de Seguridad, un Jefe de Guardia de Mina y un Ingeniero Electricista. El Ingeniero de Seguridad es el encargado de verificar y supervisar que todos los refugios para casos de tormentas eléctricas sean los adecuados, que estos contemplen un diseño de ingeniería y que hayan sido probados para una operación segura.



En tanto que el Jefe de Guardia de Mina es el responsable de asegurar que la ejecución de trabajos a la intemperie contemple todas las instalaciones necesarias en caso de tormentas eléctricas, en relación a los refugios, cerciorándose de que estos sean los adecuados según lo que exige la norma²³. Finalmente, el Ingeniero Electricista es el encargado de realizar las pruebas respectivas a los refugios de emergencias para casos de tormentas eléctricas, con el fin de asegurar su operación segura²⁴.

En cuanto al factor de ajuste del periodo, cabe precisar que se consideró un período de 2.03 meses, comprendido desde la última actualización del Estándar en Caso de Tormentas Eléctricas EST-PCM-027 del 27 de octubre de 2016 hasta el 27 de diciembre de 2016, fecha en que ocurrió el accidente mortal, lo cual es razonable.

En ese sentido, la GSM tomó como referencia al Salary Pack, que es un documento elaborado por la empresa [REDACTED], el cual recoge los estudios de sueldos y salarios anuales de los principales sectores económicos del país, expresados en nuevos soles a febrero de 2015. Dicho instrumento se realiza en función a información proporcionada por más de 250 (doscientos cincuenta) empresas nacionales e internacionales y de más de setecientos (700) puestos de trabajo entre posiciones corporativas, de empleados y obreros, por lo que refleja información objetiva del mercado.²⁵

Asimismo, respecto a los costos por conceptos de materiales y equipos y por concepto de mano de obra, se considera el traslado e instalación de un refugio adecuado para protección en casos

²³ Así también, el Jefe de Guardia es el encargado de planificar y coordinar los trabajos para la instalación de refugios adecuados que contemplen en su diseño el Principio de Jaula de Faraday para casos de tormentas eléctricas.

²⁴ Asimismo, el Ingeniero Electricista es responsable de verificar los estándares de refugios para casos de tormentas eléctricas, considerando un diseño de ingeniería con protocolos de prueba, puesta en servicio y mantenimiento de los mismos.

²⁵ Información extraída del pie de página N° 6 del Anexo de la Resolución N° 1342-2016 y el portal web [REDACTED] disponible en: [https://www.\[REDACTED\].es/servicios/consultoria/people-organization/salarypack.html](https://www.[REDACTED].es/servicios/consultoria/people-organization/salarypack.html)

RESOLUCIÓN N° 404-2018-OS/TASTEM-S2

de tormentas eléctricas, bajo un diseño de ingeniería que incluya el Principio de "Jaula de Faraday", con todos sus componentes auxiliares.

Adicionalmente, cabe precisar que se ha aplicado el factor probabilidad de detección, considerando un valor de 30%, conforme a lo establecido en el Anexo 1 de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG para las supervisiones especiales (acciones de supervisión derivadas de accidentes en materia de infraestructura) como el presente caso.

De lo expuesto, se concluye que se ha motivado debidamente el cálculo del beneficio ilícito, determinado en base al Salary Pack y los periodos de tiempo en los cuales no se contaba con especialistas que efectivamente cumplieran con la normativa, conforme consta en las páginas 12 y 13 (y sus respectivas notas) de la resolución impugnada, siendo relevante señalar que los recurrentes no han presentado medio probatorio alguno que pueda ser considerado como fuente objetiva por esta entidad para determinar los sueldos de los especialistas.

Por lo tanto, la resolución de sanción fue emitida en observancia de la Constitución y los Principios de Razonabilidad, Verdad Material y Presunción de Licitud, regulados en el acápite 1.11 del numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar y en los numerales 3 y 9 del artículo 246 del TUO de la Ley N° 27444, cuyos fundamentos de proporcionalidad y razonabilidad fueron considerados para la formulación de los criterios de graduación aprobados por la Resolución de Gerencia General N° 035 y la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG, aplicados en la determinación de la multa impuesta por el incumplimiento N° 1.

En atención a lo señalado, queda acreditado que las normas sancionadoras aplicadas en el presente procedimiento cumplen con las exigencias derivadas de los Principios de Tipicidad y Razonabilidad, por lo que no existen vicios que causen la nulidad de la resolución impugnada ni el archivo del procedimiento. Por lo tanto, se debe declarar infundado el recurso de apelación en estos extremos.

Sobre la ampliación de sus argumentos del recurso de apelación

- Respecto a lo alegado en el literal f) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde precisar que, de la revisión del expediente, se debe indicar que no consta en el expediente que la empresa ARUNTANI y la empresa contratista minera AJANI hayan realizado la ampliación de sus argumentos.

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 **INFUNDADOS** los recursos de apelación interpuestos por la empresa ARUNTANI S.A.C. y la empresa contratista minera AJANI S.A.C., contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2036-2018 de fecha 13 de agosto de 2018; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus extremos, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.



Artículo 2°.- Declarar agotada la vía administrativa.

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


JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE