

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 121-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 21 de mayo de 2018.

VISTO:

El Expediente N° 201300184636 que contiene el recurso de apelación interpuesto por MINERA AURIFERA RETAMAS S.A., representada por la señora Gabriela Pérez Costa Piscoya y por MINERA CONSTRUCCIÓN Y TRANSPORTE LA LIBERTAD S.R.L., representada por el señor Renato Elvis Olivares Osorio, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1825-2016 de fecha 14 de junio de 2016, mediante la cual se les sancionó con una multa solidaria por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 1825-2016, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a las empresas MINERA AURIFERA RETAMAS S.A., en adelante MARSÁ y MINERA CONSTRUCCIÓN Y TRANSPORTE LA LIBERTAD S.R.L., en adelante MINCOTRALL, con una multa solidaria ascendente a 86.43 (ochenta y seis con cuarenta y tres centésimas) UIT, por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM, en adelante RSSO, conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Infracción al inciso m) del artículo 26° del RSSO¹		
No se controló en forma oportuna el riesgo de inducción eléctrica debido a las condiciones sub estándares del winche eléctrico 171 del tajo 664 Veta Daniela – Nivel 2720 Zona Valeria II reportado por los trabajadores del turno anterior.	Numeral 2.5 del Rubro B ²	86.43 UIT
TOTAL		86.43 UIT³

¹ Decreto Supremo N° 055-2010-EM.
Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional.

"Artículo 26°. - (...)

m) Controlar en forma oportuna los riesgos originados por condiciones o actos sub- estándar reportados por su personal, los fiscalizadores, por el Comité de Seguridad y Salud Ocupacional Minera, por los funcionarios de OSINERGMIN, por los funcionarios del Gobierno Regional, de ser el caso. (...)"

² 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

2. Incumplimiento de Normas de Procedimiento, Ejecución de Trabajos, IPER, PETS y Equipo de Protección Personal.

2.5. Control de riesgos.

Base legal: Art. 26° literal m) del RSSO.

Sanción: Hasta 1,500 UIT.

³ Cabe precisar que para la determinación y graduación de las sanciones se consideró el Anexo que forma parte de la resolución impugnada, en el cual se detallan los criterios, metodología y la probabilidad de detección aplicados, y 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.

"Resolución de Gerencia General N° 035

Artículo 1°. - APROBACIÓN

Aprobar los criterios para la aplicación de las sanciones contenidas en la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD que aprueba la tipificación de infracciones y escala de multas y sanciones de seguridad y salud ocupacional para las actividades mineras."

"Resolución N° 256-2013-OS/GG

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.

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- 
- 
- a) En fecha 21 de noviembre de 2013, se produjo el accidente mortal del señor [REDACTED], trabajador de la empresa MINCOTRALL⁴, en la Unidad Minera "Retamas", de titularidad de MARSA⁵.
 - b) Las empresas MARSA y MINCOTRALL, con fecha 22 de noviembre de 2013 comunicaron a OSINERGMIN el accidente mortal.
 - c) La empresa MARSA, con fecha 29 de noviembre de 2013, presentó a OSINERGMIN el informe de investigación del accidente mortal.
 - d) Durante los días 29 y 30 de noviembre de 2013, se efectuó una visita de supervisión a la Unidad Minera "Retamas" de MARSA.
 - e) A través de los Oficios N° 199-2015 y N° 207-2015⁶, notificados a MARSA y MINCOTRALL en fecha 11 de febrero de 2015, que obran a fojas 813 y 815 respectivamente, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.
 - f) Por escritos presentados el 19 de febrero de 2015 y el 19 de octubre de 2015, registrados por OSINERGMIN en el Expediente N° 201300184636, MARSA remitió sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.
 - g) Por escrito presentado el 20 de febrero de 2015, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201300184636, MINCOTRALL remitió sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

ARGUMENTOS DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

2. Mediante escrito del 8 de julio de 2016 registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201300184636, MARSA interpuso su recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1825-2016, solicitando se declare su nulidad, en atención a los siguientes fundamentos:

Respecto a la nulidad de la Resolución N° 1825-2016.

- a) Indica que con fecha 20 de noviembre de 2013, un día antes del accidente fatal, la empresa SKANSKA DEL PERÚ S.A.C. (Actualmente COFIPETROL ANDINA S.A.)⁷, en adelante SKANSKA, atendió la orden de trabajo N° 327828, revisó la tapa bornera del winche N° 171 dejándola en buen estado y la reubicó en el tablero eléctrico; no obstante el mismo día durante la noche

⁴ En fecha 20 de noviembre de 2006, celebró con MARSA, el contrato de trabajo de exploración, preparación, desarrollo y explotación minera y como empresa contratista minera, se encuentra inscrita en la Dirección General de Minería en el Registro de Contratistas Mineros.

⁵ Empresa que se dedica a la exploración, explotación y comercialización de mineral aurífero, cuyo centro de operaciones se encuentra en la UEA RETAMAS, ubicada en el Cerro El Gigante Anexo de Llacubamba, distrito de Parcoy, provincia de Pataz y departamento de la Libertad.

⁶ En los oficios N° 199-2015 y 207-2015 se señala: " (Supervisión del 17 al 21 de mayo de 2014)", debiendo decir: " (Supervisión del 29 al 30 de noviembre de 2013)". En tal sentido, al ser un error material que no altera lo sustancial del contenido de los oficios, de acuerdo a la Resolución N° 1825-2016, se procedió a rectificar dicho dato conforme al artículo 201° de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444.

⁷ En fecha 15 de febrero de 2013, celebró con MARSA un contrato de Prestación de Servicios de Operación y Mantenimiento de Equipo de Planta Concentradora, Superficie y de Interior Mina.

se reportó que el winche N° 171 presentaba inducción eléctrica, ante ello la empresa MINCOTRALL generó la orden de trabajo N° 327803, dirigida a Mantenimiento Eléctrico de SKANSKA en la cual requirió la reparación del winche 171, ubicado en el tajo 664-Daniela, CH. 2721-8AS.

Así las cosas, el día 21 de noviembre de 2013, SKANSKA atendió la orden de trabajo, y luego de haber realizado el diálogo de seguridad, se verificó el reparto de guardia asignado a dos técnicos electricistas, los señores [REDACTED] y [REDACTED], siendo que durante el reparto de guardia, MINCOTRALL envió al maestro perforista [REDACTED] y a su ayudante [REDACTED], para que realizaran el trabajo de ventilación, desatado y barrido de finos.

Asimismo, se verificó el IPERC de la labor y el check list; en este último se especificó no utilizar el winche eléctrico hasta que no sea reparado por SKANSKA; debiéndose precisar que en toda esta labor estuvo presente un supervisor de la recurrente quien suscribió tales documentos.

Es así que, los electricistas de SKANSKA revisaron el winche N° 171 y el señor [REDACTED] dio conformidad de su funcionamiento; siendo que después de haberlo utilizado 6 veces en el barrido de finos, lo apagó y le indicó a su ayudante [REDACTED] para ir a lampear carga, instante en que sintió inducción eléctrica del winche cayendo a un costado y cuando reaccionó, observó que su compañero se encontraba tendido boca abajo sobre la rastra y el cable de acero de arrastre.

Teniendo en cuenta lo anterior, la recurrente señala que tanto en la investigación como en el Procedimiento Administrativo Sancionador OSINERGMIN debió involucrar a las tres empresas, a MARSА, a MINCOTRALL y a SKANSKA; sin embargo, no involucró a la última mencionada, por ende, no se habría establecido una válida relación jurídica procesal.

Asimismo, indica que, pese a ese defecto procesal, resulta grave que se le atribuya responsabilidad solidaria por el simple hecho de ser titular minero. Señala que si bien las normas de seguridad establecen que exista solidaridad en su cumplimiento entre la empresa minera y su contratista; sin embargo, la solidaridad no exime a la administración de realizar las investigaciones con los responsables directos del hecho, bajo las reglas del debido procedimiento, siendo así el hecho de omitir en la investigación al autor del hecho, limita al titular minero que con posterioridad puede repetir contra la empresa contratista por el monto de la multa.

Por otro lado, indica que al momento de formular sus descargos al inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador señaló que era necesario emplazar a SKANSKA, siendo así OSINERGMIN resolvió que solo puede determinar la responsabilidad administrativa por incumplimiento de las normas del Sector Minero y no extenderlas a contratista que realizan trabajos de índole no minera, como es el caso de SKANSKA, la cual prestaba mantenimiento mecánico eléctrico.

Así las cosas, se tiene que develar el contrasentido en que incurre OSINERGMIN, al indicar que la recurrente sería responsable solidariamente por los incumplimientos de SKANSKA; sin embargo, al autor de la infracción no le son aplicables las normas, pero si al responsable solidario.

Asimismo, OSINERGMIN incurrió en un error al señalar que SKANSKA no se encuentra

comprendida dentro de los alcances del artículo 216° del TUO de la Ley General de Minería, sin embargo, se tiene que según la Resolución Directoral 276-2013-MEM/DGM, SKANSKA es una empresa minera inscrita en el registro de empresas especializadas contratistas mineras.

En tal sentido, resulta inconstitucional, ilegal y arbitrario que se haya comprendido solo a la recurrente y a MINCOTRALL en la investigación del accidente fatal y no a SKANSKA, cuyos trabajadores reconocieron haber incurrido en mala praxis en el ejercicio de sus funciones ocasionando la muerte del trabajador [REDACTED]. Por ende, no haber incluido a SKANSKA invalida la resolución materia de impugnación, debido a que se infringió las normas que regulan el debido procedimiento administrativo al no incorporar a todos los sujetos procesales y por atentar contra el derecho a la igualdad ante la ley.

Sobre la supuesta infracción al literal m) del artículo 26° del RSSO.

- b) Al respecto, indica que si bien la obligación contenida en el artículo 26° del D.S. N° 055-2010-EM no se agota con correr traslado a un tercero (en este caso SKANSKA) para la revisión de los equipos, pues lo que la norma busca es que el titular minero supervise y verifique que la condición sub estándar quede superada en salvaguarda de la integridad de los trabajadores, en ese sentido la recurrente si controló de manera oportuna y adecuada los riesgos.

En efecto, se encuentra acreditada la supervisión que hizo en todo momento la recurrente, en las órdenes de trabajo emitidas por MINCOTRALL, en las ordenes de trabajo emitidas por SKANSKA, en el seguimiento de la orden de trabajo, en el check list de la labor y en todas las inspecciones eléctricas al winche de arrastre N° 171. En ese sentido, indica que supervisar no significa que no existan fallas y lo que pasó en este caso fue que los mecánicos de SKANSKA fallaron al ejecutar su trabajo lo cual escapa de la supervisión; por tanto, no infringió el artículo 26°, debido a que siempre estuvo involucrada en la supervisión de las actividades de MINCOTRALL y de SKANSKA.

Sobre la supuesta infracción al literal a) del artículo 364 del RSSO.

- c) Al respecto indica, que si bien OSINERGMIN ha manifestado que no mantuvo el equipo (winche eléctrico N° 171) en condiciones de seguridad adecuada para su uso, señala que si lo realizó encargando a SKANSKA el mantenimiento eléctrico y mecánico. Asimismo, la recurrente cuenta con un área de mantenimiento eléctrico a cargo de un jefe (ingeniero mecánico y electricista), quien supervisa que se realicen en forma oportuna y eficiente los requerimientos eléctricos y mecánicos, y la última fecha que realizó la supervisión al winche eléctrico N° 171 fue el día 8 de noviembre de 2013.

En ese sentido, señala que en todo momento supervisa permanentemente a sus contratistas, sin embargo, no significa que eventualmente existan errores que sean atribuibles a las personas y no a la gestión; por ende, considera que era necesario que se hubiese emplazado a SKANSKA para que brinde su punto de vista y defensa, sin embargo nunca se le emplazó y la administración concluyó en que SKANSKA era responsable de la muerte y se extiende la responsabilidad de sus actos a la recurrente para que se haga cargo de la multa; lo cual es arbitrario e ilegal.

Respecto al cálculo incorrecto de la multa.

- d) El porcentaje de probabilidad es incorrecto, debido a que han asignado un valor de 30%, por tratarse de una supervisión especial en materia de transporte e infraestructura, sin embargo,

esta se realizó por el fallecimiento de [REDACTED], no en el marco de otra supervisión.

Asimismo, respecto al costo evitado, la recurrente indica que no ha evitado incurrir en costos para dar mantenimiento al winche N° 171, debido a que celebró un contrato con SKANSKA para que brinde servicio de mantenimiento eléctrico y mecánico a todos los equipos del interior de la mina y por ese servicio le pagaba S/ 1,633.972 soles mensuales. Además, presentó una declaración jurada sobre los gastos incurridos en mantenimiento eléctrico preventivo y correctivo de los winches, dicho gasto asciende a \$ 684,881.00 dólares americanos.

Por otro lado, se afirma que la recurrente no tenía un jefe de guardia encargado de dirigir, supervisar y controlar los trabajos de reparación eléctricos, lo cual es incorrecto, debido a que OSINERGMIN no identificó que el profesional responsable no es el jefe de guardia pues la recurrente no estaba llamada a ejecutar el trabajo de mantenimiento del equipo, si no solo a supervisar que dicho mantenimiento se hubiera realizado. En ese sentido, sí contaba con un supervisor que era el ingeniero [REDACTED] (jefe de mantenimiento eléctrico mina de MARSÁ), quien comprobó la realización del trabajo de mantenimiento y quien actuó como supervisor de los trabajos de MINCOTRALL fue el ingeniero [REDACTED]. Asimismo, indicó que MINCOTRALL asignó al ingeniero [REDACTED] como jefe de guardia.

Finalmente, se indicó que la recurrente obtuvo una ganancia ilícita producto de la explotación del tajo 664; sin embargo, se tiene que las labores que se le asignó tanto al trabajador fallecido como a su maestro fueron de ventilación, desatado y barrido de finos, es decir no fueron tareas de explotación, si no de limpieza por lo que no podría obtener ninguna ganancia ilícita.

Respecto a su solicitud de uso de la palabra.

e) Solicita se le conceda el uso de la palabra.

3. Mediante escrito del 12 de julio de 2016 registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201300184636, MINCOTRALL interpuso su recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1825-2016, solicitando se declare su nulidad, en atención a los siguientes fundamentos:

Sobre la inclusión de la Empresa SKANSKA DEL PERÚ (hoy COFIPETROL ANDINA S.A.) en el Procedimiento Administrativo Sancionador.

- a) Indica que según la Resolución Directoral N° 276-2013-MEM/DGM, SKANSKA es una empresa contratista minera, inscrita en el registro de empresas especializadas contratistas mineras; por lo tanto, la Dirección General de Minería en la referida resolución indica que SKANSKA está obligada a cumplir lo dispuesto por el artículo 50° y siguientes del RSSO.

Así las cosas, tanto la recurrente como SKANSKA, son empresas contratistas mineras, debido a que ambas se encuentran inscritas en el Registro de Empresas Especializadas Contratistas Mineras de la DGM y ambas trabajan para MARSÁ, por lo tanto resulta inconstitucional, ilegal y arbitrario que se haya comprendido en la investigación solo a MARSÁ y a la recurrente, excluyendo a SKANSKA, cuyos trabajadores fueron los que incurrieron en mal praxis ocasionando la muerte del trabajador [REDACTED].





En consecuencia, no haber incluido a SKANSKA anula el presente procedimiento administrativo sancionador, debido a que no se incorporó a todos los sujetos procesales y se atentó el derecho a la igualdad ante la ley, a pesar que las tres empresas están obligadas a cumplir las normas sobre seguridad y salud ocupacional y se encuentran dentro del ámbito de competencia de OSINERGMIN.

La empresa SKANSKA, tiene la condición de servicios conexos de índole no minero.

Respecto a la Investigación realizada por la Fiscalía Mixta Provincial de Tayabamba.

- b) En el presente caso, no se ha infringido normas de seguridad y salud ocupacional, tampoco hubo fallas en el sistema de gestión, lo que ocurrió fue que se produjo una mala praxis, atribuible a SKANSKA y a esta conclusión llegó la Fiscalía Mixta Provincial de Tayabamba, calificando el hecho como homicidio culposo.

Siendo ello así, se debe tener en cuenta el artículo III del código procesal penal⁸, en el cual se indica que nadie puede ser procesado, ni sancionado más de una vez por el mismo hecho y rige para las sanciones penales y administrativas, teniendo prevalencia el primero de los mencionados; sin embargo este punto no fue analizado a lo largo de la Resolución Impugnada, por lo cual carece de motivación.

Respecto a la presunta infracción al literal m) del artículo 26° del RSSO.

- c) Indica que el día 20 de noviembre de 2013, reportó que el winche N° 171 presentaba inducción eléctrica⁹, ante ello la recurrente generó la orden de trabajo N° 327803, en la cual solicitó al área de mantenimiento eléctrico revisar el winche, la cual fue atendida por SKANSKA. Al día siguiente indicó en el check list, que no se operara el winche eléctrico N° 171 hasta que lo revisara el área de mantenimiento eléctrico por inducción, es así que SKANSKA revisó el equipo y dio su conformidad para operarlo.

En ese sentido, se puede apreciar que la recurrente siguió todos los procedimientos, y tomó todas las medidas orientadas a solucionar el problema de inducción eléctrica, por lo que no hubo una falla en el sistema de gestión debido a que se intervino inmediatamente el equipo. Lo que paso fue que los técnicos de SKANSKA no realizaron una correcta revisión; asimismo se tiene que SKANSKA es la arrendadora de los equipos los cuales no debieron ser entregados para su uso.

Siendo ello así, señala que todos los procedimientos y acciones se realizaron con el control y supervisión directa del personal responsable del cumplimiento de las normas de seguridad de MARSÁ; en consecuencia, no existe falta de supervisión o prevención; por tanto, no habría infringido la normativa.

Respecto a la presunta infracción al literal a) del artículo 364° del RSSO.

⁸ Código Procesal Penal.

"Artículo III.- Interdicción de la persecución penal múltiple.

Nadie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo. La excepción a esta norma es la revisión por la Corte Suprema de la sentencia condenatoria expedida en alguno de los casos en que la acción está indicada taxativamente como procedente en este Código."

⁹ Este hecho fue registrado en el libro de reporte de operación de MINCOTRALL.



- d) Señala que SKANSKA llevaba un control periódico de mantenimiento de los equipos instalados en el interior de la mina, supervisada por MARSА y MINCOTRALL; así, de acuerdo a dicho programa el winche eléctrico N° 171 fue reparado y revisado el 8 de noviembre de 2013; posteriormente, con fecha 20 de noviembre de 2013 reparó la tapa bornera y el 21 de noviembre de 2013, con ocasión del reporte realizado por MINCOTRALL a causa de la inducción eléctrica volvió a revisarlo.

Por lo tanto, no infringió la norma debido a que todos los procedimientos preventivos y correctivos se ejecutaron oportunamente; en ese sentido, la falla no estuvo en el sistema de gestión de seguridad, la falla la cometieron los técnicos de SKANSKA, por lo que correspondería tener su opinión, punto de vista y defensa.

Por otro lado, señala que la resolución impugnada es nula, debido a que no se encuentra en su parte resolutive alguna mención del artículo 364° a fin de que pueda ejercer su derecho de defensa respecto a ese artículo.

Cabe precisar que la recurrente estuvo en todo momento pendiente del winche N° 171, a través de su ingeniero de guardia [REDACTED] por lo que queda claro que el responsable del accidente fatal fue SKANSKA.



Sobre la competencia de OSINERGMIN en el Procedimiento Administrativo Sancionador.

- e) Se tiene que el artículo 2° de la ley N° 29901, señala que la transferencia de las competencias de fiscalización minera al Ministerio de trabajo y Promoción del Empleo establecidas en la segunda disposición complementaria modificatoria de la ley N° 29783, comprende únicamente las disposiciones referidas a la supervisión, fiscalización y sanción en materia de seguridad y salud en el trabajo en los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos, por ello no se puede sancionar al amparo del artículo 38°, al ser esta una norma de seguridad y salud.

Si bien, la Resolución N° 185-2012-OS/CD, estableció que OSINERGMIN tiene la facultad de supervisar las disposiciones legales y norma técnicas sobre seguridad de las actividades mineras, relacionadas con la infraestructura, sus instalaciones, gestión de seguridad y de operaciones, de acuerdo a su competencia; entendiéndose por “de acuerdo a su competencia”, en el marco del Decreto Supremo N° 009-2012-TR y la Ley N° 29901, que su competencia no comprende las disposiciones referidas a la supervisión, fiscalización y sanción en materia de seguridad y salud en el trabajo en los sub sectores minería, electricidad e hidrocarburos. En ese entendido, la Resolución N° 185-2012-OS/CD, no puede ir en contra de lo regulado por normas de mayor rango como el Decreto Supremo N° 009-2012-TR y la ley N° 29901.

Respecto al cálculo incorrecto de la multa.

- f) El porcentaje de probabilidad es incorrecto, debido a que han asignado un valor de 30%, por tratarse de una supervisión especial en materia de transporte e infraestructura; sin embargo, esta se realizó por el fallecimiento de [REDACTED] y no en el marco de otra supervisión.

Respecto al especialista encargado, se tiene que la recurrente encargó al trabajador fallecido y a su maestro la ventilación, el desatado y la limpieza de finos y para dicha labor se asignó

al Ingeniero Henry Bender como ingeniero de guardia y al señor [REDACTED] como capataz, ambos trabajadores de la recurrente.

Por su parte, SKANSKA asignó a su propio supervisor, es decir al señor [REDACTED] y MARSА tenía un supervisor que comprobó la realización del trabajo de mantenimiento, el ingeniero [REDACTED], quien actuó como supervisor de MINCOTRALL fue el ingeniero [REDACTED], en ese sentido, sí contaban con un especialista encargado

Finalmente, respecto a la ganancia ilícita, se tiene que la labor que realizaron el trabajador fallecido y su maestro eran tareas de limpieza (ventilación, desatado y barrido de finos) y no explotación, por lo que el titular minero no pudo obtener una ganancia ilícita.

Asimismo, se tiene que el cálculo se realizó tomando en cuenta las utilidades del titular minero y no se hace mención a la utilidad de la recurrente vulnerando su derecho de defensa, y olvidando el principio de proporcionalidad y razonabilidad de la sanción.

Respecto a su solicitud de uso de la palabra.

f) Solicita se le conceda el uso de la palabra.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN.

Respecto a la nulidad de la Resolución impugnada y a la inclusión de la Empresa SKANSKA DEL PERÚ (hoy COFIPETROL ANDINA S.A.) en el Procedimiento Administrativo Sancionador.

4. Respecto a lo indicado en el literal a) de los numerales 2 y 3 de la presente resolución, y en el informe oral de las apelantes MARSА y MINCOTRALL, sobre haber omitido incluir en el Procedimiento Administrativo Sancionador a SKANSKA, y que por tanto, se debe declarar la nulidad de la resolución impugnada, más aun cuando SKANSKA es una empresa minera inscrita en el registro de empresas especializadas contratistas mineras, cabe señalar lo siguiente:

De acuerdo a lo establecido en el numeral 11 del artículo 37° del T.U.O. de la LGM, los titulares de las concesiones, gozan entre otros atributos, el de contratar la ejecución de los trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio, con empresas especializadas inscritas en la Dirección General de Minería.

Asimismo, el artículo 216° de la citada norma, dispone lo siguiente:

“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.” (Subrayado agregado)

Por su parte, el artículo 11° del Decreto Supremo N° 005-2008-EM, que reestructura el Registro de Empresas Especializadas de Contratistas Mineras, establece lo siguiente:

“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." (Subrayado agregado)

Además, el artículo 2° del RSSO aprobado por D.S. N° 055-2010-EM, vigente a la fecha del accidente, señala las actividades a las que alcanza dicho reglamento, tales como las siguientes:

a) *Las actividades mineras siguientes, desarrolladas en los emplazamientos en superficie o subterráneos:*

1. *Exploración, desarrollo, preparación y explotación en minería subterránea y a cielo abierto de minerales metálicos y no metálicos.*
2. *Preparación mecánica, incluido la trituración y molienda.*
3. *Clasificación de minerales metálicos y no metálicos.*
4. *Concentración.*
5. *Depósitos de relaves, desmonte y escorias.*
6. *Lixiviación o lavado metalúrgico del material extraído.*
7. *Fundición.*
8. *Refinación.*
9. *Labor general.*
10. *Transporte minero.*
11. *Depósitos de almacenamiento de concentrados de minerales, refinados y minerales no metálicos.*

b) *Los trabajos siguientes, conexos a la actividad minera:*

Construcciones civiles, instalaciones anexas o complementarias, tanques de almacenamiento, tuberías en general, generadores, sistemas de transporte que no son concesionados, uso de maquinaria, equipo y accesorios, mantenimiento mecánico, eléctrico, comedores, hoteles, campamentos, servicios médicos, vigilancia, construcciones y otros tipos de prestación de servicios.

Cabe precisar que el artículo 3° del RSSO aprobado por D.S. 055-2010-EM establece que su alcance 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.

Igualmente, cabe precisar que el artículo 7° del RSSO aprobado por D.S. 055-2010-EM establece las siguientes definiciones:

"(...)

Empresa Contratista Minera

Es toda persona jurídica que, por contrato, ejecuta una obra o presta servicio a los titulares mineros, en las actividades de exploración, desarrollo, explotación y/o beneficio, y que ostenta la calificación como tal emitida por la Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas.

Empresa Contratista de Actividades Conexas

Es toda persona natural o jurídica que realiza actividades auxiliares o complementarias a la actividad minera por encargo del titular minero. (...)" (Subrayado agregado)

Por su parte, el artículo 7° del RSFS (Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/C) 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.

Además, en los numerales 23.2 y 23.3 del RSFS, se dispuso lo siguiente:

“(…)

23.2 Sin perjuicio de lo señalado en el numeral 23.3, la responsabilidad administrativa bajo competencia de Osinerqmin corresponde ser determinada únicamente respecto del Agente Supervisado, independientemente que la conducta imputada sea realizada por contratistas o subcontratistas.

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

Es importante agregar que respecto al requisito de inscripción en el Registro de Empresas Contratistas de la Dirección General de Minería, a fin de considerarse la responsabilidad solidaria, mediante el Informe N° 134-2018-MEM-DGM/DNM del 1 de febrero de 2018, remitido a OSINERGMIN a través del Oficio N° 0369-2018-MEM/DGM con registro N° 201800008474, Dirección General de Minería señaló que las empresas que realizan actividades conexas a la minería no están obligadas a inscribirse en el Registro de Empresas Contratistas Mineras. En ese sentido, de acuerdo a ello, no tendrían la condición de contratista minera. (Subrayado agregado)

De acuerdo a las normas antes citadas y lo dispuesto en el Informe N° 134-2018-MEM-DGM/DNM del 1 de febrero de 2018, podemos concluir lo siguiente:

- Las obligaciones y responsabilidades son solidarias respecto a aquellas personas jurídicas que ejecutan una obra o prestan servicios por cuenta de los titulares mineros, en las actividades de exploración, desarrollo, explotación y/o beneficio.
- Las empresas que realicen las actividades arriba citadas deberán estar inscritas en la Dirección General de Minería, para ostentar la condición de contratista minera.
- Las empresas contratistas que efectúan actividades conexas no realizan trabajos propios de la actividad minera por lo que no se inscriben en el registro de la Dirección General de Minería.

Ahora bien, en ejercicio de sus funciones normativas, dispuestas por el inciso c) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos¹⁰ y el artículo 3° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de

¹⁰ Ley N° 27332

“Artículo 3.- Funciones

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

c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;

Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador.”



Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN¹¹, mediante el RSFS publicado en el diario oficial El Peruano el 18 de marzo de 2017, se establecieron las disposiciones de obligatorio cumplimiento para OSINERGMIN, las Empresas Supervisores y los Agentes Supervisados, en el marco de las funciones supervisora, fiscalizadora y sancionadora, bajo competencia de este Organismo Regulador.

En ese sentido, de acuerdo a lo previsto en el RSFS, respecto a la determinación de la responsabilidad administrativa solidaria para las contratistas mineras, en el ejercicio de las funciones supervisora y fiscalizadora, OSINERGMIN deberá considerar que:

- a) La responsabilidad administrativa únicamente recae sobre el Agente Supervisado; es decir, en el presente procedimiento corresponde a MARSА.
- ii) Excepcionalmente se podrá atribuir responsabilidad solidaria a las contratistas mineras para los casos de accidentes mortales, como el presente caso, cuando éstas realicen trabajos propios de las actividades mineras, que se encuentren inscritas en el Registro correspondiente.



Por lo tanto, de acuerdo a la interpretación sistemática de las normas emitidas por el Ministerio de Energía y Minas y lo dispuesto por el RSFS, corresponde evaluar si en el presente procedimiento administrativo sancionador se habría configurado los supuestos para determinar la responsabilidad solidaria de SKANSKA, es decir, si los trabajos realizados por esta fueron propios de la actividad minera en su calidad de contratista, inscrita en el Registro de la Dirección General de Minería.¹²

Ahora bien, en este caso, conforme al contrato de prestación de servicios integrales obrante de fojas 976 a 1010 del expediente, celebrado por MINERA AURÍFERA RETAMAS S.A. y SKANSKA DEL PERÚ S.A., en el inciso d) de su cláusula tercera referida a los alcances del servicio, se indica que *“SKANSKA se obliga a realizar el mantenimiento mecánico-eléctrico todos los elementos de todos los equipos que se utilicen en interior mina y en el caso de superficie los que, sin ser limitativos, se enumeran a continuación: (...) winches; longitud de cable, sistema de lubricación, condición de rastra (...)”*. (subrayado agregado).

En efecto, conforme a lo indicado por MARSА en su recurso de apelación, en fecha 20 de noviembre de 2013 SKANSKA atendió la orden de trabajo N° 327828 y revisó la tapa bornera del winche N° 171 dejándola en buen estado y la reubicó en el tablero eléctrico, y al día siguiente el día 21 de noviembre de 2013 (fecha en que ocurrió el accidente por inducción eléctrica del winche N° 171), atendió la orden de trabajo N° 327803 generando el documento “orden de trabajo mantenimiento –servicio equipos N° 327803”, asignando a dos técnico electricistas para reparar el winche N° 171, quienes revisaron el tablero eléctrico del winche y la línea a tierra, verificando con los instrumentos de medición que no existía voltaje; por lo tanto, en virtud a lo establecido en la normativa antes señalada dicha tarea no configura una actividad propiamente minera, sino una de mantenimiento mecánico-eléctrico conexas a la actividad minera; razón por

¹¹ Ley N° 27699

“Artículo 3.- Procedimientos Administrativos Especiales

El OSINERG, a través de su Consejo Directivo, está facultado para aprobar procedimientos administrativos especiales que normen los procesos administrativos vinculados con la Función Supervisora, Función Supervisora Específica y Función Fiscalizadora y Sancionadora, relacionados con el cumplimiento de normas técnicas, de seguridad y medio ambiente, así como el cumplimiento de lo pactado en los respectivos contratos de privatización o de concesión, en el Sector Energía; para lo cual tomará en cuenta los principios contenidos en la Ley de Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444.”

¹² Mediante Resolución Directoral N° 276-2013-MFM/DGM, de fecha 30 de octubre de 2013, obrante a fojas 1057 del expediente, la Dirección General de Minería autoriza la inscripción de SKANSKA DEL PERÚ S.A. en el Registro de Empresas Contratistas Mineras de la Dirección General de Minería, para las actividades de exploración, desarrollo, explotación y beneficio.

la que pudo haber sido incluida en el procedimiento sancionador iniciado en el año 2015.

No obstante, en base a la aplicación sistemática de las normas vigentes, a la fecha no es posible involucrar a SKANSKA DEL PERÚ S.A. como responsable solidario, pues tal como se ha expuesto dicha empresa no prestó labores propiamente mineras.

Cabe precisar que, siguiendo lo dispuesto por la Dirección General de Minería, en el Informe N° 134-2018-MEM-DGM/DNM del 1 de febrero de 2018, de la revisión del Registro de Empresas Contratistas Mineras del Ministerio de Energía y Minas que figura en el portal web institucional, se verifica que SKANSKA DEL PERÚ S.A. (ahora CONFIPETROL ANDINA S.A.)¹³, se encuentra inscrita en dicho registro.

Sin embargo, se desprende que en el presente procedimiento sancionador no se habrían configurado los supuestos previstos, a fin que SKANSKA sea considerada como contratista minera de responsabilidad administrativa solidaria, pues si bien estaba inscrita en el Registro de las Empresas Contratistas Mineras del Ministerio de Energía y Minas, no realizó trabajos propios de la actividad minera. (subrayado agregado)

En ese sentido, los integrantes de este Colegiado opinan que en virtud de una interpretación sistemática e integral de la normativa vigente antes citada, así como del pronunciamiento expreso del Ministerio de Energía y Minas en el Informe N° 134-2018-MEM-DGM/DNM, lo cual ha sido sustentado debidamente en los párrafos precedentes, la responsabilidad solidaria sólo recaerá sobre empresas que realicen trabajos propios de la actividad minera, inscritos en el Registro de Empresas Contratistas Mineras. Por lo tanto, no se le puede incluir en el presente procedimiento administrativo sancionador a SKANSKA en cuanto a su responsabilidad solidaria por la infracción al literal m) del artículo 26° del RSSO.

De otro lado, cabe precisar que de la revisión del Registro de Empresas Contratistas Mineras del Ministerio de Energía y Minas que figura en el portal web institucional, se verifica que MINCOTRALL se encuentra inscrita en dicho registro, lo cual lo confirmó en su recurso de apelación indicando que si se encontraba inscrita. Asimismo, MARSÁ señaló que para el desarrollo de sus operaciones mineras, con fecha 20 de noviembre del 2006, celebró con MINCOTRALL el contrato de trabajo de exploración, preparación, desarrollo y explotación minera; por lo tanto MINCOTRALL envió a sus trabajadores al señor Francisco Ríos Layza y al señor Wilmer Cuica Aguilar (persona fallecida en fecha 21 de noviembre de 2013 por inducción eléctrica del winche N° 171), para realizar trabajos de ventilación, desatado y barrido de finos, en la Unidad Minera "Retamas". En consecuencia, la referida empresa cumple los supuestos regulados en el artículo 23.3 del RSFS¹⁴, es decir, se encuentra inscrita en el registro de Empresas Contratistas Mineras del Ministerio de Energía y Minas y realiza trabajos propios de las actividades mineras, por lo que sí corresponde imputarle responsabilidad administrativa solidaria.

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

¹³ Conforme a la Carta presentada por MARSÁ, obrante a fojas 1058 del expediente.

¹⁴ Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD

"(...) 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. (...)"

Respecto a la supuesta infracción al literal m) del artículo 26° del RSSO.

5. Respecto a lo indicado en el literal b) del numeral 2 y en el literal c) del numeral 3 de la presente resolución, se tiene que las apelantes indican que en todo momento estuvieron supervisando el winche N° 171, desde la noche anterior al accidente fatal del señor [REDACTED] en que se detectó que el winche presentaba inducción eléctrica, lo cual se corrobora con las ordenes de trabajo emitidas por MINCONTRALL, por las ordenes de trabajo emitidas por SKANSKA y por el Check List de la labor suscrita por MARSÁ; por tanto atribuyen a SKANSKA la responsabilidad por una mala praxis de sus técnicos electricistas, y solicitan ser excluidas de la responsabilidad por haber realizado todos los procedimientos para supervisar el winche.

Al respecto, cabe señalar lo siguiente:

- a) 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 MARSÁ y MINCONTRALL sean responsables de la comisión de la infracción administrativa.¹⁵
- b) En adición a ello, el numeral 50.1 del artículo 50° del T.U.O. de la Ley N° 27444, prescribe que son documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades públicas; mientras que el artículo 174° del mismo cuerpo normativo señala que constituyen hechos no sujetos a actuación probatoria, entre otros, aquellos que hayan sido comprobados con ocasión del ejercicio de las funciones atribuidas a la autoridad administrativa¹⁶.
- c) Bajo este marco legal, OSINERGMIN, en ejercicio de sus funciones, los días 29 y 30 de noviembre de 2013 realizó una visita de supervisión a la Unidad Minera "Retamas" de titularidad de una de las recurrentes (MARSÁ), conforme se aprecia del Informe N° 022-2013-MINEC/AC de investigación del accidente mortal del ex trabajador [REDACTED] que obra de Fs.- 164 a 519 del expediente. En dicho informe se encuentra el Acta de Cierre de Supervisión que obra de Fs.- 188 a 191, suscrito por los representantes de MARSÁ y por algunos representantes de la empresa MINCONTRALL y SKANSKA, en el cual se señaló lo siguiente: "Observación N° 1: Existen evidencias que el winche de arrastre N° 171 tuvo problemas de inducción eléctrica, como se registra en el Check List del turno noche, del 20 de noviembre de 2013." (subrayado agregado).

¹⁵ 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."

¹⁶ T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo 50.- Valor de documentos públicos y privados

50.1 Son considerados documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades."

"Artículo 174.- Hechos no sujetos a actuación probatoria

No será actuada prueba respecto a hechos públicos o notorios, respecto a hechos alegados por las partes cuya prueba consta en los archivos de la entidad, sobre los que se haya comprobado con ocasión del ejercicio de sus funciones, o sujetos a la presunción de veracidad, sin perjuicio de su fiscalización posterior."



Asimismo, en el informe antes referido en el literal a) del numeral 5.4 se indicó lo siguiente: *“El día anterior 20/11/13 se reportó inducción eléctrica al winche 171...”*. En el reporte de operación correspondiente al turno noche del 20 de noviembre de 2013 descrito en el libro de coordinación de reparto de guardia de MINCOTRALL que obra de Fs.-352 a 359, se indicó: *“Tj. 664 D. winche #175 inducción eléctrica...”*.

Como consecuencia del reporte se emitió la orden de trabajo de mantenimiento – servicios diversos N° 327803 que obra a Fs.- 311, de fecha 21 de noviembre de 2013, donde se indicó: *“Revisar Inducción WIE 171 (...)”*, asimismo se indicó como detalle del trabajo realizado: *“(…) se revisó motor hacia tierra y no se encontró presencia de tensión. Se procedió a realizar las pruebas con el operador del winche 171 manifestando que el equipo no presentaba inducción. Arrojando los siguientes valores (0.5 voltios que marcó en total)”*



Asimismo, se tiene la Inspección eléctrica de winche de arrastre realizada por SKANSKA, que obra de Fs.- 304 a 310, en donde se consideró que la resistencia de aislamiento debe ser mayor a 10 MΩ. (subrayado agregado).

Posteriormente, en fecha 4 de febrero de 2014 MINCOTRALL presentó el Informe Técnico Electromecánico de Peritaje de Winche de Arrastre N° 171, que obra de Fs.- 760 a 772, en cuya conclusión se indicó: *“El valor de la resistencia de aislamiento medida en el motor del winche corresponde a 0.2 MΩ. Este valor impide que este equipo pueda trabajar normalmente. Como quiera que, no ha habido cambios en el equipo desde el momento del hecho (21 de noviembre del 2013) hasta las pruebas realizadas (20 y 21 de enero de 2014), podemos sostener que, el equipo de haber sido bien evaluado por los técnicos de SKANSKA el día 21 de noviembre del año 2013, no debió ser entregado para su uso”*. Cabe precisar que para realizar las medidas de aislamiento de motor se utilizó un megómetro analógico marca KYORITSU, con N° de serie W0216945, modelo 3125, calibrado el 09 de enero del 2014, por la empresa Promelsa con el certificado de calibración N° 0026-14. (subrayado agregado).

Ahora bien, también es necesario tener en cuenta las declaraciones brindadas por el personal de MARSА, MINCOTRALL y SKANSKA:

- Declaración del Ingeniero Samuel Liendo Gutiérrez (Superintendente de Mina de MARSА) que obra de Fs.- 33 a 34. Ante la pregunta: *¿Cuáles son las causas del accidente?* Respondió: *“(…) la causa del mismo es por inducción eléctrica, producto a una falla en el motor eléctrico, provocando se energice el winche, cable de acero y la rastra y cause una descarga eléctrica al ex trabajador (...)”*
- Declaración del señor (...) (maestro perforista de MINCOTRALL) que obra a Fs.- 35. Ante la pregunta: *¿Cuáles serían las causas del accidente?* Respondió: *“Considero una falla eléctrica en el interior del motor del winche que ha salido energizando al cable de acero y a la rastra (...)”*
- Declaración del ingeniero (...) (residente de MINCOTRALL) que obra a Fs.- 394 a 395. Ante la pregunta: *¿Cuáles cree que fueron las causas del accidente del ex trabajador (...)?* Respondió: *“El seguimiento deficiente por parte del mantenimiento eléctrico para reparar el winche N° 171 (...) el día del accidente se reportó que había inducción eléctrica, pero el personal de la ECAC SKANSKA que ingresó a la reparación manifiesta, que no había inducción en el winche N° 171”*.
- Declaración de (...) (obrero de SKANSKA) que obra de Fs.- 832 a 836. Ante la pregunta: *¿... que instrumento utilizó usted para realizar la medición de*



inducción eléctrica que indica usted fue a verificar? Respondió: “Que el equipo que se utiliza se llama pinza amperimétrica (...)”.

- Declaración de [REDACTED] (obrero de SKANSKA) que obra de Fs.- 838 a 840. Ante la pregunta: *¿... que instrumento utilizó usted para realizar la medición de inducción eléctrica que indica usted fue a verificar? Respondió: “Que el equipo que se utiliza se llama pinza amperimétrica (...)”.*

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se tiene que tanto MARSA como MINCOTRALL son responsables del incumplimiento al inciso m) del artículo 26° del RSSO, debido a que no controlaron de manera oportuna el riesgo de inducción eléctrica que se dio por la condición sub estándar del winche N° 171 del tajo 664 Veta Daniela – Nivel 2720 Zona Valeria II, reportado por los trabajadores de la noche anterior al día del accidente.

Todo ello se encuentra corroborado con los documentos y los testimonios, de cuyos contenidos se concluye que para realizar la medición de la inducción eléctrica se debió utilizar un megómetro y no una pinza amperimétrica como se hizo en este caso, además que la resistencia de aislamiento del motor del winche tenía que ser mayor a 10 MΩ; sin embargo, en este caso fue solo de 2 MΩ, y esta situación no fue controlada por las apelantes, quienes indican que en todo momento estuvieron supervisando el winche N° 171, para lo cual se remiten a diversos documentos que sustentan su posición.

Al respecto, de los argumentos de defensa de ambas empresas no se verifica un desconocimiento de la infracción; sino que alega que pese a que se efectuó una correcta supervisión y se tomaron todas las precauciones razonables en la supervisión escapó a una actuación diligente la ocurrencia de los hechos que motivaron la sanción; sin embargo tal como se ha expuesto en el párrafo precedente, de haberse llevado a cabo una correcta supervisión se habría realizado la medición de inducción eléctrica y la resistencia del aislamiento como correspondía; y no como ocurrió en el presente caso.

Asimismo, se debe señalar que la responsabilidad administrativa del titular minero no se elude ni disminuye por el incumplimiento contractual de las empresas que le presten servicios, pues existe siempre el deber de vigilancia en su calidad de titular minero, que lo hace responsable ante los resultados de una actividad riesgosa, que en el presente caso tuvo una consecuencia mortal.

Además, es deber jurídico del titular de la actividad minera el cumplimiento efectivo de las disposiciones sobre seguridad para la prevención de riesgos conforme el RSSO, lo cual no puede ser trasladado al trabajador; en ese sentido, su responsabilidad no se exime o disminuye ante el incumplimiento de los trabajadores que realizaron una mala praxis, toda vez que no es materia del presente procedimiento administrativo sancionador el pronunciamiento sobre aspectos de otra naturaleza.

De otro lado, si bien las recurrentes refieren contar con profesionales supervisores, es importante precisar que el trabajo que éstos realizan debe incidir directamente en la verificación del cumplimiento de los PETS y estándares de las labores encomendadas a los trabajadores, pues de nada serviría que MARSA y MINCOTRALL cuenten con profesionales técnicos especializados si su trabajo no garantiza la realización de actividades mineras seguras y evita la ocurrencia de accidentes.

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





Respecto a la supuesta infracción al literal a) del artículo 364° del RSSO.

6. Respecto a lo indicado en el literal c) del numeral 2 y en el literal d) del numeral 3) de la presente resolución, se tiene que las apelantes indican que SKANSKA era el encargado de realizar el mantenimiento de los equipos instalados al interior de la mina; por tanto, no se les debió sancionar por el incumplimiento relacionado con una falta de control oportuno de una condición sub estándar, ya que no hubo un error en la gestión del sistema, siendo que la falla la cometieron los técnicos de SKANSKA, por lo que correspondería la opinión, punto de vista y defensa de esta tercera empresa. Asimismo, por su parte MARSA indica que contaba un área de mantenimiento eléctrico a cargo de un jefe (ingeniero mecánico y electricista) y MINCOTRALL, indica que la Resolución debería ser declarada nula porque en su parte resolutive no hace mención a este artículo; de acuerdo a ello corresponde señalar lo siguiente:

- a) Si bien, en el numeral 4.3 de la resolución impugnada se señala todo lo referido a la infracción del literal a) del artículo 364° del RSSO, precisándose en su última parte que se acreditó su incumplimiento conforme a los argumentos que se expuso, se tiene que el numeral 4.6 de la referida resolución se indica que existe un concurso de infracciones entre el literal m) del artículo 26° del RSSO y el literal a) del artículo 364° del RSSO.
- b) En ese sentido, conforme al numeral 6 del artículo 230° de la ley del Procedimiento Administrativo Sancionador¹⁷ y conforme al artículo 5° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 272-2012-OS/CD¹⁸, se tiene que cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, en ese sentido se tiene que las infracciones imputadas derivan de una misma conducta que fue falta de controlar oportunamente la inducción eléctrica, siendo ello así, se tiene que la sanción aplicable para la infracción al artículo 26°¹⁹ es mayor que la del artículo 364°²⁰ conforme al rubro B del cuadro de tipificación de infracciones y escala de multa y sanciones de seguridad y salud ocupacional para las actividades mineras.

¹⁷ Ley N° 27444.

Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador.

"Artículo 230°. - Principios de la potestad sancionadora administrativa.

(...)

6. Concurso de Infracciones. - Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

(...)"

¹⁸ Decreto Supremo N° 272-2012-OS/CD.

Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN.

Artículo 5.- Concurso de infracciones.

Cuando una misma conducta califique como más de una infracción, se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad.

¹⁹ 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

2. Incumplimiento de Normas de Procedimiento, Ejecución de Trabajos, IPER, PETS y Equipo de Protección Personal.

2.5. Control de riesgos.

Base legal: Art. 26° literal m) del RSSO.

Sanción: Hasta 1,500 UIT.

²⁰ 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.

16. Incumplimiento de Normas de Maquinaria, Equipos y Herramientas

16.2. Mantenimiento, protección y uso

Base legal: Arts. 364°, 366° y 368° del RSSO.

Sanción: Hasta 150 UIT.



- c) Conforme a ello, en el numeral 5 de la Resolución impugnada se señaló que: “(...) MARSА y LA CONTRATISTA han cometido una (1) infracción al RSSO, la cual se encuentra tipificada y resulta sancionable conforme al numeral 2.5 del Rubro B del Cuadro de Infracciones (...) para efectos del cálculo de la multa (...), debe considerarse lo siguiente: inciso m) del artículo 26° del RSSO”
- d) En atención a ello, se tiene que en la Resolución Impugnada se les sancionó a las recurrentes por incumplir el inciso m) del artículo 26° del RSSO, por lo que no corresponde analizar si incumplieron o no el inciso a) del artículo 364° del RSSO el cual no fue materia de sanción y fue archivado, asimismo con respecto a lo que señala MINCOTRALL, que la Resolución Impugnada debería ser declarada nula porque no se pronuncia respecto al artículo 364° del RSSO, se tiene que conforme a lo señalado líneas arriba si se pronuncia, por tanto, este extremo de la apelación debe ser desestimado.



Respecto a la Investigación realizada por la Fiscalía Mixta Provincial de Tayabamba.

7. Respecto a lo indicado en el literal b) del numeral 3 de la presente resolución, corresponde indicar que como bien se señala en la Resolución Impugnada en los numerales 4.1 y 4.2, de acuerdo al artículo 19° del RSSO²¹, los procedimientos administrativos son independientes de la responsabilidad civil y penal que corresponda, como en el presente caso ocurrió que se investigó el hecho en la Fiscalía Mixta Provincial de Tayabamba; sin embargo no tiene incidencia en la determinación de la responsabilidad administrativa que corresponde imputar al titular minero o a la contratista.

Por tanto, contrariamente a lo alegado por la recurrente MINCOTRALL, este aspecto si fue analizado en la Resolución Impugnada, por lo que corresponde desestimar este extremo de la apelación.

Sobre la competencia de OSINERGMIN en el Procedimiento Administrativo Sancionador.

8. Respecto a lo indicado en el literal e) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde indicar que como bien se ha señalado en el numeral 4.1 de la Resolución Impugnada, mediante la Ley N° 29901, se precisaron las competencias de OSINERGMIN establecidas en la Ley N° 29783, ley de seguridad y salud en el trabajo.

En efecto en el artículo 2° de la Ley N° 29901, señala que *“la derogación de la Ley N° 28964, dispuesta por la ley N° 29783, 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”*, en ese sentido el artículo 3° de la referida norma establece que *“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.”* (subrayado agregado)

Asimismo, en la primera disposición complementaria de la referida ley, se señala que en un plazo no mayor a sesenta días a propuesta de OSINERGMIN y mediante decreto supremo, se aprobará

²¹ RSSO

Artículo 19°.- Las multas y sanciones fijadas se imponen sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que corresponda.



el listado de funciones técnicas que quedan bajo la competencia de este organismo, es así que mediante el Decreto Supremo N° 088-2013-PCM, se estableció las funciones técnicas de OSINERGMIN, señalándose en su artículo 2° que *“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)



En atención a ello, se tiene que OSINERGMIN si es competente para supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas en el sub sector de minería, así como para fiscalizar aspectos de seguridad de la infraestructura, de las instalaciones y de la gestión de seguridad de sus operaciones.

Por otro lado, con respecto a que no se le puede sancionar al amparo del artículo 38°, cabe señalar que en el artículo 2° de la Resolución Impugnada se archivó el procedimiento administrativo sancionador seguido contra la recurrente por la infracción al artículo 38°, por lo que no corresponde pronunciarse respecto a ello; por tanto, se debe desestimar este extremo de la apelación.

Respecto al cálculo incorrecto de la multa.

9. Respecto a lo indicado en el literal d) del numeral 2 y en el literal f) del numeral 3 de la presente resolución, corresponde precisar que la infracción imputada a MARS A y MINCOTRALL se encuentra tipificada en el numeral 2.5 del Rubro B del Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones aprobado por Resolución N° 286-2010-OS/CD, en el cual se prevé como sanción aplicable una multa máxima de hasta 1,500 (mil quinientas) UIT.

Por ello, a efectos de determinar y graduar la sanción, la GSM observó lo establecido en:

i) la Resolución de Gerencia General N° 035 publicada el 3 de febrero de 2011, a través de la cual se aprobaron criterios específicos para la aplicación de las sanciones contenidas en el Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD; 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 los artículos 11° y 13° del RPAS, 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 230° del T.U.O. de la Ley N° 27444.

En atención a ello, con respecto a lo que indican las recurrentes, que el porcentaje de probabilidad es errado, se tiene que según el Anexo 1 de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG, hay dos tipos de supervisiones una operativa y otra especial. En el caso de la segunda esta comprende las acciones de supervisión derivadas de accidentes que pudieran surgir en geomecánica, ventilación, depósitos de relaves, transporte e infraestructura, asignándole un valor de probabilidad de detección anual de 30%.²³ (subrayado agregado).

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.

²³ Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG



En consecuencia, en el presente caso, ocurrió que el señor [REDACTED] sufrió un accidente por inducción eléctrica del winche N° 171, en circunstancias que él junto con su maestro realizaban el trabajo de barrido de finos, ocasionándole la muerte. En ese sentido, se tiene que se trata de una supervisión especial derivada de un accidente que surgió en materia de transporte e infraestructura conforme se señala en el numeral 5 de la Resolución Impugnada (fojas 1030), por lo que el valor de probabilidad de detección de la infracción es de 30%, conforme al criterio antes citado, encontrándose la resolución impugnada en este extremo conforme.

Por otro lado, con respecto al costo evitado se tiene que:



A) MARSA indica que no ha evitado incurrir en costos para dar mantenimiento al winche N° 171 y que sí contaba con un supervisor quien comprobaba la realización del trabajo de mantenimiento, lo cual acredita con lo siguiente:

- El contrato celebrado con SKANSKA para que brinde mantenimiento a todos los equipos que se encuentran al interior de la mina, pagando por dicho servicio la suma de S/ 1,633.972 mensuales. (obrante de Fs. 976 a 1005 del expediente).
- Una declaración jurada sobre los gastos incurridos en mantenimiento ascendente a \$ 684,881.00. (obrante a Fs. 1011 del expediente)
- Contrato de trabajo del ingeniero Supervisor [REDACTED] (no obra en el expediente).

B) MINCOTRALL indica que sí contaba con un jefe de guardia mina y con los supervisores respectivos, lo cual acredita con lo siguiente:

- Contrato de Trabajo del ingeniero de guardia [REDACTED], cuya remuneración es de S/ 5,500 soles mensuales (obrante de Fs. 1077 a 1078).
- Control de asistencia del ingeniero de guardia Henry Martell Vilcatoma (obrante a Fs. 1079).
- El supervisor Ingeniero [REDACTED] (no obra su contrato de trabajo en el expediente).
- El supervisor de SKANSKA [REDACTED] (no obra su contrato de trabajo en el expediente).
- El señor Jara Carrera como capataz (no obra su contrato de trabajo en el expediente).

En cuanto al contrato de mantenimiento celebrado con SKANSKA, este no exonera que el titular minero sea responsable de haber incumplido con controlar oportunamente la condición sub estándar del winche; por tanto, no desvirtúa el hecho imputado de haber utilizado un equipo que no se encontraba en condiciones de seguridad adecuadas.

Aprueban criterios específicos para la graduación de las sanciones por falta de autorización de construcción y/o funcionamiento en concesiones de beneficio ANEXO I

VALORES DE LAS PROBABILIDADES DE DETECCIÓN

Supervisión especial: Comprende las acciones de supervisión derivadas de accidentes, emergencias, aquellas que se deriven de denuncias u otras imprevistas que pudieran surgir.

Materia de la supervisión especial	Probabilidad de detección anual en una visita especial
Geomecánica, ventilación, depósitos de relaves, transporte e infraestructura	30.0%
Planta de beneficio	25.0%
Proyectos de exploración	20.0%



Asimismo, respecto de la Declaración Jurada presentada, se tiene que esta fue suscrita en fecha 19 de octubre de 2015, sobre el mantenimiento eléctrico preventivo y correctivo de los winches eléctricos año 2013, no especificándose desde qué mes hasta qué mes se habría realizado el mantenimiento, para poder corroborarlo con el día que sucedió el accidente 21 de noviembre de 2013; además, no se especifica si los gastos en que se incurrieron son de fecha anterior al accidente, para efectos de calcular la multa, tampoco no se adjunta ninguna boleta o recibos de los gastos a que hace referencia la empresa, por tanto no puede ser tomado en cuenta para el cálculo de la multa.



Por otro lado, MARSA alega que, sí contaba con un Ingeniero, el cual se encargaba de supervisar el trabajo de mantenimiento; sin embargo, se tiene que en el expediente no obra el contrato de trabajo celebrado con este ingeniero, en ese sentido, no existe prueba alguna que acredite lo expuesto.

Con respecto a lo que indica MINCOTRALL, en el expediente solo obra un contrato de trabajo respecto de todos los especialistas que mencionó, el cual presentó en el recurso de apelación que obra de Fs.- 1077 a 1078 del expediente, en donde se puede observar que se contrató al señor [REDACTED], como ingeniero guardia, quien percibía como remuneración mensual la suma de S/. 5,500.00 soles, siendo la duración del contrato del 07 de octubre de 2013 al 31 de diciembre de 2013, vigente el día en que ocurrieron los hechos. Asimismo presenta la hoja de control de asistencia del Ingeniero guardia; sin embargo, no dice la fecha exacta, solo hace alusión al mes de noviembre de 2013; por tanto, no se acredita que el día de los hechos haya realizado su labor.

Sin perjuicio de ello, cabe precisar que para el cálculo de la multa se tomará en cuenta la remuneración del ingeniero guardia que consta en el contrato; en consecuencia, se tiene que la remuneración que se consideró para el jefe de guardia en la Resolución Impugnada es de S/. 8,702.33 soles mensuales, la cual tiene se reduce a S/. 5,500.00 soles mensuales, conforme al contrato que presentó la apelante, en ese sentido, al hacer el cálculo respectivo se tiene que el costo evitado por especialista es de S/. 63,531.42.

Finalmente, con respecto a la ganancia ilícita las recurrentes indican que la labor que realizaron el trabajador fallecido y su maestro eran tareas de limpieza (ventilación, desatado y barrido de finos) y no de explotación, por lo que el titular minero no pudo obtener una ganancia ilícita. Por su parte MINCOTRALL señala que solo se tomó en cuenta las utilidades del titular minero y no sus utilidades vulnerando su derecho de defensa.

Al respecto, se tiene que conforme al inciso 5 del numeral 2 del anexo 1 de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG²⁴, para calcular la multa se incluye los costos evitados y/o beneficio ilícito obtenido, siendo que para calcular el beneficio ilícito se considera la utilidad generada como consecuencia del incumplimiento, de ser el caso (subrayado agregado).

²⁴ Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG

Aprueban criterios específicos para la graduación de las sanciones por falta de autorización de construcción y/o funcionamiento en concesiones de beneficio "2. CRITERIOS DE GRADUALIDAD

(...)

2.5 El beneficio ilegalmente obtenido.

Cuando los agentes supervisados realizan sus actividades incumpliendo las normas legales y técnicas que rigen las actividades mineras, esta acción representa al infractor una ventaja económica.

Para este fin, al momento de determinar la multa a imponer el cálculo incluye los costos evitados y/o beneficio ilícito obtenido. Los costos evitados se relacionan con la postergación u omisión de las inversiones destinadas a garantizar las condiciones de seguridad de las actividades mineras, siendo que respecto al beneficio ilícito obtenido se considera la utilidad generada como consecuencia del incumplimiento, de ser el caso.

(...)"



Ahora bien, el accidente ocurrió en el tajo 664 Veta Daniela – Nivel 2720 Zona Valeriana II, el cual es una labor de producción, por lo que correspondería calcular la ganancia ilícita. Por ende, conforme a la norma antes citada se considerará la utilidad generada por el titular minero específicamente en la zona y el mes en que ocurrió el hecho, en ese sentido, en la Resolución Impugnada se consideró las utilidades netas de MARSА en el año 2013, luego se obtuvo solo las utilidades netas de noviembre, se actualizaron y se ajustaron por la participación de la Unidad minera “Retamas”; asimismo, se consideró que es una mina subterránea y se multiplicó solo por la participación de producción del tajo respectivo, sobre las TM extraídas en la unidad minera “Retamas” en el mes de noviembre, siendo así que el cálculo de la multa en este aspecto se encuentra acorde a ley; puesto que como ya se señaló el lugar en donde habría ocurrido el accidente es una labor de producción. (subrayado agregado)



Con respecto a lo que señala MINCOTRALL, que no se consideró sus utilidades, se tiene que conforme al artículo 216° del TUO de la Ley General de Minería, las obligaciones y responsabilidades son solidarias entre el titular minero y la contratista, siendo ello así se tiene que el cálculo del beneficio ilícito se realizó con las utilidades del titular minero, tomándose en cuenta el lugar en donde se produjeron los hechos el tajo 664 Veta Daniela – nivel 2720 Zona Valeriana II, como se puede observar de la Resolución Impugnada notificada a MINCOTRALL en fecha 21 de junio de 2016, por tanto no se habría vulnerado su derecho de defensa (subrayado agregado).

Por lo tanto, corresponde estimar los recursos de apelación presentados por MARSА y MINCOTRALL, en el extremo referido al costo evitado (por especialista encargado) en el cálculo de la multa, reduciendo la multa de 86.43 (ochenta y seis con cuarenta y tres centésimas) UIT a 56.41 (cincuenta y seis con cuarenta y un centésimas) UIT.

Respecto a sus solicitudes de uso de la palabra.

10. Mediante Oficio N° 22-2018-OS-TASTEM-S2, notificado el 25 de abril de 2018, se informó a MARSА, que se otorgó fecha para hacer uso de la palabra el día 08 de mayo de 2018 por espacio de 10 minutos, por lo que, en fecha 27 de abril de 2018 la recurrente cumplió con presentar un escrito designando a su representante para asistir al informe oral.

Asimismo, mediante Oficio N° 23-2018-OS-TASTEM-S2, notificado el 25 de abril de 2018, se informó a MINCOTRALL, que se otorgó fecha para hacer uso de la palabra el día 08 de mayo de 2018 por espacio de 10 minutos.

Es así que la diligencia de informe oral se llevó a cabo con fecha 08 de mayo de 2018, durante la cual los representantes de MARSА y MINCOTRALL, encargados de la exposición, manifestaron sus argumentos de defensa, reiterando lo que expusieron en sus recursos de apelación, los cuales han sido debidamente evaluados y se ha emitido pronunciamiento respecto de ellos, conforme se ha expuesto en los párrafos precedentes.

De conformidad con el numeral 16.1 del artículo 16° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD, y toda vez que no obra en el expediente administrativo mandato judicial alguno al que este Tribunal deba dar cumplimiento.

SE RESUELVE:

Artículo 1°. - Declarar **FUNDADO EN PARTE** el recurso de apelación presentado por MINERA AURIFERA RETAMAS S.A. y por MINERA CONSTRUCCIÓN Y TRANSPORTE LA LIBERTAD S.R.L., contra

la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1825-2016 de fecha 14 de junio de 2016, en el extremo referido al costo evitado en la multa impuesta.



Artículo 2°. - CONFIRMAR la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1825-2016 en todos sus demás extremos.

Artículo 3°. - DETERMINAR que el importe total de la multa se reduce de 86.43 (ochenta y seis con cuarenta y tres centésimas) UIT a 56.41 (cincuenta y seis con cuarenta y un centésimas) UIT, de conformidad a lo expuesto en el numeral 11° de la presente resolución.

Artículo 4°. - Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Jesús Francisco Roberto Tamayo Pacheco, Mario Antonio Nicolini del Castillo y Héctor Adrián Chávarry Rojas.


JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE