

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 257-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 27 de agosto de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201700049784 que contiene el recurso de apelación interpuesto por EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A., representada por el señor Manuel Ángel Martínez Silva, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 219-2018 de fecha 25 de enero de 2018, mediante la cual se la sancionó por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM.



CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 219-2018, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A., en adelante LOS QUENUALES, con una multa total de 16.77 (dieciséis con setenta y siete centésimas) UIT por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM, en adelante RSSO, conforme al siguiente detalle:



INFRACCIÓN								TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Infracción al literal b) del artículo 246° del RSSO¹ Se constató que no se mantenía una circulación de aire en cantidad suficiente de acuerdo con el total de HP de los equipos con motores de combustión interna en la labor Rp. 639 (-) Nv. 3900 Sección V:								Numeral 1.1.10 del Rubro B ²	1.06 UIT
Velocidad (m/min)	Área	Caudal calculado (m ³ /min)	Caudal requerido por personal (m ³ /min)	Equipo Diésel	Caudal Requerido Total (m ³ /min)	Déficit (m ³ /min)	Cobertura (%)		
26.4	15.99	422.14	6 (1 persona)	Scooptram de 4.2 yd ³ y 165 HP	501	78.86	84.26		

¹ RSSO

“Artículo 246.- El titular de actividad minera velará por el suministro de aire limpio a las labores de trabajo de acuerdo a las necesidades del trabajador, de los equipos y para evacuar los gases, humos y polvo suspendido que pudieran afectar la salud del trabajador, así como para mantener condiciones termo-ambientales confortables. Todo sistema de ventilación en la actividad minera, en cuanto se refiere a la calidad del aire, deberá mantenerse dentro de los límites de exposición ocupacional para agentes químicos de acuerdo al ANEXO N° 15 y lo establecido en el Reglamento sobre Valores Límite Permisibles para Agentes Químicos en el Ambiente de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2005-SA o la norma que lo modifique o sustituya. Además debe cumplir con lo siguiente: (...)”

b) En todas las labores subterráneas se mantendrá una circulación de aire limpio y fresco en cantidad y calidad suficientes de acuerdo con el número de trabajadores, con el total de HPs de los equipos con motores de combustión interna, así como para la dilución de los gases que permitan contar en el ambiente de trabajo con un mínimo de diecinueve punto cinco por ciento (19.5%) de oxígeno. (...)”

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

1. Incumplimiento de Normas de Diseño, Instalación, Construcción, Montaje, Operación, Proceso, Control de Terreno

1.1. En minería subterránea

1.1.10 Ventilación

Base legal: Arts. 236°, 237°, 238°, 239°, 240° y 255° del RSSO

Sanción: Hasta 400 UIT

RESOLUCIÓN N° 257-2018-OS/TASTEM-S2

Infracción al literal a) del Rubro 3 "Usos" del artículo 291° del RSSO³
Se constató el uso de ANFO en las labores subterráneas detalladas en el siguiente cuadro, sin contar con la aprobación correspondiente:

Labor	Kg. De ANFO	Fecha de Vale	Numeral 3.6 del Rubro B ⁴	15.71 UIT
Tj. 683 Nv. 1700 – Sección IV	375	22/02/2017		
Tj. 2018 Nv. 3300 – Sección V	1,050	15/02/2017		
Vn. 818 – 4 Nv. 1900 – Sección IV	75	24/02/2017		
Gl. 231 N Nv. 1200 – Sección II	100	01/03/2017		
Cx. 525 Nv. 800 – Sección II	112 110	01/03/2017 27/02/2017		
Rp. 739 (-) Nv. H3 – Sección I	100 110	01/03/2017 28/02/2017		
SN. 582 – 2S Nv. 800 – Sección III	16 15	02/03/2017 02/03/2018		
Rp. 640 (+) Nv. 3600 – Sección V	100	28/02/2017		
Rp. 639 Nv. 3900 – Sección V	150	18/02/2017		
TOTAL				

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- a) Durante los días 2 al 5 de marzo de 2017 se efectuó una supervisión a la unidad minera "Acumulación Yauliyacu" de titularidad de LOS QUENUALES⁵, a cargo de los supervisores de OSINERGMIN.
- b) Mediante Oficio N° 781-2017 notificado a LOS QUENUALES el 3 de mayo de 2017, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador, al cual se adjuntó el Informe de Instrucción Inicio de PAS N° 612-2017 de fecha 26 de abril de 2017 y se le otorgó el plazo de siete (7) días hábiles para la presentación de sus descargos.
- c) Por escritos presentados el 4 y 10 de mayo de 2017, registrados por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700049784, LOS QUENUALES solicitó que se le notifique el informe de supervisión de la visita realizada del 2 al 5 de marzo de 2017 o se le brinde las copias del mismo, así como que se le otorgue un plazo adicional de siete (7) días hábiles para la presentación de sus descargos.

La obligación infringida está prevista en el literal b) del artículo 236° del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM.

³ RSSO

"Artículo 291.- El almacenamiento, transporte y uso de los agentes de voladura estará bajo la supervisión de un personal competente, experimentado y autorizado. (...)

3. Usos:

a) El uso de ANFO en minas subterráneas requerirá la aprobación del Comité de Seguridad y Salud Ocupacional de la unidad minera, de conformidad a los requisitos establecidos en el ANEXO 36.

La copia del Acta aprobada será remitida a la autoridad competente para su fiscalización, dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes de su aprobación. La autoridad competente realizará la fiscalización correspondiente dentro de los treinta (30) días hábiles de presentada la copia del Acta de aprobación del uso de ANFO. (...)"

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

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

Rubro B - Incumplimiento de Normas Técnicas de Seguridad Minera

3. Incumplimiento de Almacenamiento, Transporte, Manipuleo de Explosivos y Agentes de Voladuras

3.6 Agentes de Voladura

Base legal: Arts. 255 y 256° del RSSO

Sanción: Hasta 400 UIT

La obligación infringida está prevista en el literal a) del Rubro "Usos" del artículo 256° del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM.

⁵ La Unidad Minera "Yauliyacu" se encuentra ubicada en el distrito de Chicla, provincia de Huarochiri y departamento de Lima.

Cabe indicar que a través del Oficio N° 254-2017-OS-GSM notificado a LOS QUENUALES el 10 de mayo de 2017, se le informó que su pedido de notificación del Informe de Supervisión fue tramitado como una solicitud de acceso al expediente de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 169.1 del artículo 169° del Texto Único Ordenado de Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en adelante el T.U.O. de la Ley N° 27444.⁶

Asimismo, mediante el Oficio N° 260-2017-OS-GSM notificado el 16 de mayo de 2017, se comunicó a LOS QUENUALES que se le concedía por única vez un plazo adicional de cinco (5) días hábiles para la presentación de sus descargos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 145° del T.U.O. de la Ley N° 27444.



d) A través del escrito presentado el 19 de mayo de 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700049784, LOS QUENUALES presentó sus descargos y solicitó se le conceda el uso de la palabra.



e) Con Oficio N° 747-2017-OS-GSM⁷ notificado el 15 de diciembre de 2017, se trasladó a LOS QUENUALES el Informe Final de Instrucción N° 905-2017 de fecha 15 de diciembre de 2017, otorgándosele el plazo de cinco (5) días hábiles para que presente sus descargos. Asimismo, por Oficio N° 746-2017-OS-GSM notificado el 15 de diciembre de 2017 se le citó para audiencia de informe oral el día 26 de diciembre de 2017.⁸

f) Mediante escrito presentado el 22 de diciembre de 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700049784, la recurrente presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción.

g) El 26 de diciembre de 2017 se llevó a cabo la audiencia de Informe Oral con la presencia de los representantes de LOS QUENUALES, tal como consta en el Acta que obra a fojas 181 del expediente. Asimismo, a través de un escrito presentado en dicha fecha, la citada empresa adjuntó copia de la presentación de su informe oral.

h) Con escrito del 26 de diciembre de 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700049784, LOS QUENUALES presentó un escrito adicional, solicitando que se tenga presente al momento de resolver. A través del Oficio N° 772-2017-OS-GSM notificado a la recurrente el 3 de enero de 2018 se dio respuesta al escrito antes citado.

i) Por escrito del 23 de enero de 2018, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700049784, LOS QUENUALES presentó un escrito adjuntando diversos documentos a fin de que sean evaluados por la GSM al momento de resolver.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

⁶ Asimismo, se informó que a partir de dicha fecha podrá recabar copia simple del documento solicitado en la mesa de partes de OSINERGMIN (sede central), previo pago del costo correspondiente, haciendo referencia al registro N° 201700071630.

⁷ Documento notificado mediante la Cédula de Notificación N° 776-2017-OS-GSM que obra a fojas 125 del expediente.

⁸ Mediante escrito del 20 de diciembre de 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700049784, la recurrente solicitó la reprogramación del informe oral. A través del Oficio N° 762-2017-OS-GM notificado a LOS QUENUALES el 22 de diciembre de 2017 se le informó que no procedía dicha solicitud pues la citación para la audiencia de informe oral se comunicó con una anticipación de cinco (5) días hábiles conforme a lo previsto en el numeral 170.2 del artículo 170° del T.U.O. de la Ley N° 27444, pudiendo acreditar a otro u otros representantes para asistir a la audiencia mediante carta poder simple.

2. Mediante escrito del 21 de febrero de 2018 registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700049784, LOS QUENUALES interpuso recurso con la sumilla "recurso de reconsideración" contra la Resolución N° 219-2018, solicitando su nulidad⁹, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

Sobre la supuesta falta de competencia del órgano instructor y la indebida motivación de la resolución impugnada

- a) La recurrente sostiene que no se puede imponer una sanción si el procedimiento que se requiere para ello no ha sido llevado de manera regular, lo cual incluye que los órganos competentes para actuar en cada instancia del procedimiento sean los facultados para dichas funciones.

Señala que para un procedimiento sancionador se establecen dos fases diferenciadas, la fase instructora y la sancionadora, las que deben ser ejecutadas por el órgano competente en cada fase a fin de brindar mayor certeza y protección a los derechos de los administrados. Agrega que la resolución impugnada ha sido emitida vulnerando la competencia del órgano instructor del procedimiento administrativo sancionador, toda vez que el órgano que se encargó de tramitar la base instructora fue la Gerencia de Supervisión de la Gran Minería sin contar con facultades para ello.

- b) Asimismo, indica que mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS/CD, modificada por Resolución N° 10-2017-OS/CD, se estableció que la Gerencia de Supervisión de la Gran Minería y la Gerencia de Supervisión de la Mediana Minería¹⁰ son los órganos instructores de los procedimientos administrativo sancionadores en materia minera.

Ahora bien, en este caso ha sido la Gerencia de Supervisión de la Gran Minería quien inició a su empresa el presente procedimiento sancionador pues es el titular que suscribió el oficio de imputación de cargos y el Informe Final de Instrucción. Dichos documentos fueron considerados por la GSM en su calidad de órgano sancionador para emitir la resolución impugnada.

Sin embargo, refiere que en la resolución impugnada se pretende sustentar la atribución de la competencia entre la Gerencia de Supervisión de la Gran Minería y la Gerencia de Supervisión de la Mediana Minería en una norma reglamentaria, es decir, el Decreto Supremo N° 002-91-EM-DGM, lo que constituye una violación al principio de reserva de ley para atribuir competencia, previsto en el numeral 70.1 del artículo 70° del T.U.O. de la Ley N° 27444.

- c) De otro lado, la recurrente manifiesta que la resolución impugnada recae en el supuesto de motivación aparente, pues pretende justificar su accionar en interpretaciones propias que le da la normativa vigente sobre la competencia de sus órganos instructores; no obstante,

⁹ La recurrente sostiene que el Decreto Legislativo N° 1272 que modificó la Ley N° 27444 incorporó la posibilidad de plantear la nulidad del acto administrativo vía recurso de reconsideración, lo cual quedó establecido en el T.U.O. de la citada Ley. En ese sentido, la autoridad administrativa que emitió la resolución impugnada puede declarar su nulidad.

¹⁰ Resolución N° 218-2016-OS/CD, modificada por Resolución N° 10-2017-OS/CD
"Artículo 2.- Órganos instructores y sancionadores en minería

2.1 La Gerencia de Supervisión Minera es el órgano sancionador de las actividades del sector minero bajo el ámbito de competencia de OSINERGMIN. La instrucción de los procedimientos administrativos relacionados a los agentes supervisados está a cargo de la División de Supervisión de la Gran Minería y de la División de Supervisión de la Mediana Minería, según corresponda a la clasificación de los agentes supervisados determinada por la Gerencia de Supervisión Minera, según la normativa aplicable y conforme a lo siguiente (...)"

previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar y el numeral 2 del artículo 246° de la citada norma¹⁴, la resolución impugnada ha incurrido en la causal de nulidad del acto administrativo prevista en el numeral 2 del artículo 10° del T.U.O. de la Ley N° 27444¹⁵.

- e) Por otra parte, presenta como nueva prueba el Oficio N° 252-2016-MINCETUR/SG del 23 de marzo de 2016, mediante el cual el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo adjunta información sobre las normas con rango de ley que han sido derogadas tácitamente.
- f) Además, presenta el Informe N° 123-2018-MEM-DGM/DNM del 31 de enero de 2018, a través del cual la Dirección Normativa de Minería del Ministerio de Energía y Minas indicó que no existe una norma o dispositivo legal vigente que señale de manera clara y fehaciente los parámetros y/o criterios para la distinción entre mediana y gran minería. En ese sentido, efectuar esta distinción de manera arbitraria vulnera y resulta gravoso de los derechos de los administrados, en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, en el que se requiere que todas y cada una de las garantías y derechos de los administrados sean protegidos durante su tramitación.

En cuanto a la posibilidad de ampliar argumentos al recurso administrativo interpuesto

- g) Se reserva la posibilidad de ampliar los argumentos de su recurso de apelación al amparo de lo establecido en el artículo 170° del T.U.O. de la Ley N° 27444.

Sobre el uso de la palabra

- h) LOS QUENUALES solicitó el uso de la palabra, de acuerdo al artículo 33° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.
3. Con Oficio N° 131-2018-OS-GSM notificado a LOS QUENUALES el 7 de marzo de 2018, se le comunicó que el recurso presentado no cumplía con el requisito de adjuntar nueva prueba, por lo que en aplicación de los artículos 217° y 221° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, corresponde calificar el recurso presentado por su verdadero carácter, esto es, como recurso de apelación.

¹⁴ T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

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

1.2. Principio del debido procedimiento. - Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

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

"Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

2. Debido procedimiento. - No se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento. Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deben establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a autoridades distintas."

¹⁵ T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo 10.- Causales de nulidad

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

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

dicha interpretación carece de fundamentos lógicos y solo trata de dar una apariencia de licitud a lo actuado.¹¹

Agrega que para desestimar su cuestionamiento a la competencia de la Gerencia de Supervisión de la Gran Minería como órgano instructor, en la resolución impugnada se sostiene que la clasificación efectuada se debe única y exclusivamente al criterio que tiene la GSSM sobre la clasificación de los sujetos administrados, sin considerar que esto debe estar acorde a la normativa vigente y a la realidad material del administrado. Es decir, no basta que un órgano se declare competente, para que éste lo sea; de ser el caso, se partiría de una premisa arbitraria y equivocada.

Indica que el actuar arbitrario de la GSM se desprende del texto de la resolución impugnada que cita: "el criterio de clasificación determinado por la Gerencia de Supervisión Minera no está condicionado a la vigencia de otros dispositivos normativos y sólo es aplicable para fines de la actuación de las Gerencias según lo dispuesto en la citada resolución (Resolución N° 10-2017-OS/CD), relacionada estrictamente con la organización de OSINERGMIN."
(Subrayado de la empresa)

- d) Además, señala que el órgano instructor efectuó una calificación considerando lo establecido en el Decreto Legislativo N° 33, el cual se encuentra tácitamente derogado, conforme ha sido señalado en el Oficio N° 252-2016-MINCETUR/SG del 23 de marzo de 2016, emitido por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

Adicionalmente, manifiesta que erróneamente se ha calificado a su empresa como una de gran minería por la suma de la producción autorizada en sus plantas concentradoras; sin embargo, no se ha considerado que su empresa cuenta actualmente con una sola planta de beneficio activa que no supera el límite de producción de la planta requerida para ser considerada como Gran Minería, por lo que le correspondería la calificación de mediana minería.

Por lo anterior, teniendo en consideración que la primera instancia omitió observar el requisito de validez del acto administrativo previsto en los numerales 1 y 4 del artículo 3° y numerales 6.1 y 6.3 del artículo 6° del T.U.O. de la Ley N° 27444 referida a la competencia y motivación¹², así como habiéndose trasgredido el Principio de Debido Procedimiento¹³

¹¹ La recurrente cita el Fundamento N° 13 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 04298-2012-PA/TC, el cual establece lo siguiente:

"(...) este Tribunal desarrolló los distintos supuestos en los que cabía hablar de una motivación inexistente, insuficiente o incongruente de la resolución judicial examinada. Así, se dijo que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales estaba compuesto de los siguientes elementos:

a) **Inexistencia de motivación o motivación aparente.** Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, **en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.** (...)” (Las negritas son de la administrada)

¹² T.U.O. de la Ley N° 27444

“Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia. - Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión. (...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.”

¹³ Sobre el principio del Debido Procedimiento, la recurrente cita al autor Juan Carlos Morón Urbina, quien señala que este comprende el derecho a participar en el procedimiento, derecho a la autoridad competente predeterminada por ley, derecho al desdoblamiento de las instancias de instrucción y sanción, entre otros.

Morón Urbina, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General – Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444*. Gaceta Jurídica: Décimo Segunda Edición, octubre 2017. Pág. 396.

4. A través del Memorandum N° GSM-136-2018, recibido el 30 de abril de 2018, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.
5. Mediante Oficio N° 56-2018-OS/TASTEM-S2 de fecha 17 de julio de 2018, notificado a LOS QUENUALES el 18 de julio de 2018, se le informó que la audiencia para el informe oral solicitado se realizará el 7 de agosto de 2018.
6. A través del escrito presentado el 31 de julio de 2018, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700049784, LOS QUENUALES presentó un escrito complementario a su recurso de apelación, indicando lo siguiente:



- a) Señala que, tal como lo ha indicado en su recurso presentado el 21 de febrero de 2018, al momento del inicio del presente procedimiento sancionador su empresa solo contaba con una planta de beneficio activa que es "Casapalca", la cual tiene una capacidad de 4,200 TM/día de acuerdo a la autorización de funcionamiento otorgada por la DGM con Resolución N° 327-2011-MEM-DGM/V del 25 de agosto de 2011, sustentada en el Informe N° 310-2011-MEM-DGM-DTM/PB, cuyas copias adjunta al presente escrito.

Agrega que la unidad minera "Iscaycruz" y la Planta de Beneficio "Concentradora Iscaycruz" se encuentran hasta la fecha en suspensión temporal de actividades mineras por un plazo de 3 años, de acuerdo a la autorización otorgada mediante la Resolución N° 0540-2015-MEM-DGM/V del 4 de noviembre de 2015, sustentada en el Informe N° 155-2015/MEM-DGM-DTM-PCM, los cuales adjunta al presente escrito.

- b) Asimismo, refiere que la Concesión de Beneficio "Concentradora Rosaura" (planta y presa de relaves) tampoco se encuentra actualmente en operaciones pues está paralizada, tal como fue constatado durante la supervisión especial realizada por OSINERGMIN el 27 de junio de 2014, la cual originó la emisión del Informe de Supervisión Especial al Depósito de Relaves de la Concesión de Beneficio "Rosaura", el mismo que adjunta.

En efecto, señala que en la página 9 del citado Informe de Supervisión se indicó literalmente lo siguiente:

*"5.1.5 Verificar el balance metalúrgico de la planta de beneficio.
Se verificó que la Planta de Beneficio ha sido trasladada a otra unidad, el área donde funcionaba está libre (Anexo 4.1: Registro Fotográfico de la Supervisión, fotografía N° 37)."*

Además, indica que en la página 12 del mismo documento también se consigna literalmente lo siguiente:

"7. CONCLUSIONES

- Con Auto Directoral N° 021-2003-EM-DGM/DPDM del 30 de junio del 2003, autoriza a Perubar S.A., la construcción e instalación de la planta de beneficio "Concentradora Rosaura", servicios auxiliares y/o Complementarios.
- El desarrollo de la supervisión de campo se resume en el Acta de Cierre con 04 Hechos Constatados.
- La Operación de Mina y Planta se encuentran paralizadas."

Precisa que en la Fotografía N° 37 que aparece en el Anexo 4.1 (registro fotográfico de la Supervisión) del citado Informe de Supervisión se evidencia lo antes expuesto. Adjunta la vista fotográfica.

- c) Adicionalmente manifiesta que de acuerdo al Principio de Debido Procedimiento previsto en el numeral 2 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444 y el artículo 252° del mismo texto normativo, para cada fase del procedimiento sancionador existe una autoridad administrativa diferente encargada de llevarla a cabo, poniendo énfasis en que tanto las fases como las autoridades a cargo deben estar claramente diferenciadas. Ello implica que el órgano encargado de la fase instructora debe ser aquel que la ley ha considerado expresamente como competente.

De ahí que, si algún órgano de OSINERGMIN se atribuye la facultad de actuar como órgano instructor en el presente procedimiento sin que tenga la competencia respectiva, entonces incurre en nulidad pues infringe el requisito de validez del acto administrativo vinculado a la competencia, previsto en el numeral 1 del artículo 3° del T.U.O. de la Ley N° 27444.

Por ello, en este caso se ha producido la nulidad de la resolución apelada, ya que el procedimiento administrativo sancionador no ha sido iniciado por la Gerencia de Supervisión de la Mediana Minería (debido a que su empresa sólo contaba con una planta de beneficio activa al momento del inicio del procedimiento), sino por la Gerencia de Supervisión de la Gran Minería, vulnerando el Principio del Debido Procedimiento.

Igualmente, sostiene que se ha transgredido el Principio de Ejercicio Ilegítimo del Poder, toda vez que la Gerencia de Supervisión de la Gran Minería se atribuyó facultades que no le corresponden y actuó como órgano instructor, iniciando ilegalmente un procedimiento contra su empresa que estaba bajo el régimen de la mediana minería al momento de iniciar el presente procedimiento. Además, el artículo 247° del T.U.O. de la Ley N° 27444 prohíbe la delegación de facultades de la potestad sancionadora si es que ello no se ha autorizado a través de una ley o reglamento. En ese sentido, el accionar de la Gerencia de Supervisión de la Gran Minería ha sido ilegal al iniciar un procedimiento sin contar expresamente con la respectiva competencia, por lo que se debe declarar la nulidad de todo lo actuado y fundado el recurso interpuesto.

- d) Finalmente, se reserva su derecho a ampliar los argumentos expuestos en su recurso de apelación.
7. La audiencia de informe oral se llevó a cabo el día 7 de agosto de 2018, con la presencia de los representantes del TASTEM y LOS QUENUALES, tal como consta en el soporte magnético audiovisual obrante a fojas 509 del expediente, durante la cual la administrada reiteró los argumentos expuestos en su recurso de apelación y agregó los siguientes:

Sobre la indebida calificación de su recurso de reconsideración

- a) La GSM calificó indebidamente su recurso de reconsideración como uno de apelación, por cuanto consideró que el Informe 123-2018-MEM-DGM/DNM no constituía nueva prueba ya que fue elaborado con posterioridad a la emisión de la resolución de sanción. Sin embargo, la recurrente manifiesta que dicho informe sí constituye nueva prueba, ya que este medio probatorio no obraba en el expediente administrativo. Además, indica que según el autor Juan Carlos Morón Urbina, una nueva prueba es cualquier medio probatorio del que no se haya tenido conocimiento con anterioridad a la imputación de sanción o que se haya generado con posterioridad a esta.

Respecto a la falta de competencia del órgano instructor y la indebida motivación de la resolución apelada

- b) LOS QUENUALES manifiesta que en un caso similar cuestionaron la competencia del órgano instructor, argumentando que la única Planta de Beneficio operativa era Casapalca, pues Iscaycruz se encontraba suspendida por el MINEM y Rosaura estaba inoperativa, y el TASTEM a través de la Resolución 142-2018 del 5 de junio de 2018, denegó sus argumentos sustentando únicamente que no había acreditado la suspensión de la Planta de Beneficio Rosaura. Sin embargo, de acuerdo a los medios probatorios presentados, se acredita que durante la visita de supervisión efectuada por OSINERGMIN el 27 de junio de 2014 se constató la inoperatividad de esta última Planta.



Adicionalmente, refiere que recién con la Resolución de Consejo Directivo N° 035-2018-OS/CD publicada en el diario oficial El Peruano el 27 de febrero de 2018 se realizó una distinción entre agentes de la Mediana y Gran Minería de acuerdo a la capacidad instalada y/o beneficio, a fin de determinar la autoridad instructora y sancionadora para cada agente. Dicho dispositivo es aplicable únicamente a los procedimientos iniciados desde su entrada en vigencia; sin embargo, en este caso, la resolución apelada fue notificada el 31 de enero de 2018, es decir, antes de que entrara en vigor.



En el supuesto negado que le sea aplicable, su empresa tampoco supera los 5,000 TM/día para ser considerada gran minería, pues al momento de la supervisión contaba únicamente con la Planta de Beneficio Casapalca autorizada a una capacidad de 4,200 TM/día. Además, la Resolución N° 035-2018-OS/CD tampoco dispone como criterio para clasificar a las empresas de mediana y gran minería que la medición de las toneladas métricas se efectúa agrupando a todas las plantas que pueda tener una empresa, ya que también se puede considerar por unidad minera.

En cuanto a la vulneración a los Principios de Tipicidad e Irretroactividad

- c) De acuerdo al Principio de Tipicidad establecido en el numeral 4 del artículo 246° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en adelante el T.U.O. de la Ley N° 27444, a través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

Al momento de la supervisión regular en ventilación de marzo de 2017 no se encontraba vigente ninguna norma legal o reglamentaria que haya tipificado expresamente las infracciones al Nuevo Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM, el cual derogó el Decreto Supremo N° 055-2010-EM (anterior RSSO vigente hasta el 29 de julio de 2016).

Por ello, la aplicación de la Tipificación de Infracciones y Escala de Sanciones aprobada por Resolución N° 286-2010-OS/CD constituye una vulneración al Principio de Tipicidad, toda vez que esta disposición tipifica las infracciones del anterior Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM, el cual estaba derogado la fecha de la visita de supervisión. En ese sentido no puede ser aplicado por analogía como base legal válida para la tipificación de infracciones ni para imponer sanciones.

En este caso, se ha aplicado una norma reglamentaria tácitamente derogada, es decir, se pretende aplicar de forma ultractiva la Resolución N° 286-2010-OS/CD a pesar que no existe habilitación legal y/o reglamentaria para tales efectos.

En ese sentido la resolución impugnada vulnera los Principios de Irretroactividad y Tipicidad debiendo declararse su nulidad y el archivo de este procedimiento.

Sobre la supuesta vulneración al Principio de Irretroactividad y eximente de responsabilidad

- d) Asimismo, se debe considerar el Principio de Irretroactividad previsto en el numeral 5 del artículo 230 de la Ley N° 27444, por el cual son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

No se ha considerado lo regulado por el literal f) del artículo 236-A del Decreto Legislativo N° 1272 que modificó la Ley N° 27444, el cual establece que constituye condición eximente de la responsabilidad por infracción, la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3 del artículo 235°.

En este caso, luego de dos días de la visita de supervisión comunicó a OSINERGMIN los días 7, 22 de marzo y 26 de abril de 2017 la subsanación de los supuestos incumplimientos detectados.

No obstante, en el literal h) del numeral 15.3 del artículo 15° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, en adelante el RSFS se establece un supuesto en el cual no procedería la subsanación voluntaria por parte del administrado. Dicha situación constituye una violación al Principio de Irretroactividad, toda vez que dicho dispositivo es posterior y no puede aplicarse a hechos anteriores. Asimismo, dicha norma tampoco resulta más favorable para los administrados pues perjudican sus intereses y derechos, por lo que no resulta aplicable al presente procedimiento administrativo sancionador.

Además, sostiene que la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del RSFS dispone que el eximente de responsabilidad a que se refiere el literal f) del numeral 1 del artículo 236-A resultará aplicable a los procedimientos administrativos sancionadores actualmente en trámite, en tanto resulta más favorables al administrado.

Adicionalmente, el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, establece que las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en dicha Ley. En el mismo sentido, el numeral 245.2 del artículo 245° de la citada norma dispone que los procedimientos especiales no pueden imponer condiciones menos favorables a los administrado que las previstas en este Capítulo.

- e) Igualmente, refiere que existen otros procedimientos administrativos similares al presente caso en los que se ha determinado la procedencia de la subsanación voluntaria como causal eximente de responsabilidad.



Con relación a las supuestas infracciones al RSSO

f) Infracción al literal b) del artículo 246° del RSSO

La recurrente manifiesta que el 1 de marzo de 2017 (un día antes de la supervisión) efectuó el monitoreo de gases en la labor Rp. 639 del Nivel 4100, arrojando una lectura de oxígeno (O₂) de 20.8%, es decir superando lo dispuesto en la norma. Adjunta una imagen del formato de monitoreo.

Refiere que la circulación de aire en cantidad suficiente, constatada durante la supervisión realizada del 2 al 5 de marzo de 2017 constituye un hecho aislado, pues en ese momento se encontraba en proceso de ejecución e implementación el Proyecto correspondiente a la "Chimenea de Ventilación CH-7011-1" que abarca desde el nivel superior NV-3900 con Jumbo H281, que perfora taladros largos. Adjunta imagen del proyecto mencionado que concluyó el 7 de marzo de 2017.

Asimismo, señala que ha contemplado la renovación de la red de mangas de ventilación a un diámetro uniforme de 32 y 36 pulgadas de diámetro, así como la hermetización del ventilador inyector de 30,000 cfm. Agrega que estos trabajos, antes de la visita de supervisión ya estaban previstos para el mes de marzo, debido a la evaluación que se realizó en el sistema de ventilación de la mina. Adjunta foto del supuesto inyector y una imagen del programa mensual de trabajos de ventilación.

Igualmente, argumenta que después de la ejecución de dichos trabajos realizó mediciones de velocidad de aire y gases en la labor, las cuales superan el parámetro mínimo exigido en la norma y fueron comunicadas oportunamente a OSINERGMIN. Adjunta imágenes de los formatos de monitoreo.

g) Infracción al literal a) del Rubro 3 "Usos" del artículo 291° del RSSO

La recurrente indica que no incurrió en infracción administrativa, toda vez que el Comité de Seguridad y Salud Ocupacional¹⁶ de la Unidad Minera "Yauliyacu" no pudo ejercer sus funciones debido a inconvenientes en la elección de su presidente. Agrega que de acuerdo al RSSO, el Comité es el responsable de aprobar las nuevas labores que harán uso de ANFO.

Así, recién en junio de 2017 se elige al Gerente General como presidente del citado Comité, y a partir de esa fecha ejercieron sus funciones aprobando el uso de ANFO en agosto de 2017. Actualmente, de acuerdo a la modificación del RSSO, el uso de ANFO lo aprueba el Gerente General, lo cual otorga mayor operatividad y dinamicidad a las operaciones de la mina.

Asimismo, señala que en el Informe Técnico que adjuntó a sus descargos al inicio del procedimiento, se observan los resultados de las mediciones a las labores que actualmente se vienen trabajando, las cuales cumplen lo dispuesto en el Anexo 36 del RSSO. Además, indica que el 23 de enero de 2018 presentó el Acta de Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo del 10 de agosto de 2017 que aprobó la ampliación del uso de ANFO así como el Informe Técnico de Actividades a desarrollar con explosivos en la Unidad Minera Yauliyacu del mes de agosto de 2017, suscrito por el ingeniero [REDACTED]

¹⁶ La recurrente manifiesta que en el año 2016 se realizaron las coordinaciones con el Sindicato Mayoritario de la Unidad Minera "Yauliyacu" para la elección de los representantes de los trabajadores ante el Comité de Seguridad y Salud Ocupacional.

8. A través del escrito presentado el 7 de agosto de 2018, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700049784, LOS QUENUALES adjuntó copia de la presentación efectuada durante la participación en el informe oral realizado el 7 de agosto de 2018. Los argumentos indicados en dicho escrito han sido detallados en el numeral anterior.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la incorrecta calificación de su recurso de reconsideración

9. Sobre lo sostenido en el literal a) del numeral 7 de la presente resolución, corresponde señalar que mediante el Oficio N° 131-2018-OS-GSM notificado a la recurrente el 7 de marzo de 2018, la GSM calificó el recurso de reconsideración presentado como uno de apelación.

Al respecto, la GSM indicó que sólo procede considerar como nueva prueba aquel medio probatorio relacionado con los hechos materia de infracción no evaluado en el acto administrativo impugnado, y que justifique la revisión del análisis efectuado para la determinación de la responsabilidad administrativa. En ese sentido, precisó que el Informe N° 123-2018-MEM-DGM/DNM del 31 de enero de 2018 presentado por LOS QUENUALES no calificaba como nueva prueba, toda vez que fue elaborado con posterioridad a la emisión de la resolución apelada.

En efecto, es importante hacer mención que la nueva prueba debe demostrar hechos anteriores a la emisión de la resolución impugnada, lo cual no ocurrió en el presente caso.¹⁷ Por lo tanto, la GSM, en virtud al artículo 221° del T.U.O. de la Ley N° 27444, el cual establece que el error en la calificación del recurso por parte del administrado no será obstáculo para su tramitación siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter, procedió a calificar el recurso como uno de apelación y lo elevó a esta instancia.

Asimismo, cabe precisar que de la revisión del recurso interpuesto por la administrada se advierte que este se sustenta en diferente interpretación de las pruebas producidas y en cuestiones de puro derecho, tal como lo establece el artículo 218° de la citada norma; por lo tanto, a juicio de este Tribunal la calificación efectuada es correcta.

Sobre la supuesta alegada falta de competencia del órgano instructor y la indebida motivación de la resolución impugnada

10. Respecto a lo alegado en el literal a) al f) del numeral 2, a) al c) del numeral 6 y b) del numeral 7 de la presente resolución, cabe precisar que el artículo 2° de la Resolución de Consejo

¹⁷ Lo señalado en el párrafo anterior, se sustenta en el análisis realizado por la Gerencia Legal de este Organismo en torno al requisito de nueva prueba en los recursos de reconsideración, contenido en los numerales 3, 4 y 5 del Informe N° GL-013-2010 de fecha 23 de febrero de 2010:

"(...) 3. Por ello, la nueva prueba, requisito de procedibilidad del recurso de reconsideración, que nuestro ordenamiento ha adoptado por exigir a diferencia de otros, estará constituida por aquel hecho cierto, materializado en un medio probatorio nuevo y que no ha sido materia de evaluación en el acto administrativo anterior, por lo que su valoración justifica la revisión del análisis efectuado o el cambio de criterio por parte de la autoridad, quien deberá considerar el caso bajo un nuevo elemento de juicio, que no pudo o estuvo en condiciones de evaluar. Solo así se justifica que la misma autoridad administrativa tenga la potestad de revisar su propio análisis.

4. De ello, debemos entender, contrario sensu, que no se cumplirá con el requisito cuando el nuevo medio probatorio presentado se respalde en hechos generados con posterioridad a la fecha de emisión de la resolución objeto de impugnación, toda vez que ello no será considerando como una revisión del análisis efectuado que amerite la posterior modificación del criterio, sino, un nuevo pronunciamiento por parte de la autoridad, al someter a su apreciación nuevos medios probatorios respecto de hechos no existentes al momento de la tramitación del procedimiento anterior, lo cual, no sólo desnaturaliza la reconsideración, sino resulta, a todas luces, discordante con los principios generales del Derecho que rigen nuestro procedimiento administrativo general.

5. Por lo expuesto, coincidimos con el criterio adoptado por la primera instancia, según el cual no se cumplirá con el requisito de la nueva prueba, en los términos de la Ley N° 27444, cuando ésta sea la materialización de hechos ocurridos con posterioridad a la emisión del acto materia de reconsideración"
(Subrayado agregado)

Directivo N° 218-2016-OS/CD¹⁸, modificada por Resolución N° 10-2017-OS/CD¹⁹, regula que la instrucción de los procedimientos administrativos relacionados a los agentes supervisados está a cargo de la División de Supervisión de la Gran Minería y de la División de Supervisión de la Mediana Minería, según corresponda a la clasificación de los agentes supervisados determinada por la Gerencia de Supervisión Minera, según la normativa aplicable y conforme a lo siguiente²⁰:



Agentes supervisados por	Instrucción	Sanción
La División de Supervisión de la Gran Minería *Exploración, explotación, beneficio, transporte minero y almacenamiento de concentrados en la minería metálica y no metálica, en el ámbito de la gran minería.	Gerente de Supervisión de la Gran Minería	Gerente de Supervisión Minera
La División de Supervisión de la Mediana Minería *Exploración, explotación, beneficio, transporte minero y almacenamiento de concretados en la minería metálica y no metálica en el ámbito de la mediana minería *Exploración, transporte o almacenamiento de concentrados que no involucren el desarrollo de actividades de producción. *Explotación de minerales no metálicos como única actividad.	Gerente de Supervisión de la Mediana Minería	

Cabe precisar que la clasificación de los agentes supervisados conforme a la Resolución N° 10-2017-OS/CD garantiza la debida separación entre la fase instructora (Divisiones) y la sancionadora (Gerencia de Supervisión Minera) quien determina la responsabilidad administrativa del agente supervisado según la exigencia establecida por el Principio del Debido Procedimiento previsto en el numeral 2 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444.

De acuerdo a las disposiciones antes citadas, la Gerencia de Supervisión Minera es quien determina la clasificación de agentes supervisados de la gran y mediana minería, para fines de actuación de las Divisiones de Supervisión de la Gran Minería o Mediana Minería. En ese sentido, la Gerencia de Supervisión Minera ha utilizado el criterio de capacidad instalada de producción y/o beneficio para efectos de clasificar a los agentes supervisados.

Conforme ha sido señalado en la resolución apelada, el criterio de capacidad instalada de producción y/o beneficio se encuentra previsto en el literal g) del artículo 1° del Decreto

¹⁸ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 13 de setiembre de 2016.

¹⁹ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 26 de enero de 2017.

²⁰ Resolución de Consejo Directivo N° 218-2016-OS/CD, modificada por Resolución N° 10-2017-OS/CD

Artículo 2.- Órganos instructores y sancionadores en minería

2.1 La Gerencia de Supervisión Minera es el órgano sancionador de las actividades del sector minero bajo el ámbito de competencia de OSINERGMIN. La instrucción de los procedimientos administrativos relacionados a los agentes supervisados está a cargo de la División de Supervisión de la Gran Minería y de la División de Supervisión de la Mediana Minería, según corresponda a la clasificación de los agentes supervisados determinada por la Gerencia de Supervisión Minera, según la normativa aplicable y conforme a lo siguiente:

Agentes supervisados por	Instrucción	Sanción
La División de Supervisión de la Gran Minería Exploración, explotación, beneficio, transporte minero y almacenamiento de concentrado de minería metálica, en el ámbito de la gran minería.	Gerente de Supervisión de la Gran Minería	Gerente de Supervisión Minera
La División de Supervisión de la Mediana Minería Exploración, explotación, beneficio, transporte minero y almacenamiento de concentrado de minería metálica y no metálica, en el ámbito de la mediana minería. Exploración, transporte o almacenamiento de concretados que no involucren el desarrollo de actividades de producción. Explotación de minerales no metálicos como única actividad.	Gerente de Supervisión de la Mediana Minería	

Supremo N° 002-91-EM/DGM, el artículo cuarto del Decreto Legislativo N° 33 y el artículo 91° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, que clasifica a los pequeños productores mineros y productores mineros artesanales en función de la capacidad instalada de producción y/o beneficio.

Estas disposiciones fueron consideradas de manera referencial para la clasificación de los agentes supervisados en la Resolución N° 10-2017-OS/CD, de manera que el criterio de clasificación determinado por la GSM no está condicionado a la vigencia de otros dispositivos normativos y sólo es aplicable para fines de la actuación de las Divisiones según lo señalado en la citada resolución, relacionada estrictamente con la organización de OSINERGMIN. De otro lado, la derogación tácita del Decreto Legislativo N° 33 no afecta la clasificación determinada por la Gerencia de Supervisión Minera. Además, el criterio de clasificación adoptado por OSINERGMIN opera desde la creación de las Divisiones de la Gerencia de Supervisión Minera dispuesta en la Resolución de Consejo Directivo N° 036-2016-OS/CD publicada el 2 de marzo de 2016; es decir con anterioridad a la comunicación²¹ de la derogación tácita del citado Decreto Legislativo.

Por lo tanto, de acuerdo a la normativa que se tuvo de referencia, tales como el Decreto Supremo N° 002-91-EM/DGM, entre otras, la Gerencia de Supervisión Minera estimó conveniente determinar las instancias instructoras en los procedimientos administrativos sancionadores bajo su competencia, clasificando a los titulares mineros como de la gran minería y la mediana minería. Asimismo, consideró conveniente aplicar el criterio que considera el rango de capacidad instalada de producción y/o beneficio de los agentes que realizan actividades mineras, según el cual >350 TM/día hasta 5000 TM/día, corresponde a la mediana minería; y >5000 TM/día, corresponde a la gran minería, para lo cual se consideran todas las unidades y plantas de beneficio y/o refinación del titular minero.²²

En ese orden de ideas, corresponde mencionar que si bien la administrada ha presentado el Informe N° 123-2018-MEM-DGM/DNM del 31 de enero de 2018, emitido por la Dirección Normativa de Minería del Ministerio de Energía y Minas, donde se señala que no existe una norma o dispositivo legal vigente que señale de manera clara y fehaciente los parámetros y/o

²¹ La derogación tácita fue señalada en el Oficio N° 252-2016-MINCETUR/SG del 23 de marzo de 2016, emitido por el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

²² Actualmente, mediante la Resolución N° 035-2018-OS/CD publicada el 27 de febrero de 2018 se establecieron las instancias competentes en los procedimientos administrativos tramitados por la Gerencia de Supervisión Minera. Así, en el sexto, séptimo y octavo párrafo de sus considerandos se señaló que el criterio utilizado para clasificar a los agentes supervisados es: i) la capacidad instalada, prevista en el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM para el pequeño productor minero y productor minero artesanal; y ii) los rangos de 350 TM/día hasta 5000 TM/día o su equivalente, que las Jefaturas Regionales²² de Minería utilizaban para calificar al mediano productor minero. Además, se precisa que dicho criterio viene siendo utilizado por la Gerencia de Supervisión Minera desde que se determinó la actuación de las Divisiones de Supervisión de la Gran Minería y la Mediana Minería como órganos instructoras.

Es así que, en la Resolución N° 035-2018-OS/CD, se precisaron las autoridades a cargo de la fase instructora y sancionadora, las cuales se detallan a continuación:

Agentes	Autoridad instructora	Autoridad sancionadora
Agentes que realizan actividades supervisadas en el ámbito de la gran minería (capacidad instalada de producción y/o beneficio mayor a 5000 TM/día).	División de Supervisión de la Gran Minería	Gerencia de Supervisión Minera
Agentes que realizan actividades supervisadas en el ámbito de la mediana minería (capacidad instalada de producción y/o beneficio mayor a 350 TM/día y hasta 5000 TM/día).	División de Supervisión de la Mediana Minería	Gerencia de Supervisión Minera
Agentes que sólo realicen actividades supervisadas de exploración, explotación de minería no metálica o almacenamiento de concentrado de minerales. Otros agentes supervisados que no se encuentren en el ámbito de supervisión de la División de Supervisión de la Gran Minería.	División de Supervisión de la Mediana Minería	Gerencia de Supervisión Minera

criterios para la distinción entre mediana y gran minería; es función de OSINERGMIN, de acuerdo a lo regulado por el literal c) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley N° 27332²³, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos y al literal b) del artículo 9° de la Ley N° 26734, modificado por Ley N° 28964²⁴, determinar las instancias competentes para el ejercicio de la función sancionadora, por lo que, en atención a ello, esta entidad consideró pertinente efectuar dicha división.



Por lo tanto, la determinación del criterio de clasificación de mediana y gran minería corresponde a OSINERGMIN, quien dentro de sus competencias como organismo regulador se encuentra facultado a definir las instancias competentes en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados en la Gerencia de Supervisión Minera. Dicha atribución garantiza la exigencia dispuesta en el numeral 252.1 del artículo 253° del T.U.O. de la Ley N° 27444, pues en los procedimientos seguidos en la gerencia antes citada se diferencia entre la autoridad instructora (Gerencias de Supervisión Mediana y Gran Minería) y la autoridad sancionadora (Gerencia de Supervisión Minera).



Ahora bien, la administrada ha alegado que solo se encuentra operando la planta de beneficio Casapalca²⁵ de capacidad instalada de producción y/o beneficio de 4200 TM/día, la cual no supera el límite de producción, por lo que de ser el caso, le correspondería la calificación de mediana minería. En consecuencia, el órgano instructor del procedimiento administrativo sancionador debió ser la División de Supervisión de Mediana Minería.

Al respecto, en el Informe Oral llevado a cabo el 7 de agosto de 2018, LOS QUENUALES manifestó que cuenta con tres (3) plantas concentradoras y/o beneficio, de las cuales solo "Casapalca 6 y Casapalca 8" de 4200 TMD se encuentra en operación y/o producción, lo que no sucede con las plantas concentradoras y/o beneficio "Concentradora Iscaycruz" de 4500 TM/d y "Rosaura" de una capacidad de 2000 TM/d.

En efecto, la recurrente a través del escrito de registro N° 201700049784 del 31 de julio de 2018, presentó el Informe N° 155-2015-MEM-DGM-DTM-PCM del 4 de noviembre de 2015, que sustentó la Resolución N° 540-2015-MEM-DGM/V de la misma fecha, de cuya revisión se advierte que la autoridad administrativa autorizó a la suspensión temporal de las actividades mineras de la unidad minera "Iscaycruz" por el plazo de tres (3) años, con fecha de vencimiento 15 de noviembre de 2018.

²³ 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. (...)"

²⁴ Ley N° 26734

"Artículo 9.- Funciones del Consejo Directivo

Son funciones del Consejo Directivo: (...)

b) Resolver en última instancia administrativa los conflictos derivados de la realización de las actividades en el ámbito de su competencia. En los casos que exista recurso impugnativo que tenga por objeto la resolución de un conflicto intersectorial en materia ambiental que requiera dirimencia, la última instancia administrativa será el Consejo Nacional del Ambiente (CONAM). El Consejo Directivo del OSINERGMIN aprobará el procedimiento administrativo sancionador que corresponda aplicar y determinará las instancias competentes para el ejercicio de la función sancionadora en concordancia con los principios del procedimiento sancionador recogidos en la Ley N° 27444."

²⁵ También denominada "Casapalca 6 y Casapalca 8".

Asimismo, respecto a la Planta Concentradora “Rosaura” (planta y presa de relaves) refiere que se encuentra actualmente paralizada, lo cual fue constatado en la supervisión especial realizada por OSINERGMIN el 27 de junio de 2014, por lo que adjuntó a su recurso de apelación el Informe de Supervisión vinculado a dicha visita, ya que en la Resolución N° 142-2018 el TASTEM sostuvo que no acreditó la inoperatividad de dicha Planta. En efecto, cabe agregar que en la citada resolución este Tribunal advirtió la falta de pruebas para acreditar la inoperatividad de la Planta Concentradora “Rosaura”; sin embargo, corresponde precisar que el criterio de clasificación de los agentes supervisados es el de capacidad instalada de producción y/o beneficio (autorizada) el cual ha sido utilizado por las Gerencias de Supervisión de Mediana y Gran Minería, tal como ha sido expuesto en los párrafos precedentes. Así tenemos que la capacidad instalada (autorizada) no está condicionada a la producción efectiva o el funcionamiento de la planta.



De acuerdo a lo expuesto, mientras una planta cuente con una capacidad instalada autorizada vigente, esta se mantiene para fines de la calificación como agente en el ámbito de la mediana o gran minería. Por lo tanto, el hecho que la planta produzca por debajo de su capacidad instalada autorizada o que se encuentre paralizada, no afecta la clasificación de mediana o gran minería realizada sobre la base de ésta.



Por lo tanto, no se advierte afectación alguna a lo dispuesto en el T.U.O. de la Ley N° 274444, por cuanto se ha verificado una actuación independiente entre las autoridades competentes, en este caso, la autoridad instructora fue la Gerencia de Supervisión de Gran Minería y la autoridad sancionadora la Gerencia de Supervisión Minera). Cabe precisar que la delimitación de competencias y clasificación de los agentes supervisados en el sector minero, vinculados a los procedimientos administrativos sancionadores que se tramitan en OSINERGMIN, fue debidamente sustentada en la resolución apelada, por lo que no existe vulneración a los Principios del Debido Procedimiento y Ejercicio Ilegítimo de Poder como sostiene la recurrente.

Sobre la supuesta vulneración al Principio de Tipicidad e Irretroactividad

11. Respecto a lo alegado en el literal c) del numeral 7 de la presente resolución, debe indicarse que el Principio de Tipicidad, contemplado en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, modificado por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, dispone que constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía, siendo factible que las disposiciones reglamentarias de desarrollo puedan especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria²⁶.

Dicho esto, se debe señalar que mediante los literales c) y d) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privadas en los Servicios Públicos, se estableció que los Organismos Reguladores cuentan con la función normativa, que les faculta a tipificar infracciones y aprobar su propia escala de sanciones; y la

²⁶ Ley N° 27444, modificado por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

función fiscalizadora y sancionadora, que comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión²⁷.

A través del artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, se estableció que el Consejo Directivo de este Organismo se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, graduar las sanciones, así como aprobar su respectiva escala de multas y sanciones²⁸.

Acorde con dicho marco legal, el Consejo Directivo de OSINERGMIN emitió la Resolución N° 286-2010-OS/CD, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29 de diciembre de 2010, cuyo Anexo aprobó el Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras, en el cual se tipifica como infracción, entre otras, el incumplimiento de diversas disposiciones del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM, y se establece la sanción aplicable. (Subrayado agregado)

Además, es importante indicar que de acuerdo al Principio de Irretroactividad recogido en el numeral 5 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar.

De acuerdo a ello, en el presente caso se imputó a la apelante las infracciones tipificadas en los numerales 1.1.10 y 3.6 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD, vigente al momento en que LOS QUENUALES incurrió en las conductas a sancionar (supervisión del 2 al 5 de marzo de 2017), tal como se advierte en el Oficio N° 781-2017 mediante el cual se le notificó el presente procedimiento administrativo sancionador, obrante a fojas 50 del expediente.

Al respecto, se constata que los hechos verificados durante la supervisión realizada del 2 al 5 de febrero de 2017, tales como: i) no mantener una circulación de aire en cantidad suficiente de acuerdo con el total de HP del equipo con motor de combustión interna en la labor Tj. Rp.

²⁷ 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."

d) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión; (...)"

²⁸ Ley N° 27699

"Artículo 1.- Facultad de Tipificación

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

Sin perjuicio de lo mencionado en el párrafo anterior, el Consejo Directivo del OSINERG se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas así como a graduar las sanciones, para lo cual tomará en cuenta los principios de la facultad sancionadora contenidos en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

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

El Consejo Directivo del OSINERG establecerá el procedimiento de comiso así como el destino donación o destrucción de los bienes comisados."

639 (-) Nv. 3900 Sección V; y, ii) no contar con la autorización para usar ANFO en las labores Tj. 683 Nv. 1700 – Sección IV, Tj. 2018 Nv. 3300 – Sección V, Vn. 818 – 4 Nv. 1900 – Sección IV, Gl. 231 N Nv. 1200 – Sección II, Cx. 525 Nv. 800 – Sección II, Rp. 739 (-) Nv. H3 – Sección I, SN. 582 – 2S Nv. 800 – Sección III, Rp. 640 (+) Nv. 3600 – Sección V y Rp. 639 Nv. 3900 – Sección V, se subsumen en los supuestos de hechos de las obligaciones normativas previstas en el artículo 248° y en el literal a) del Rubro 3 “Usos” del artículo 291° del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM.



Además, los hechos imputados se adecúan a las conductas típicas descritas en los numerales 1.1.10 y 3.6 del Rubro B del Anexo del Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional aprobado por la Resolución N° 286-2010-OS/CD, el cual está vinculado a aspectos de ventilación y agentes de voladura en las labores mineras. Por lo tanto, los incumplimientos fueron debidamente imputados, de acuerdo al Principio de Tipicidad, toda vez que los hechos verificados constituyen incumplimientos de las obligaciones normativas previstas en el literal b) del artículo 246° y en el literal a) del Rubro 3 “Usos” del artículo 291° del RSSO, los cuales se encuentran tipificados en los numerales 1.1.10 y 3.6 del Rubro B del Cuadro de la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras, conforme se indicó en el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador notificado a través del Oficio N° 781-2017 el 3 de mayo de 2017.



Adicionalmente, tal como lo ha sostenido la GSM en la resolución impugnada, las obligaciones previstas en el anterior RSSO (Decreto Supremo N° 055-2010-EM) son las mismas que las dispuestas en el RSSO vigente y aplicable al presente caso (Decreto Supremo N° 024-2016-EM), lo cual además fue informado a LOS QUENUALES al inicio del presente procedimiento, por lo que resulta evidente que se trata de conductas cuyo incumplimiento configura infracción sancionable conforme al Cuadro de la Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras aprobado por Resolución N° 2016-OS/CD, vigente al momento de ocurrencia de los incumplimientos. Además, dichas infracciones han sido incorporadas también en la actualización del citado Cuadro, aprobada mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD.

En ese sentido, se concluye que el pronunciamiento de la primera instancia ha respetado los principios de Tipicidad e Irretroactividad, por lo que no existe causal para declarar la nulidad de la resolución impugnada, debiendo declarar infundado este extremo del recurso de apelación.

Sobre la presunta trasgresión al Principio de Irretroactividad y eximente de responsabilidad

12. Respecto a lo alegado en los literales d) y e) del numeral 7 de la presente resolución, cabe señalar que mediante el Decreto Legislativo N° 1272 publicado el 21 de diciembre de 2016, se modificó la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, disponiéndose en el literal f) del numeral 1 del artículo 236°-A de la mencionada Ley que constituye una condición eximente de la responsabilidad por infracción, la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 235° del aludido cuerpo legal. (Subrayado agregado)²⁹

²⁹ Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
Artículo 236-A.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones
1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1272, dispuso que las entidades tendrán un plazo de sesenta (60) días, contado desde la vigencia del citado Decreto Legislativo para adecuar sus procedimientos especiales, según lo previsto en el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444³⁰.

Es así que OSINERGMIN, en ejercicio de sus funciones normativas, dispuestas por el inciso c) del artículo 3° de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos³¹ y el artículo 3° de la Ley N° 27699 - Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN³², a través de la Resolución N° 040-2017-OS/CD ha regulado los incumplimientos que no son pasibles de subsanación voluntaria, considerando para ello las características y naturaleza de las obligaciones exigidas y su condición de normas de orden público conforme a la normativa vigente.

De acuerdo a ello, en el literal h) del numeral 15.3 del artículo 15° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD³³, OSINERGMIN ha dispuesto que no es pasible de subsanación aquellos incumplimientos relacionados con procedimientos o estándares de trabajo calificados como de alto riesgo, normas que establecen parámetros de medición, límites o tolerancias, tales como, normas de control de calidad, control metrológico, peso neto de cilindros de GLP, parámetros de aire o emisión, existencias, entre otros. Es el caso, el incumplimiento al artículo 248° del RSSO, materia de imputación en el presente procedimiento, el cual está vinculado al monitoreo de los parámetros de ventilación (cobertura de aire) en las labores mineras. (Subrayado agregado)

En ese sentido, tal como lo expuso la GSM en la resolución impugnada, el cálculo de cobertura de aire supone una condición única cuyo resultado es inmediato, por lo que un nuevo cálculo, posterior al verificado durante la supervisión, reflejará una condición de ventilación, distinta que no subsana el "defecto" (incumplimiento de la cobertura de aire) detectado durante la supervisión del 2 al 5 de marzo de 2017, tal como se verifica en el Formato N° 9 denominado

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

³⁰ Decreto Legislativo N° 1272

Disposiciones Complementarias Transitorias

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

³¹ 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."

³² 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."

³³ Resolución N° 040-2017-OS/CD, vigente desde el 19 de marzo de 2017, antes del inicio del presente procedimiento administrativo sancionador.

"Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción

15.3 No son pasibles de subsanación: (...)

h) Incumplimientos relacionados con procedimientos o estándares de trabajo calificados como de alto riesgo, normas que establecen parámetros de medición, límites o tolerancias, tales como, normas de control de calidad, control metrológico, peso neto de cilindros de GLP, parámetros de aire o emisión, existencias, entre otros. (...)"

“Cálculo de Cobertura en Labores Específicas”, obrante a fojas 26 y 27 del expediente y que fue suscrito por los representantes de LOS QUENUALES.



Pues bien, conforme lo señalado por la GSM, el RSSO ha fijado un parámetro legal de cobertura de aire (cantidad expresada en porcentaje) de acuerdo con el número de trabajadores y el total de HP de equipos con motores de combustión interna. Dicho parámetro constituye una norma de orden público, de manera que el desarrollo de actividades mineras que no respete el mismo se encuentra prohibido, por lo que admitir su incumplimiento –tolerancia por debajo del parámetro- atenta contra la finalidad misma. En efecto, el parámetro legal exigido por el RSSO es una condición mínima de seguridad de cumplimiento obligatorio y constante, cuya finalidad es garantizar el desarrollo adecuado de las actividades mineras en el interior de la mina, que incluye espacios confinados (labores ciegas) calificados como de alto riesgo, en las cuales no es admisible la falta de aire.



Conforme se observa de lo anterior, la infracción al literal b) del artículo 246° del RSSO por su propia naturaleza no es pasible de subsanación, por lo que no corresponde la aplicación de la eximente de responsabilidad previsto en el inciso f) del numeral 236-A de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272 y el inciso f) del numeral 1 del artículo 255° del T.U.O. de la citada Ley.

De otro lado, cabe precisar que el Principio de Irretroactividad contenido en el numeral 5 del artículo 230° de la Ley N° 27444 y modificatorias, alcanza únicamente a las disposiciones referidas a la tipificación de la infracción, como a la sanción y plazos de prescripción; por lo que no resulta procedente alegar la aplicación del referido principio.

No obstante lo expuesto, las acciones correctivas realizadas por la recurrente a fin de cumplir con la obligación establecida en el literal b) del artículo 246° del RSSO, si bien no la eximen de responsabilidad, sí fueron consideradas en el cálculo de la multa impuesta.

En efecto, de acuerdo al numeral 5.1 de la resolución recurrida, se advierte que la GSM consideró lo dispuesto en el inciso g.3) del literal g) del numeral 25.1 del artículo 25° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD³⁴, el cual establece que para los supuestos indicados en el numeral 15.3 del artículo 15° (incumplimientos no pasibles de subsanación), constituye un factor atenuante la realización de acciones correctivas debidamente acreditadas por parte del Agente Supervisado para cumplir con la obligación infringida hasta la presentación de los descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador. En estos casos, el factor atenuante será de -5%.

Por lo tanto, en este caso se aplicó el citado atenuante sobre la multa base como parte del criterio de circunstancias de la comisión de la infracción, toda vez que LOS QUENUALES mediante escritos del 22 de mayo de 2016 informó las acciones correctivas a fin de mejorar la circulación de aire en las labores materia del hecho constitutivo de infracción.

³⁴ Resolución N° 040-2017 OS/CD

Artículo 25.- Graduación de multas

25.1 En los casos en que la multa prevista por el Consejo Directivo como sanción tenga rangos o topes de aplicación, se utilizan, según sea el caso, los siguientes criterios de graduación: (...)

g) Circunstancias de la comisión de la infracción. Para efectos del cálculo de la multa se consideran los siguientes factores atenuantes: (...)

g.3) Para los supuestos indicados en el numeral 15.3 del artículo 15, constituye un factor atenuante la realización de acciones correctivas, debidamente acreditadas por parte del Agente Supervisado, para cumplir con la obligación infringida hasta la presentación de los descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador. En estos casos, el factor atenuante será de -5%.

Ahora bien, en cuanto a la infracción al literal a) del Rubro 3 "Usos" del artículo 291° del RSSO, si bien en este caso no se configura ninguno de los supuestos previstos en el numeral 15.3 del artículo 15° del RSFS que no son pasibles de subsanación, no resulta procedente admitir la subsanación voluntaria y consecuente eximente de responsabilidad, toda vez que LOS QUENUALES no subsanó el defecto al no obtener la autorización del órgano competente para usar ANFO en las labores materia de imputación antes del inicio del presente procedimiento administrativo sancionador.



Por otra parte, en cuanto a que en procedimientos similares el TASTEM resolvió eximir de responsabilidad a su empresa aplicando la subsanación voluntaria, se debe indicar que aquellos pronunciamientos fueron emitidos de acuerdo a la normativa vigente al momento de resolver los procedimientos administrativos sancionadores respectivos, periodo en el cual aún no se encontraba vigente la Resolución N° 040-2017-OS/CD.



Sin embargo, en este caso y de acuerdo a la evaluación realizada por la GSM, en la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador para la infracción al literal b) del artículo 246° del RSSO correspondía la aplicación de lo dispuesto en el literal h) del numeral 15.3 del artículo 15° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD.

Asimismo, corresponde agregar que según el artículo VI del T.U.O. de la Ley N° 27444, los actos administrativos que interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria para la entidad al momento de resolver un caso particular. Para ello, dichos actos deberán ser publicados conforme a las reglas establecidas para dichos fines. En ese sentido, cabe precisar que los pronunciamientos del TASTEM a los que hace referencia la recurrente no han sido constituidos como precedentes administrativos de observancia obligatoria.

Adicionalmente, la Resolución N° 040-2017-OS/CD era de cumplimiento obligatorio para OSINERGMIN, las Empresas Supervisoras y los agentes Supervisados, en el marco de las funciones supervisora, fiscalizadora y sancionadora bajo competencia de este Organismo Regulador. En ese sentido, la recurrente, como titular de las actividades del sector minería, cuenta con capacidad técnica y administrativa para conocer e interpretar correctamente las leyes, normas y procedimientos vigentes aplicables; motivo por el cual resulta razonable que pueda determinar qué conductas constituyen infracción que corresponde sancionar conforme a la normativa vigente.

En consecuencia, se advierte que el procedimiento especial aplicable por OSINERGMIN y, aprobado mediante Resolución N° 040-2017-OS/CD ha respetado las disposiciones contenidas en el T.U.O. de la Ley N° 27444 y no ha dispuesto ninguna condición menos favorable para los administrados³⁵, por lo que el pronunciamiento de la primera instancia fue emitido cumpliendo el marco normativo aplicable y atendiendo a la naturaleza de los incumplimientos materia de imputación, no habiéndose configurado causal alguna para declarar la nulidad de la resolución impugnada, ni el archivo del presente procedimiento administrativo sancionador.

En ese sentido, se debe declarar infundado el recurso de apelación en este extremo.

³⁵ En efecto, no se ha trasgredido lo dispuesto por el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444 y modificatorias, que establece que las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente ley, ya que conforme se explicó la infracción materia de análisis no admite subsanación alguna.

Con relación a las supuestas infracciones al RSSO

13. En cuanto a lo sostenido en los literales f) y g) del numeral 7 de la presente resolución, cabe precisar que 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 la administrada sea la responsable de la comisión de la infracción administrativa.³⁶



Ahora bien, de un lado el literal b) del artículo 246° del RSSO, dispone lo siguiente:

“Artículo 246.- El titular de actividad minera velará por el suministro de aire limpio a las labores de trabajo de acuerdo a las necesidades del trabajador, de los equipos y para evacuar los gases, humos y polvo suspendido que pudieran afectar la salud del trabajador, así como para mantener condiciones termo-ambientales confortables. (...) Además debe cumplir con lo siguiente: (...)

b) En todas las labores subterráneas se mantendrá una circulación de aire limpio y fresco en cantidad y calidad suficientes de acuerdo con el número de trabajadores, con el total de HPs de los equipos con motores de combustión interna, así como para la dilución de los gases que permitan contar en el ambiente de trabajo con un mínimo de diecinueve punto cinco por ciento (19.5%) de oxígeno. (...) (Subrayado agregado)

Por otra parte, el literal a) del Rubro 3 “Usos” del artículo 291° del RSSO, vigente al momento de ocurrir los hechos materia de infracción, establece textualmente lo siguiente:

Artículo 291.- El almacenamiento, transporte y uso de los agentes de voladura estará bajo la supervisión de un personal competente, experimentado y autorizado.

Para el caso de ANFO se tendrá en cuenta lo siguiente: (...)

3. Usos:

a) El uso de ANFO en minas subterráneas requerirá la aprobación del Comité de Seguridad y Salud Ocupacional de la unidad minera, de conformidad a los requisitos establecidos en el ANEXO 36. (...)

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 administrativa³⁷.

³⁶ 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.”

³⁷ 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

Por tales motivos, el numeral 13.2 del artículo 13° del RSFS, vigente al momento de iniciar el presente procedimiento, indica que el contenido del Acta de Supervisión se tiene por cierto, salvo prueba en contrario³⁸.



De ahí que, si bien dentro del procedimiento sancionador la carga de la prueba recae sobre la Administración, una vez acreditada la comisión del ilícito en función a las pruebas de cargo obrantes en el expediente y, por tanto, desvirtuados los efectos del Principio de Presunción de Licitud, regulado en el numeral 9 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, es responsabilidad del administrado ejercer su derecho de defensa y aportar los medios probatorios que desvirtúen el contenido de la prueba de cargo³⁹.

Bajo este marco legal, OSINERGMIN, en ejercicio de sus funciones, del 2 al 5 de marzo de 2017 realizó una visita de supervisión a la unidad minera “Yauliyacu” de titularidad de la recurrente, conforme se aprecia del Acta de Supervisión obrante de fojas 3 a 5 del expediente. De acuerdo a dicho documento, durante la supervisión se constató lo siguiente:



N°	HECHOS CONSTATADOS
1	<p><i>Al realizar el cálculo de caudal de aire requerido en las labores de trabajos subterráneos, se verificó que la labor que a continuación se mencionan no cumplen con mantener la cantidad de aire suficiente que se requiere de acuerdo a la cantidad de personal y HPs de los equipos con motores de combustión interna que se utilizan:</i></p> <p>1) Rp. 639 (-) Nv. 3900 – Sección V <i>Velocidad Medida: 26.40 m/min Ancho de labor: 4.23 m Alto de labor: 3.98 m Factor de corrección: 0.95 Área: 15.99 m² Caudal medido: 422.14 m³/min Requerimiento de aire por persona: 6 m³/min Requerimiento de aire para equipo: 495 m³/min Cobertura: 84.26%</i></p> <p><i>Por lo tanto el titular minero incumple el RSSO</i></p>
2	<p><i>Durante la supervisión se verificó la relación de labores para las que se solicita la autorización de uso de ANFO aprobadas por el Comité de Seguridad y Salud Ocupacional, se encontró en operación y se constató que una (1) de ellas no corresponde al Nivel indicado en dicha relación, se menciona la labor siguiente:</i></p> <p><i>- Tj. 683 Nv. 1700 – Sección IV</i></p> <p><i>En consecuencia esta labor no ha sido autorizada para el uso de ANFO.</i></p>
	<p><i>Se verificaron 11 labores operativas y de avance y explotación durante la supervisión, de los cuales las siguientes labores no estaban incluidas en la relación para las que se solicita la autorización de uso de ANFO aprobadas por el Comité de Seguridad y Salud Ocupacional.</i></p>

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.”

³⁸ RSFS

“Artículo 13.- Acta de supervisión

(...)

13.2 El Acta de Supervisión incluye necesariamente la siguiente información: lugar, fecha, hora de inicio y fin de la diligencia; el nombre o razón social del Agente Supervisado; el nombre, firma y documento de identidad de las personas participantes cuando puedan ser identificadas; así como los hechos constatados. Su contenido se tiene por cierto, salvo prueba en contrario. (...)”

³⁹ T.U.O. de la Ley N° 27444

“Artículo 246°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario. (...)”

- Tj. 2018 Nv. 3300 – Sección V (...)
- Vn. 818-4 Nv. 1900 – Sección IV
- Gl. 231 N Nv. 1200 – Sección II
- Cx. 525 Nv. 800 – Sección II
- Rp. 739 (-) Nv. H3 – Sección I
- SN. 582 – 2S Nv. 800 – Sección III
- Rp. 640 (+) Nv. 3600 – Sección V
- Rp. 639 (-) Nv. 3900 – Sección V

En consecuencia, estas labores no han sido autorizadas para el uso de ANFO.

Cabe señalar que el Acta de Supervisión en donde se consignaron los hechos constatados por los supervisores, funcionarios a quienes la norma reconoce condición de autoridad, tienen en principio veracidad y fuerza probatoria, al responder a una realidad de hecho apreciada directamente por los supervisores en ejercicio de sus funciones, quienes realizan sus labores conforme a los dispositivos legales pertinentes.

Asimismo, es importante precisar que los hechos constatados antes descritos son los que efectivamente fueron calificados como infracciones al literal b) del artículo 246° y literal a) del Rubro 3 “Usos” del artículo 291° del RSSO, tal como se desprende del Oficio N° 781-2017 notificado el 3 de mayo de 2017, a través del cual se inició el presente procedimiento administrativo sancionador a LOS QUENUALES.

Igualmente, obra a fojas 26 y 27 del expediente, el Formato N° 9 denominado “Cálculo de Cobertura en Labores Específicas”⁴⁰, emitido por los supervisores de OSINERGMIN, en los que se consignó la ubicación del punto de medición, la velocidad de aire (m/min), la longitud de la sección supervisada, la fecha y hora de medición, caudal de aire calculado y el requerimiento de caudal de aire para personas y equipos. El equipo utilizado para efectuar el monitoreo era un Termo Anemómetro/Sonda de hilo caliente, marca Testo 435 con sonda de hilo caliente (\emptyset 7.5 mm), serie Testo 435-4: 60212680/Sonda: 10336113, con fecha de calibración 19 de octubre de 2016. El Certificado de Calibración impreso obra a fojas 28 y 29 del expediente.

Asimismo, a fojas 39 a 47 del expediente obran los vales de control de explosivos en los que se verifica el uso de ANFO en las labores detalladas en el Acta de Supervisión.

Es importante señalar que los documentos antes citados fueron suscritos por los representantes de LOS QUENUALES, entre los que se encontraban el Jefe de Ventilación encargado y el Gerente de Programa de SSO. Cabe precisar que los hechos descritos, constatados por los supervisores de OSINERGMIN, también quedaron registrados en las vistas fotográficas que obran de fojas 7 a 12 del expediente, en las que se observa las mediciones de velocidad, ingreso y salida de aire en las labores inspeccionadas.

Ahora bien sobre la infracción al literal b) del artículo 246° del RSSO, la recurrente manifiesta que el 1 de marzo de 2017 (un día antes de la supervisión) efectuó el monitoreo de gases en la labor Rp. 639 del Nivel 4100, arrojando una lectura de oxígeno (O₂) de 20.8%, es decir superando lo dispuesto en la norma. Al respecto, cabe precisar que la presente imputación no está referida a los parámetros de (O₂), sino al incumplimiento de cobertura de aire de acuerdo al número de trabajadores y con el total de HP de los equipos con motores de combustión

⁴⁰ Para el cálculo de cobertura de aire (cantidad expresada en porcentaje), la velocidad de aire de la labor se multiplica por el área de la misma, dando como resultado el caudal (aire circulante expresado en m³/min), luego se establece el requerimiento de aire considerando el número de equipos (3m³/min por cada HP) y trabajadores (6m³/min por hombre) que se encuentran presentes en la labor.

interna. En este sentido, al no guardar relación directa con la imputación de cargos efectuada al inicio del procedimiento administrativo sancionador, este argumento no desvirtúa la responsabilidad de la recurrente.

Adicionalmente, la recurrente refiere que la velocidad de aire constatada constituye un hecho aislado, ya que en ese momento se encontraba en proceso de ejecución e implementación el proyecto correspondiente a la "Chimenea de Ventilación CH-7011-1"⁴¹ que abarca desde el nivel superior NV-3900 con Jumbo H281, que perfora taladros largos. Sobre este punto, se debe señalar que la obligación de mantener una velocidad mínima de aire se extiende a las labores de explotación, incluido el desarrollo y preparación en todo lugar donde haya personal trabajando. En tal sentido, el alcance de la norma se extiende a toda zona de trabajo en el interior de la mina de manera permanente, en este caso la operatividad de la Rp. 639 (-) Nv. 3900 Sección V se confirma con el Programa de avances de marzo de 2017 que obra a fojas 31 del expediente y con el ítem N° 17 del Formato N°8 denominado "Medición de Velocidad de Aire – Temperatura – Humedad", en el cual se anotó como observación el personal y el equipo que se encontraba en dicha labor.

Por otra parte, LOS QUENUALES indica que siempre ha garantizado la velocidad de aire requerida por la norma, que ha previsto la renovación de la red de mangas de ventilación a un diámetro uniforme de 32 y 36 pulgadas de diámetro, así como la hermetización del ventilador inyector de 30,000 cfm y que estos trabajos ya estaban previstos para el mes de marzo. Al respecto, es preciso indicar que las medidas adoptadas con posterioridad a lo detectado durante la visita de supervisión no la eximen de responsabilidad y sólo constituyen acciones correctivas que han sido consideradas como atenuantes en la graduación del cálculo de la sanción.

Con relación a la infracción al literal a) del Rubro 3 "Usos" del artículo 291° del RSSO, la recurrente sostiene que el Comité de Seguridad y Salud Ocupacional de la Unidad Minera "Yauliyacu" no pudo aprobar el uso de ANFO ya que hubo inconvenientes en la elección de su presidente y que recién en junio de 2017 se eligió al Gerente General como presidente del Comité, quien en agosto de 2017 autorizó su uso. Sobre el particular, es importante señalar que lo sostenido por LOS QUENUALES no desvirtúa el incumplimiento verificado, pues en virtud de lo dispuesto en el artículo 3° del RSSO los titulares de actividad minera se encuentran obligados a dar cumplimiento a todas sus disposiciones.

Por lo tanto, el hecho que se haya producido inconvenientes para que el Comité apruebe el uso de ANFO, no lo exonera de responsabilidad ni habilitaba la posibilidad de usar el ANFO en las labores sin antes contar previamente con la respectiva autorización. Cabe precisar que, en este caso, durante la visita de supervisión se constató que la recurrente usó ANFO en labores no autorizadas, tal como se puede observar en los vales de control de explosivos que obran de fojas 39 a 47 del expediente.

Asimismo, se debe indicar que no es objeto de imputación el incumplimiento del parámetro de velocidad de aire establecido en el RSSO. En ese sentido, el Informe Técnico que adjunta a sus descargos, donde se aprecia los resultados de mediciones de velocidad de aire en las labores supervisadas en este procedimiento, no desvirtúa la imputación vinculada al uso de

⁴¹ Señala que con la finalidad de cumplir con el requerimiento de aire fresco en el **SN 7011 N** se programó la construcción de una Chimenea de Ventilación en el Xx 7011 de 14.6 m con una inclinación de 90° (vertical) a ejecutarse por método VCR. El objetivo del proyecto es ingresar aire fresco mediante un ventilador Auxiliar de 30,000 cfm al **SN 7011 N**.

ANFO en labores no autorizadas que configura una infracción al literal a) del Rubro 3 "Usos" del artículo 291° del RSSO.

En cuanto al Acta de Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo del 10 de agosto de 2017 que aprobó la ampliación de labores y uso de ANFO, cabe precisar que tal como lo expuso la GSM en la resolución impugnada, la recurrente no presentó copia del citado informe donde se aprecie que se otorgó autorización de uso de ANFO en las labores imputadas en el presente procedimiento administrativo sancionador. Además, el Informe Técnico a Desarrollar con Explosivos suscrito por el Ing. [REDACTED] no desvirtúa la presente imputación, toda vez que no fue emitido y aprobado por el Comité de Seguridad y Salud Ocupacional (órgano competente), ni hace referencia expresa sobre la autorización de uso de ANFO en las labores mineras supervisadas.

En consecuencia, conforme ha sido sustentado, los hechos imputados 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 y forman parte del Informe de Instrucción Inicio de PAS N° 612-2017; en ese sentido, en virtud al Principio de Presunción de Licitud y el numeral 171.2 del artículo 171° del T.U.O. de la Ley N° 27444, correspondía a la apelante presentar las alegaciones y pruebas de descargo que desvirtúen el contenido de éstos y, por consiguiente, su responsabilidad por los ilícitos administrativos, lo que no ocurrió⁴². En consecuencia, corresponde desestimar el recurso de apelación en estos extremos.

Argumentos adicionales

14. Respecto a lo citado en el literal g) del numeral 2 y d) del numeral 6 de la presente resolución, se debe indicar que, de la revisión del expediente, se verifica que la apelante amplió los argumentos expuestos en su recurso de apelación, mediante los escritos presentados el 31 de julio y 7 de agosto de 2018, los cuales fueron debidamente evaluados en los numerales precedentes. Cabe precisar que no ha presentado argumentos adicionales de manera posterior a los escritos citados.

Sobre el uso de la palabra

15. Con relación a lo alegado en el literal h) del numeral 2 de la presente resolución, cabe precisar que el 7 de agosto de 2018 se llevó a cabo el Informe Oral de LOS QUENUALES, en el cual, los representantes de la administrada, expusieron sus argumentos de defensa, los cuales fueron evaluados en los numerales precedentes.

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.

⁴² T.U.O. de la Ley N° 27444

"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."

RESOLUCIÓN N° 257-2018-OS/TASTEM-S2

SE RESUELVE:

Artículo 1°. - Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A. contra la de Gerencia de Supervisión Minera N° 219-2018 de fecha 25 de enero de 2018; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus extremos.

Artículo 2°. - Declarar agotada la vía administrativa.

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


JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE

