

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 473-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 03 de diciembre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201700023180 que contiene el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA CONDESTABLE S.A., representada por el señor Elvis Ray Salazar Niño contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2032-2017 de fecha 17 de noviembre de 2017, 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° 2032-2017, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a COMPAÑÍA MINERA CONDESTABLE S.A., en adelante CONDESTABLE con una multa total de 33.72 (treinta y tres con setenta y dos 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 artículo 248° del RSSO¹ Se efectuó mediciones de velocidad de aire en interior mina, encontrándose velocidades por debajo de 20 m/min en las labores que se detallan en el siguiente cuadro:	Numeral 1.1.10 del Rubro B ²	1.42 UIT						
<table border="1"><thead><tr><th>Labor</th><th>Velocidad Detectada (m/min)</th></tr></thead><tbody><tr><td>Rampa 078 Nv. -520</td><td>10.20</td></tr><tr><td>Crucero 4922 Nv. -175</td><td>9.00</td></tr><tr><td>Tajeo 4632 Nv. 235</td><td>15.60</td></tr></tbody></table>			Labor	Velocidad Detectada (m/min)	Rampa 078 Nv. -520	10.20	Crucero 4922 Nv. -175	9.00
Labor	Velocidad Detectada (m/min)							
Rampa 078 Nv. -520	10.20							
Crucero 4922 Nv. -175	9.00							
Tajeo 4632 Nv. 235	15.60							

¹ RSSO

"Artículo 248.- En ningún caso la velocidad del aire será menor de veinte metros por minuto (20 m/min) ni superior a doscientos cincuenta metros por minuto (250 m/min) en las labores de explotación, incluido el desarrollo y preparación. Cuando se emplee explosivo ANFO u otros agentes de voladura, la velocidad del aire no será menor de veinticinco metros por minuto (25 m/min)."

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

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

Infracción al literal b) del artículo 246° del RSSO ³									Numeral 1.1.10 del Rubro B ⁴	32.30 UIT
No se mantenía una circulación de aire limpio en cantidad suficiente de acuerdo con el número de trabajadores y con el total de HP de los equipos con motores de combustión interna, conforme se detalla en el siguiente cuadro:										
Labor	Velocidad (m/min)	Área (m ²)	Caudal calculado (m ³ /min)	Caudal requerido por personal (m ³)	Equipo diésel	Caudal requerido Total (m ³ /min)	Déficit (m ³ /min)	Cobertura (%)		
Rampa 4451 Nv. -95	19.20	20.52	393.98	3 (1 persona)	Scoop C-6 de 268 HP	807	413.02	48.82		
TOTAL										33.72 UIT⁵

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- a) Del 17 al 21 de setiembre de 2016 se efectuó una supervisión a la unidad minera "Acumulación Condestable" de titularidad de CONDESTABLE, a cargo de supervisores designados por OSINERGMIN.
 - b) A través del Oficio N° 386-2017 notificado a CONDESTABLE el 9 de marzo de 2017, que obra a fojas 47 del expediente, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador, al cual se adjuntó el Informe de Inicio de PAS N° 207-2017 de fecha 3 de marzo de 2017 y se le otorgó el plazo de siete (7) días hábiles para la presentación de sus descargos.
 - c) Por escrito presentado el 20 de marzo de 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700023180, CONDESTABLE remitió sus descargos.
 - d) Mediante Oficio N° 641-2017-OS-GSM⁶ notificado el 25 de octubre de 2017, se trasladó a CONDESTABLE el Informe Final de Instrucción N° 773-2017.
 - e) Con escrito presentado el 2 de noviembre de 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700023180, CONDESTABLE remitió su escrito de descargos el Informe Final de Instrucción N° 773-2017.
2. Mediante escrito del 13 de diciembre de 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700023180, CONDESTABLE interpuso recurso de apelación solicitando se declare la nulidad de la resolución apelada y se archive el procedimiento, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

³ 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. (...)"

⁴ Ver pie de página 2.

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.

⁵ Cabe precisar que para la determinación y graduación de las sanciones se consideraron los criterios, metodología y la probabilidad de detección que fueron aprobados por las Resoluciones de Gerencia General N° 035 y 256-2013 publicadas en el Diario Oficial El Peruano con fecha 03 de febrero de 2011 y 23 de noviembre de 2013, respectivamente, así como lo dispuesto en la Resolución N° 040-2017-OS/CD.

⁶ Documento remitido mediante la Cédula de Notificación N° 664-2017-OS-GSM que obra a fojas 115 del expediente.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

En cuanto a la supuesta vulneración al Principio de Presunción de Licitud y Debido Procedimiento

- a) CONDESTABLE refiere que en el Acta de Supervisión dejó constancia de que sí cumplía con los parámetros de velocidad de aire exigidos en el RSSO en la labor materia de imputación. Los resultados de las pruebas llevadas a cabo en simultáneo fueron mayores a 20 m³/min, con lo cual se demuestra que sí mantenía una circulación de aire limpio y fresco en calidad y cantidad suficiente.

Asimismo, manifiesta que si bien el régimen administrativo dota de presunción de veracidad a las Actas de Supervisión, este documento tiene como parámetro la presunción de licitud de los actos de los administrados, previsto en el numeral 9 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, según el cual las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.⁷

Agrega que la presunción sólo cederá si la autoridad puede recopilar evidencia suficiente sobre los hechos y su autoría, tener seguridad que se han producido todos los elementos integrantes del tipo previsto, y contar con un razonamiento lógico suficiente que articule todos los elementos formando convicción.

La recurrente indica que de acuerdo al numeral 10 del artículo 64° del T.U.O. de la citada Ley, los administrados tienen derecho a que las actuaciones de las entidades que les afecten, sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible, por lo cual se pretende evitar cualquier exceso en la punición. En ese sentido, ante la existencia de una duda razonable, debe adoptarse aquella decisión que resulte más favorable al administrado.

Sin embargo, sostiene que en este caso no se ha acreditado fehacientemente que incumplió las obligaciones dispuestas en el artículo 248° y literal b) del artículo 246° del RSSO, por el contrario, su empresa demostró que en las labores mineras se mantenía una circulación de aire limpio y fresco en calidad y cantidad suficiente. Por lo tanto, existe una duda razonable respecto a la comisión de las infracciones, lo cual determina que la administración resuelva en beneficio del administrado.

- b) Igualmente, señala que las mediciones efectuadas durante la supervisión no respondieron a ningún criterio técnico, por lo que constituyen un elemento inválido para determinar la presunta comisión de una infracción. La medición se llevó a cabo de forma irregular, posicionando la sonda de hilo caliente en contra del flujo de aire, cuando la flecha del cabezal de la sonda debió estar a favor de este, tal como lo dispone el manual de funcionamiento del equipo usado por los supervisores (Testo 435-4). Además, la presión absoluta del equipo de medición no fue calibrada para labores ubicadas por debajo del nivel mar, y de acuerdo a su manual, éste no cuenta con calibración automática de la presión; en ese sentido, las mediciones fueron erradas.

CONDESTABLE argumenta que mediante un escrito del 27 de octubre de 2016 solicitó a

⁷ La recurrente cita a:

MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Novena edición, Gaceta Jurídica: 2011. p. 725. a 727.

OSINERGMIN que señalara la existencia de un protocolo de medición que estableciera los parámetros y procedimientos en base a los cuales se llevan a cabo las supervisiones; sin embargo, no obtuvo respuesta, concluyendo que a la fecha no existe protocolo de mediciones de aire.

Por ello, precisa que la ausencia de dicho protocolo constituye un elemento para objetar la validez del Acta de Supervisión como sustento para determinar la presunta infracción. De hecho, mediante la Resolución de Sala Plena del Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería N° 001-2016-OS/STOR-TASTEM, dicho Tribunal reconoció que en caso de infracciones relativas a incumplimientos de magnitudes físicas definidas legalmente, como es el caso de la velocidad de aire, los medios probatorios deberán aportar, la siguiente información: a) lugar donde se realizó la medición; b) fecha y hora del muestreo; c) identificación del instrumento de medición utilizado y su estado de operación; asimismo, cuando sea pertinente adjuntar su certificado de calibración; d) técnica o método que incluya una breve descripción de la medición empleada; y e) resultado obtenido.

En tal sentido, a través de la resolución antes citada, el TASTEM aprobó, entre otros, el Lineamiento Resolutivo XI, el cual establece lo siguiente:

*“El TASTEM declarará la nulidad por contravención al Principio del Debido Procedimiento por falta de motivación adecuada de una resolución de sanción, cuando la infracción por incumplimiento de magnitudes físicas mesurables establecidas legalmente, no tenga como sustento un Acta de Supervisión en la que se consignen los medios probatorios de los que se verifique el lugar donde se realizó la medición, la fecha y hora del muestreo, la identificación del instrumento de medición utilizado, su estado de operación, **la técnica de medición empleada en función a la magnitud física a verificar y el resultado obtenido.**”* (Subrayado y negritas agregadas por la administrada)

De acuerdo a lo citado, para admitir la validez de un Acta de Supervisión esta debe contener todos los elementos necesarios para constituir un medio probatorio suficiente que sustente la determinación de una infracción; por lo que no basta la presunción de veracidad que le otorga el ordenamiento. En consecuencia, imponerle una sanción en virtud de hechos constatados inadecuadamente, sin haberse establecido el protocolo o técnica de medición, implicaría una vulneración a los Principios de Licitud y Debido Procedimiento.

Con relación a la falta de motivación de la resolución impugnada

- c) Indica que el único argumento para imponer sanciones es el incumplimiento de los valores mínimos referidos a la ventilación; sin embargo, conforme se ha expuesto anteriormente, se incurrió en un error, ya que para verificar la inobservancia de las obligaciones las mediciones tendrían que tener un respaldo técnico, y la ausencia de aire limpio y fresco debería ser fehaciente, lo cual no sucedió, toda vez que las mediciones paralelas realizadas por su empresa demuestran lo contrario.

Por ello, refiere que la resolución impugnada deviene en nula por no encontrarse debidamente motivada, de acuerdo al numeral 2 del artículo 10° del T.U.O. de la Ley N° 27444. La motivación se encuentra regulada en el artículo 3° del citado T.U.O. como un requisito de validez del acto administrativo y en el artículo 6° de la misma norma⁸. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha

⁸ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
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: (...)”

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

señalado que la exigencia de la motivación de las resoluciones consagrada en el artículo 139° inciso 5 de la Constitución Política es un principio aplicable también a la Administración Pública⁹.

Añade que, toda resolución que no cumpla con los requisitos mínimos establecidos en la ley será una resolución arbitraria¹⁰ y, por ende, inconstitucional¹¹. Además, señala que la doctrina jurídica¹² ha clasificado los defectos en el razonamiento lógico de una decisión que afecta el derecho a una motivación adecuada de las resoluciones, conforme a lo siguiente:

- 
- I. Falta de motivación: La motivación de la resolución está totalmente ausente.
 - II. Motivación defectuosa: Formal o externamente existe una motivación, pero intrínsecamente afecta los principios de congruencia o identidad, de no contradicción, de tercio excluido o de razón suficiente.
 - (a) Motivación aparente o insuficiente: Lo argumentado no es el sustento real de la decisión adoptada, ello se hace con el fin de sostener que la decisión tiene motivación, pero solo es una fachada o cascarón.
 - (b) Motivación defectuosa en sentido estricto: el supuesto en el que se vulneran los principios lógicos de identidad o congruencia, no contradicción o el de tercio excluido.

En consecuencia, agrega que la motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico y la exposición de las razones jurídicas y normativas que, con referencia directa a los anteriores, justifican el acto adoptado. No son admisibles como motivación la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.



En virtud de ello, la resolución apelada adolece de motivación aparente, lo cual acarrea su nulidad por vulnerar el Debido Procedimiento Administrado; toda vez que la obligación de cumplir con los valores mínimos de ventilación previstos en el RSSO ha sido cumplida por su empresa.

Respecto a que la subsanación voluntaria constituye un eximente de responsabilidad

d) La recurrente precisa que el T.U.O. de la Ley N° 27444 no hace diferencia entre infracciones

⁹ Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

6.1. La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado. (...)

6.3. No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto. (...)

⁹ Al respecto, cita el fundamento 4 de las Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N° 6698-2006-PA/TC, y N° 3611-2011-AA/TC.

¹⁰ La administrada cita a MORÓN URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Gaceta Jurídica, 2001, pp. 145, conforme a lo siguiente: "la motivación cumple dentro de la concepción del acto administrativo las siguientes funciones: a) Propiciar que las autoridades se pronuncien con seriedad y el rigor en la formación de la voluntad de la Administración y aseguren su adecuación al ordenamiento jurídico; b) cumple un rol informador, ya que representa la exteriorización de las razones en cuya virtud se produce un acto administrativo, y permite, tanto al administrado como a los superiores con potestades de revisión del acto, asumir conocimiento de los hechos reales y jurídicos que fundamentan la decisión administrativa, para poder articular su defensa con posibilidad de criticar las bases en que se funda e impugnarlas; o para que el superior al conocer el recurso pueda desarrollar el control que examinando todos los datos y si se ajusta a ley; c) cumple con una función justificadora sobre los aspectos de contenido del acto administrativo, proyectándose como la argumentación que ofrece el razonamiento lógico preparatorio de la conclusión o la decisión administrativa; y, d) facilita el control de la Administración por el Poder Judicial ya que al vincular el acto a la legalidad, la motivación expresa la forma en que la autoridad ha entendido que se concreta la adecuación del acto al fin previsto por la norma, y otorga así racionalidad y objetividad a la actuación administrativa. (...)".

¹¹ Cita el fundamento 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1230-2002-HC/TC.

¹² De acuerdo a FERNÁNDEZ, Raúl Eduardo. "Los errores 'in cogitando'", en *La Naturaleza del Razonamiento Judicial*, Córdoba, Ed. Alveroni, 1993, pp. 115 y ss.

“subsanales” y “no subsanales”, sino que, por el contrario, únicamente ha establecido eximentes y atenuantes de responsabilidad; en ese sentido todas las infracciones pueden ser objeto de subsanación. El artículo 255° de la citada norma estableció que la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto constitutivo de una infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de imputación de los cargos, constituye un eximente de responsabilidad.

En este caso, tal como lo ha sostenido a lo largo del procedimiento, su empresa efectuó el bloqueo de acceso a la rampa 4551 Nv. -95 antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, subsanando la supuesta conducta infractora al no continuar las operaciones en la labor. Asimismo, se efectuaron mediciones de velocidad de aire en las que se obtuvieron parámetros que cumplían lo previsto en el RSSO.

Por lo tanto, imponer una sanción cuando se ha realizado la subsanación, de acuerdo a lo dispuesto en el literal f) del numeral 1 del artículo 255° del T.U.O. de la Ley N° 27444 implica vulnerar lo establecido en una norma con rango de ley. En efecto, la resolución apelada transgrede el Principio de Jerarquía de Normas, al pretender sancionarla en virtud de una norma reglamentaria, como lo es el Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD.

Sobre la falta de competencia de OSINERGMIN

e) CONDESTABLE indica que la obligación dispuesta en el artículo 248° del RSSO tiene como propósito dotar de aire limpio a las labores de trabajo de acuerdo a las necesidades del trabajador para garantizar su salud. El propio artículo 246° establece que todo sistema de ventilación en la actividad minera, referido a la calidad de aire, deberá mantenerse dentro de los límites de exposición ocupacional para agentes químicos de acuerdo al Anexo N° 4 y lo establecido en el Decreto Supremo N° 015-2005-SA o la norma que la modifique o sustituya.

Por ello, argumenta que la referida obligación no corresponde a una disposición sobre la seguridad y operatividad de la infraestructura/equipos mineros, sino más bien a una medida que tiene por objeto velar por la salud de los trabajadores.

Señala que con la entrada en vigencia de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, OSINERGMIN dejó de ser el organismo encargado de la fiscalización y supervisión del cumplimiento de la normativa en materia de seguridad y salud ocupacional en el ámbito de la mediana y gran minería, ya que dicha competencia fue asignada al MINTRA. Así, mediante el Decreto Supremo N° 002-2012-TR, el MINTRA estableció que las competencias transferidas de OSINERGMIN eran aquellas relativas a la supervisión, fiscalización y sanción de las normas de seguridad y salud en el trabajo de las actividades de energía y minería. Por lo tanto, las normas de energía y minas no vinculadas con las obligaciones o derechos laborales sobre seguridad y salud en el trabajo no eran competencia del MINTRA.

Posteriormente se aprobó la Ley N° 29901 a través de la cual se precisó que las competencias transferidas al MINTRA eran aquellas referidas únicamente a la supervisión y fiscalización del cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo, no incluyendo los aspectos de seguridad de infraestructuras que se mantuvieron dentro de la competencia de OSINERGMIN. En tal sentido, el Reglamento de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN aprobado por Resolución N° 171-2013-OS/CD dispuso que dicho organismo está a cargo de la supervisión de

la seguridad de la infraestructura, sus instalaciones, gestión de seguridad y operaciones que, entre otros aspectos, incluye el de ventilación.

En tal sentido, el hecho que los artículos 246° y 248° contengan obligaciones que van más allá de la seguridad y operatividad de la infraestructura/equipo, no determina que OSINERGMIN se atribuya competencias para su supervisión y eventual sanción, toda vez que debe efectuarse un análisis acerca de si dicha obligación tiene como propósito la seguridad y operatividad de un equipo o la seguridad y salud de los trabajadores. Sin embargo, en este caso, los hechos que originan las imputaciones no son competencia de OSINERGMIN.

Por lo tanto, cualquier acto expedido por OSINERGMIN respecto a las imputaciones materia del presente procedimiento, devendría en nulo de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 10° del T.U.O. de la Ley N° 27444, al ser expedido por un órgano incompetente, ya que según el numeral 1 del artículo 3° del citado T.U.O., constituye un requisito de validez de todo acto administrativo que sea emitido por el órgano facultado en razón de la materia.¹³

En cuanto a la solicitud de uso de la palabra

- f) CONDESTABLE solicitó el uso de la palabra de acuerdo al artículo 33° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD.
3. A través del Memorándum N° GSM-500-2017, recibido el 21 de diciembre de 2017, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a la supuesta vulneración del Principio de Presunción de Licitud y Debido Procedimiento

4. Con relación a lo sostenido en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde indicar 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 CONDESTABLE sea la responsable de la comisión de la infracción administrativa.¹⁴

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

¹³ Con relación a la competencia de la autoridad para avocarse un procedimiento administrativo, la recurrente cita las Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N° 0071-2002-AA/TC y N° 3891-2011-PA/TC.

¹⁴ 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."

sujetos a actuación probatoria, entre otros, aquellos que hayan sido comprobados con ocasión del ejercicio de las funciones atribuidas a la autoridad administrativa¹⁵.

Por tales motivos, el numeral 18.6 del artículo 18° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 272-2012-OS/CD, vigente al momento de la visita de supervisión, en adelante RPAS¹⁶, ha previsto que la información contenida en los Informes Técnicos, Actas Probatorias, Carta de Visita de Supervisión, entre otras, responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario.

Bajo este marco legal, OSINERGMIN, en ejercicio de sus funciones, del 17 al 21 de setiembre de 2016 realizó una visita de supervisión a la unidad minera "Acumulación Condestable" de titularidad de la recurrente, registrando en el Acta de Supervisión obrante de fojas 3 a 6 del expediente que:

- (i) En las labores mineras: Rampa 078 Nv. -520; Crucero 4922 Nv. -175 y Tajeo 4632 Nv. 235 se registraron velocidades de aire por debajo del mínimo permitido (20 m/min), y
- (ii) En la labor minera Rampa 4451 del Nv. -95 no se mantuvo una circulación de aire en cantidad suficiente de acuerdo con el número de trabajadores y la potencia (HP) de los equipos con motores de combustión interna, ya que se obtuvo una cobertura sólo de 48.82%.¹⁷

Lo constatado anteriormente fue registrado en las vistas fotográficas que obran a fojas 11 y 12 del expediente, en las que se observan las mediciones de velocidad de aire en las labores antes citadas, realizadas por los supervisores de OSINERGMIN. Asimismo, obra a fojas 26, 27 y 39 del expediente, el Formato N° 8 "Medición de Velocidad de Aire – Temperatura - Humedad" y el Formato N° 10 "Cálculo de Cobertura en Labores Específicas", emitidos por los supervisores, en los que se consignó la ubicación del punto de medición, velocidad de aire (m/min), la longitud de la sección supervisada, la fecha y hora de medición, el caudal de aire calculado y el requerimiento de caudal para personas y equipos, así como el tipo de equipo utilizado (número de serie, marca y fecha de calibración).

Cabe indicar que el Acta de Supervisión y los Formatos N° 8 y N° 10 fueron suscritos por los representantes de CONDESTABLE, como el Gerente de Operaciones, el Gerente de SSO, el Superintendente de Mina y el Jefe de Ventilación. Es importante señalar que dichos documentos, en donde se consignaron los hechos constatados por los supervisores, funcionarios a quienes la

¹⁵ T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo 50.- Valor de documentos públicos y privados

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

"Artículo 174.- Hechos no sujetos a actuación probatoria

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

¹⁶ Resolución N° 272-2012-OS/CD

"Artículo 18.- Inicio del Procedimiento (...)

18.6. Los Informes Técnicos, Actas Probatorias, Cartas de Visita de Fiscalización, Actas de Supervisión constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador y la información contenida en ellos se presume cierta y que responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario. (...)"

En igual sentido, el nuevo 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 y publicado con fecha 18 de marzo de 2017, desarrolla en los artículos 13° y 14° lo referido a la información contenida en el Acta e Informe de Supervisión.

¹⁷ Los datos referidos al "caudal calculado" y "cobertura" fueron corregidos en el Informe de Inicio de Pas N° 207-2017, el cual le fue notificado a la recurrente el 9 de marzo de 2017 junto al Oficio N° 386-2017.

norma reconoce condición de autoridad, tienen en principio veracidad y fuerza probatoria, al responder a una realidad de hecho apreciada directamente por ellos en ejercicio de sus funciones, quienes realizan sus labores conforme a los dispositivos legales pertinentes.

Asimismo, si bien la recurrente consignó en el Acta de Supervisión resultados de las mediciones de velocidad de aire mayores a 20m/min que efectuó con el equipo Anemómetro Digital Multifuncional, modelo 850068, serie AG.49112; se debe precisar que, de acuerdo al Certificado de Calibración presentado por CONDESTABLE, que obra a fojas 61 del expediente, este equipo posee un intervalo de medición de 0.6 a 25 m/s (convertido a metros por minutos arroja un intervalo de medición de 36 a 1500 m/min); en ese sentido, los resultados obtenidos con dicho equipo no son representativos para determinar el cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 248° del RSSO, ya que el equipo de medición utilizado sólo podía registrar valores válidos a partir de 36 m/min.

Por lo tanto, de acuerdo al Principio de Presunción de Licitud¹⁸ contenido en el numeral 9 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, concordado con el numeral 171.2 del artículo 171° de dicha norma, recaía en CONDESTABLE aportar los medios de prueba que acrediten que no cometió los incumplimientos señalados, lo que no ocurrió en el presente caso.

En consecuencia, contrariamente a lo sostenido por la recurrente, no existió incertidumbre en la determinación de su responsabilidad por la comisión de las infracciones al literal b) del artículo 246° y artículo 248° del RSSO, ya que estas fueron debidamente acreditadas y comprobadas durante la visita de supervisión efectuada del 17 al 21 de setiembre de 2016, lo cual quedó documentado en: i) el Acta de Supervisión del 21 de setiembre de 2016; ii) el Formato N° 8 “Medición de Velocidad de Aire – Temperatura – Humedad”; iii) el Formato N° 10 “Cálculo de Cobertura en Labores Específicas”; iv) el Informe de Calibración del equipo Multifunción marca Testo AG; y, v) las vistas fotográficas tomadas durante la inspección in situ.

En cuanto a lo manifestado en el literal b) del numeral 2 de la presente resolución, se debe señalar que en cumplimiento de lo establecido en el Lineamiento Resolutivo XI aprobado por Resolución de Sala Plena del Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería N° 001-2016-OS/STOR-TASTEM, en el Formato N° 8 “Medición de Velocidad de Aire – Temperatura – Humedad”, se consignó el lugar donde se efectuó la medición, la fecha y hora del muestreo, los resultados obtenidos y se indicó que el equipo utilizado para realizar el monitoreo era un Termoanemómetro, marca TESTO/Testo 435-4 con sonda de hilo caliente de: 10308240, serie Testo 435-4: 60212511, con fecha de calibración 23 de agosto de 2016. El Informe de Calibración impreso obra a fojas 29 y 30 del expediente.

Cabe precisar que el equipo TESTO/Testo 435-4 utilizó una sonda dotada de un hilo caliente (\varnothing 7.5 mm) que se introduce en el conducto de aire, según lo que refiere el hilo se podrá saber la velocidad de aire y el caudal volumétrico en el conducto o en las salidas de ventilación. El caudal se obtendrá multiplicando la velocidad por la sección de la labor. Además, este equipo posee la opción de ajustar el valor de presión barométrica de acuerdo a la cota (m.s.n.m.) donde se realiza la medición, tal como lo establece su manual cuya parte pertinente obra a fojas 95 y 96 del expediente. Es importante señalar que la operación del citado equipo por parte de los

¹⁸ 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.

supervisores se realiza considerando sus especificaciones técnicas previstas en el respectivo manual.

Aunado a ello, es conveniente resaltar que el Informe de Calibración del equipo TESTO/Testo 435-4, obrante a fojas 29 y 30 del expediente, indica que ha sido calibrado en términos del estándar recomendado por el fabricante (Testo AG, Alemania) y con patrones establecidos por la Agencia de Protección Ambiental de USA (EPA). Asimismo, la empresa Instruments Lab S.A.C., que emite el citado informe, es el representante autorizado de Testo AG en este país, por lo tanto, se encuentra facultado para proporcionar soporte y servicio técnico calificado.

Adicionalmente, en el ítem 6 del Formato N° 10 “Cálculo de Cobertura en Labores Específicas” se detalló el método empleado para determinar el citado cálculo respecto de la labor minera Rampa 4451 del Nivel -95, que se obtuvo de la siguiente manera:

- En primer lugar, se multiplicó la velocidad de aire de la labor por el área de la misma ($Q = A \times V$)¹⁹, dando como resultado el caudal³ (aire circulante expresado en m³/min) de **393.98/min.**²⁰
- Luego, se estableció el requerimiento de aire considerando el número de equipos (3m³/min por cada HP) y trabajadores (3m³/min por hombre cuando las minas se ubican hasta 1,500 m.s.n.m.)²¹ que se encontraban presentes en la labor.
En este caso, el requerimiento de aire para el equipo Scoop C-6 de 268 HP es de 804 m³/min y para el personal es de 3 m³/min, obteniendo un caudal requerido total de **807m³/min.**
- Finalmente, se determinó que la cobertura de aire (cantidad expresada en porcentaje) de acuerdo con el número de trabajadores y la potencia (HP) de los equipos con motores de combustión interna sólo era de **48.82%**.

De acuerdo a la información proporcionada durante la supervisión se pudo determinar objetivamente que existía un déficit de aire de 413.02 m³/min en la labor minera Rampa 4451 del Nivel -95. Por lo tanto, ha quedado acreditado que el método empleado para determinar la cobertura de aire fue detallado en el Formato N° 10 “Cálculo de Cobertura en Labores Específicas”, el cual se encuentra suscrito por el Gerente de Operaciones, el Gerente de SSO, el Superintendente de Mina y el Jefe de Ventilación de CONDESTABLE y fue entregado en copia a esta.

Igualmente, es importante mencionar que de la revisión del Acta de Supervisión y los Formatos N° 8 y 10, suscritos por los representantes de CONDESTABLE, no se observa registro alguno sobre la ocurrencia de desperfectos técnicos en el equipo utilizado que pudieran evidenciar la inexactitud de los resultados obtenidos o la imposibilidad de efectuar el monitoreo de velocidad o cobertura de aire en las labores mineras inspeccionadas.

¹⁹ Donde:

Q= Caudal de aire

A= Área de la labor

V= Velocidad del aire

²⁰ Ver pie de página 17.

²¹ La unidad minera “Acumulación Condestable” se encuentra ubicada en el distrito de Mala, provincia de Cañete y departamento de Lima a una altitud de 32 m.s.n.m.

<http://munimala.gob.pe/distrito/ubicacion/>

En ese sentido, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente con relación a la falta de protocolo para realizar las mediciones, en tanto que las acciones de medición efectuadas durante la visita de supervisión generan certeza y veracidad de los resultados obtenidos, los cuales constituyen sustento probatorio suficiente para determinar si durante la supervisión se cumplió con las obligaciones dispuestas en el literal b) del artículo 246° y el artículo 248° del RSSO.



Además, cabe precisar que la recurrente no ha adjuntado medios probatorios a lo largo del procedimiento para acreditar que durante la visita de supervisión realizada del 17 al 21 de setiembre de 2016, las labores inspeccionadas por OSINERGMIN hayan obtenido resultados favorables en cuanto a la velocidad y cobertura de aire de acuerdo a lo exigido por el RSSO.

En virtud de lo expuesto, ha quedado demostrado que el pronunciamiento de la primera instancia fue emitido respetando el ordenamiento jurídico aplicable en observancia del Principio de Licitud y Debido Procedimiento, por lo que no procede el archivo de los incumplimientos imputados, debiendo declararse infundado el recurso de apelación en estos extremos.

Respecto a la falta de motivación de la resolución impugnada

5. En cuanto a lo sostenido en el literal c) del numeral 2 de la presente resolución, se debe indicar que de acuerdo a lo señalado en el numeral 4 de la presente resolución, se acreditó que CONDESTABLE incurrió en las infracciones al literal b) del artículo 246° y artículo 248° del RSSO al no mantener en la labor minera denominada Rampa 4451 del Nivel -95 una circulación de aire en cantidad suficiente de acuerdo con el número de trabajadores y la potencia (HP) de los equipos con motores de combustión interna, y no cumplir con la velocidad mínima de aire de 20 m/min en las labores mineras: Rampa 078 Nv. -520; Crucero 4922 Nv. -175 y Tajeo 4632 Nv. 235, respectivamente.



Sobre el particular, esta Sala verifica que en las páginas 5 a 15 de la resolución apelada, notificada a la administrada el 22 de noviembre de 2017, la GSM precisó los fundamentos que motivaron la determinación de responsabilidad de CONDESTABLE por la comisión de las infracciones antes citadas, detallando expresamente los medios probatorios que sustentaron su decisión, tales como: i) el Acta de Supervisión del 21 de setiembre de 2016; ii) el Formato N° 8 denominado "Medición de Velocidad de Aire – Temperatura – Humedad"; iii) el Formato N° 10 "Cálculo de Cobertura en Labores Específicas"; iv) el Informe de Calibración del equipo Multifunción marca Testo AG; y, v) las vistas fotográficas tomadas durante la visita.

Por lo tanto, la primera instancia emitió un pronunciamiento debidamente motivado, sustentando los fundamentos de hecho y de derecho por los cuales se determinó la responsabilidad administrativa de CONDESTABLE, no existiendo motivación aparente y respetando los derechos que le asisten a la administrada, así como los principios del derecho administrativo.

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

Con relación a que la subsanación voluntaria constituye un eximente de responsabilidad

6. Sobre lo argumentado en el literal d) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que de acuerdo al Principio de Legalidad, regulado en el numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, "las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con

los fines para los que les fueran conferidas”.

Al respecto, el artículo 8° del RPAS, vigente a la fecha de supervisión, dispuso que “la verificación del cese de la infracción no exime de responsabilidad al administrado ni substraer la materia sancionable”.



Posteriormente, 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 y en el artículo 255° del T.U.O. 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 253° del mencionado T.U.O. (Subrayado agregado)²².

De acuerdo a ello, podemos decir que el literal f) del numeral 1 del artículo 236-A de la Ley N° 27444 no establece en modo alguno que todas las infracciones sean pasibles de subsanación, sino en caso si se efectúe la subsanación de la infracción antes del inicio del procedimiento, correspondería eximir de responsabilidad al infractor, siendo importante precisar que evidentemente para la configuración de este supuesto, la subsanación debe ser posible de realizar.

Asimismo, cabe señalar que la Primera Disposición Complementaria Transitoria del citado Decreto Legislativo, dispuso que 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.



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 Públicos²³ y el artículo 3° de la Ley N° 27699 - Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN²⁴, aprobó el nuevo Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, publicado el 18 de marzo de 2017, el cual dispone en el numeral 15.1 de su artículo 15° que la subsanación voluntaria de la infracción solo constituye un eximente de responsabilidad cuando se verifique que los incumplimientos

²² T.U.O. de la Ley N° 27444

Artículo 255.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

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

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

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° 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.”

detectados fueron subsanados antes del inicio del procedimiento sancionador²⁵. (Subrayado nuestro)



Adicionalmente, el numeral 15.3 del artículo 15° del referido Reglamento estableció un listado de 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 citado numeral²⁶, OSINERGMIN ha dispuesto que no son pasibles 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. (Subrayado agregado)

Sobre el particular, al momento de la comisión de las infracciones (17 al 21 de setiembre de 2016) la Ley N° 27444 no establecía la condición eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria antes del inicio del procedimiento. Asimismo, el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD, vigente a la fecha de la supervisión, disponía en su artículo 8° que la verificación del cese de la infracción no exime de responsabilidad al administrado ni substraer la materia sancionable.

Por lo indicado, si bien la detección de las infracciones al literal b) del artículo 246° y artículo 248° del RSSO es anterior a la entrada en vigencia del literal f) del numeral 1 del artículo 236-A de la Ley N° 27444, modificado por Decreto Legislativo N° 1272, y al artículo 15° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, en el presente caso corresponderá evaluar si se configuró la condición eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria antes de la imputación de cargos.



Así las cosas, los hechos materia de imputación (no cumplir con la velocidad mínima de aire de 20 m/m en las labores mineras Rampa 078 Nv. -520; Crucero 4922 Nv. -175 y Tajeo 4632 Nv. 235, y no mantener en la labor minera Rampa 4451 del Nv. -95 una circulación de aire en cantidad suficiente de acuerdo con el número de trabajadores y los HP de los equipos con motores de combustión interna) fueron verificados in situ en un momento determinado (la visita de supervisión del 17 al 21 de setiembre de 2016), en la cual se constató que CONDESTABLE no cumplía con los parámetros de cobertura y velocidad de aire exigidos en el literal b) del artículo 246° y el artículo 248° del RSSO, respectivamente.

En consecuencia, si en algún otro momento distinto a la supervisión, se llega a mantener la velocidad mínima del aire o una cobertura de aire en cantidad suficiente, ello involucraría que en este último momento la administrada sí cumple con los parámetros de aire o emisión, lo cual no

²⁵ Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD

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

"Artículo 15.- Subsanación Voluntaria de la infracción

15.1. La subsanación voluntaria de la infracción solo constituye un eximente de responsabilidad cuando se verifique que los incumplimientos detectados fueron subsanados antes del inicio del procedimiento sancionador. (...)"

²⁶ Resolución N° 040-2017-OS/CD

"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. (...)"

corrige ni subsana “la velocidad del aire inferior a 20m/min y la cobertura de aire en cantidad insuficiente” constatada en la visita de supervisión.

Además, las mediciones efectuadas reflejan condiciones únicas cuyos resultados son inmediatos (registro de hora); en ese sentido, la realización de medidas posteriores a la visita de supervisión, constituirían acciones conducentes a dar cumplimiento a la normativa vigente, mas no podrían subsanar la “deficiencia” en el parámetro de velocidad y cobertura de aire que se registraron en las labores mineras antes mencionadas.

Por lo tanto, de acuerdo a lo establecido en el literal h) del numeral 15.3 del artículo 15° del Reglamento aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD,²⁷ las infracciones al literal b) del artículo 246° y artículo 248° del RSSO no son pasibles de subsanación, por lo que no procede el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria establecida en el literal f) del numeral 1 del artículo 236-A de la Ley N° 27444.

No obstante, las acciones correctivas realizadas por la recurrente para cumplir con las obligaciones establecidas en el literal b) del artículo 246° y artículo 248° del RSSO, si bien no la eximen de responsabilidad, fueron consideradas en el cálculo de la multa impuesta. En efecto, de acuerdo al numeral 5 de la resolución recurrida, se estimó lo dispuesto en el inciso g.3) del literal g) del numeral 25.1 del artículo 25° del Reglamento arriba citado²⁸, 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%.

Con forme a ello, se aplicó el citado atenuante sobre la multa base, toda vez que CONDESTABLE durante la visita de supervisión y en sus descargos al inicio al inicio del presente procedimiento, informó las acciones correctivas realizadas respecto a los hechos imputados.

En virtud a lo manifestado en los párrafos precedentes corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación.

Con relación a la falta de competencia de OSINERGMIN

7. Respecto a lo alegado en el literal e) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que de acuerdo al Principio de Debido Procedimiento establecido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, los administrados gozan de todos los derechos y

²⁷ RSFS

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.

²⁸ 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 toques 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%.

garantías implícitos al debido procedimiento administrativo que comprenden, entre otros, a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente. (Subrayado es nuestro)

Por su parte, los artículos 70° y 74° del T.U.O de la Ley N° 27444 establecen que las competencias de las entidades tienen su fuente en la Constitución y en la Ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan, por lo que su ejercicio es una obligación directa del órgano administrativo que la tiene atribuida como propia²⁹.

Ahora bien, mediante la Ley N° 28964, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 24 de enero de 2007, se transfirieron al OSINERGMIN las competencias de fiscalización de las actividades mineras definidas en la Ley N° 27474, Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras, cuyo artículo 2° establecía que el ámbito de la fiscalización involucraba, entre otros, las disposiciones legales, normas técnicas y procedimientos administrativos referidos a aspectos de seguridad e higiene minera³⁰. Posteriormente, a través de la Segunda y Séptima Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, publicada el 20 agosto de 2011, se dispuso la transferencia de competencias de fiscalización de las actividades mineras previstas en la Ley N° 28964, de OSINERGMIN al MTPE y; asimismo, la derogación de la referida ley³¹.

En dicho contexto, el artículo 2° de la Ley N° 29901, Ley que precisa competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), publicada con fecha 12 de julio de 2012, definió el alcance de las citadas disposiciones de la Ley N° 29783, estableciéndose que la transferencia de competencias se limitó únicamente a la supervisión, fiscalización y sanción en materia de seguridad y salud en el trabajo en el subsector minero, por lo que la derogación de la Ley N° 28964 sólo se refirió a la supervisión y fiscalización de las disposiciones legales y técnicas en dicho ámbito³².

²⁹ T.U.O. de la Ley N° 27444

Artículo 70.- Fuente de competencia administrativa

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

Artículo 74.- Ejercicio de la competencia

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

³⁰ Ley N° 28964

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

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

Ley N° 27474

Artículo 2°.- Ámbito de aplicación de la ley

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

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

³¹ Ley N° 29783

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

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

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

³² Ley N° 29901

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

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

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

Asimismo, por medio del artículo 3° y la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29901, se estableció que OSINERGMIN es competente para supervisar y fiscalizar en el ámbito nacional el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas, entre otros, con la actividad minera; manteniendo las competencias en temas de seguridad de la infraestructura de dicho subsector, y que, mediante Decreto Supremo, se aprobaría el listado de funciones bajo el ámbito de competencia del OSINERGMIN³³.



Para corroborar lo antes descrito, a través del Decreto Supremo N° 088-2013-PCM publicado con fecha 10 de agosto de 2013, se aprobó el listado de funciones técnicas de OSINERGMIN, cuyo numeral 6 del Anexo 2 establece como función del regulador la de supervisar y fiscalizar el incumplimiento de obligaciones sobre seguridad de las actividades mineras; así como de las disposiciones legales y normas técnicas relacionadas con la gestión de la seguridad de la infraestructura, instalaciones, y de las operaciones mineras; lo cual es ratificado por el artículo 2° de la citada disposición reglamentaria³⁴.

Acorde con lo anterior, el artículo 7° del Reglamento aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD establece que OSINERGMIN ejerce sus funciones de supervisión, fiscalización y sanción de las obligaciones legales y técnicas de seguridad de la infraestructura, las instalaciones y la gestión de seguridad de sus operaciones.

De esta manera, el ámbito de competencia de OSINERGMIN incluye la supervisión del cumplimiento de las obligaciones relacionadas a la ventilación en las labores mineras, en este caso, la observancia del parámetro de velocidad y cobertura de aire dispuesto en el RSSO, toda vez que están vinculados a obligaciones técnicas y de seguridad de las instalaciones (labores subterráneas). Por lo tanto, OSINERGMIN contaba con un respaldo normativo que establecía sus competencias para el ejercicio de las funciones de supervisión y fiscalización de las disposiciones legales y técnicas de seguridad vinculadas a la ventilación en la unidad minera "Acumulación Condestable". En ese sentido, la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador se ha efectuado de acuerdo a lo dispuesto en el Principio del Debido Procedimiento, no existiendo vicios que causen su nulidad y archivo.



Sin perjuicio de lo expuesto, es preciso resaltar que según el artículo 1° y literal a) del artículo 6° del RSSO, dicho Reglamento tiene por objeto prevenir la ocurrencia de incidentes, accidentes y promover el desarrollo de una cultura preventiva de seguridad en la industria minera; lo que

³³ Ley N° 29901

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

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

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

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

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

³⁴ Decreto Supremo N° 088-2013-PCM.

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

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

Anexo 2

SECTOR MINERO

Funciones Técnicas

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

- Obligaciones sobre seguridad de las actividades mineras.

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

significa que todas sus disposiciones están orientadas a brindar protección a los trabajadores en su condición de persona, por lo que dicha finalidad no puede ser utilizada como elemento diferenciador de competencias, como pretende la apelante³⁵.

En atención a lo expuesto, este extremo del recurso de apelación deviene infundado.

Sobre la solicitud de uso de la palabra

8. En cuanto a lo solicitado en el literal f) del numeral 2 de la presente resolución, se debe precisar que conforme al artículo 33° del Reglamento aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD, el agente supervisado puede solicitar el uso de la palabra al órgano sancionador o al órgano revisor. La denegatoria a dicha solicitud debe encontrarse debidamente motivada a fin de no vulnerar el derecho al debido procedimiento³⁶.

Por su parte, el numeral 23.3 del artículo 23° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD, establece que corresponde al Presidente del TASTEM disponer la realización de informes orales cuando lo considere necesario para resolver el caso, o si algún vocal o el Secretario Técnico Adjunto se lo solicite, o a pedido de parte.³⁷

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

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

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.

³⁵ RSSO

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

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

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

³⁶ RSFS

"Artículo 33.- Informe oral

El Agente Supervisado puede solicitar el uso de la palabra al órgano sancionador o al órgano revisor. La denegatoria a dicha solicitud debe encontrarse debidamente motivada a fin de no vulnerar el derecho al debido procedimiento."

³⁷ Resolución N° 044-2018-OS/CD

"Artículo 23.- Funciones de los Presidentes de las Salas de los Órganos Resolutivos (...)

23.3 Disponer la realización de informes orales cuando lo considere necesario para resolver el caso, o si algún vocal o el Secretario Técnico Adjunto se lo solicite, o a pedido de parte. (...)"

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA CONDESTABLE S.A. contra la de Gerencia de Supervisión Minera N° 2032-2017 de fecha 17 de noviembre de 2017 y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus demás extremos.



Artículo 3°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Héctor Adrián Chávarry Rojas, José Luis Harmes Bouroncle y Víctor Jesús Revilla Calvo.


HÉCTOR ADRIÁN CHÁVARRY ROJAS
PRESIDENTE (e)