

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 486-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 07 de diciembre de 2018

VISTO:



El Expediente N° 201600128722 que contiene el recurso de apelación interpuesto por DOE RUN PERÚ S.R.L., EN LIQUIDACIÓN EN MARCHA, representada por el señor Víctor Manuel Jorge Farro Cuya, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1838-2017 de fecha 30 de octubre de 2017, mediante la cual se le sancionó por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución N° 1838-2017, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a DOE RUN PERÚ S.R.L., EN LIQUIDACIÓN EN MARCHA, en adelante DOE RUN, con una multa total de 84.17 (ochenta y cuatro con diecisiete centésimas) UIT por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM, en adelante RSSO, conforme al siguiente detalle:

N°	INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN						
1	<p>Al numeral 2 del literal d) del artículo 104° del RSSO.¹ Durante la visita de supervisión se efectuó mediciones de emisión de gases de monóxido de carbono (CO) en los tubos de escape de los equipos con motores petroleros descritos en el cuadro siguiente, evidenciándose que superaban el límite máximo de quinientos (500) ppm:</p> <table border="1"><thead><tr><th>Equipo</th><th>Medición de CO (ppm)</th><th>Ubicación del equipo</th></tr></thead><tbody><tr><td>Camión HINO de servicios ZONA III, placa: W5M-926</td><td>893</td><td>S/N 130 (4800) N Zona III</td></tr></tbody></table>	Equipo	Medición de CO (ppm)	Ubicación del equipo	Camión HINO de servicios ZONA III, placa: W5M-926	893	S/N 130 (4800) N Zona III	Numeral 3.9.2 del Rubro C ²	1.21 UIT
Equipo	Medición de CO (ppm)	Ubicación del equipo							
Camión HINO de servicios ZONA III, placa: W5M-926	893	S/N 130 (4800) N Zona III							



¹ RSSO

"Artículo 104.- En las minas subterráneas convencionales o donde operan equipos con motores petroleros, deberá adoptarse las siguientes medidas de seguridad: (...)

d) Las operaciones de las máquinas a petróleo se suspenderán, prohibiendo su ingreso a labores de mina subterránea: (...)

2. Cuando la emisión de gases por el escape de dicha máquina exceda de quinientos (500) ppm de monóxido de carbono y de vapores nitrosos, medidos en las labores subterráneas. (...)"

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 C - incumplimiento de normas de bienestar, higiene y salud ocupacional.

3. Incumplimiento de normas de higiene, salud ocupacional.

3.9. Agentes químicos (límites de exposición).

3.9.2. Motores petroleros.

Base legal: Arts. 104º y 272º literal b) del RSSO.

Sanción: Hasta 200 UIT.

	Camión HINO de servicios de TALLER, placa: W5L-842	673	Nv. 60 (2680)																						
2	<p>Al numeral 2 y 3 del literal g) del artículo 236° del RSSO³ Se constató que los ventiladores principales detallados en el cuadro siguiente, no cumplían las siguientes condiciones:</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Código</th> <th>Capacidad (CFM)</th> <th>Ubicación</th> <th>Observación</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>09</td> <td>300,000</td> <td>Bocamina Nv. 0 Zona V</td> <td>No estaba provisto de silenciador</td> </tr> <tr> <td>10</td> <td>300,000</td> <td>Bocamina Platanal Zona III</td> <td>No estaba provisto de silenciador y no tenía dos (2) fuentes independientes de energía eléctrica.</td> </tr> <tr> <td>11</td> <td>300,000</td> <td>Bocamina Nv. 70 Zona I</td> <td>No estaba provisto de silenciador</td> </tr> <tr> <td>14</td> <td>300,000</td> <td>Bocamina Nv. 10 Zona III</td> <td>No estaba provisto de silenciador</td> </tr> </tbody> </table>			Código	Capacidad (CFM)	Ubicación	Observación	09	300,000	Bocamina Nv. 0 Zona V	No estaba provisto de silenciador	10	300,000	Bocamina Platanal Zona III	No estaba provisto de silenciador y no tenía dos (2) fuentes independientes de energía eléctrica.	11	300,000	Bocamina Nv. 70 Zona I	No estaba provisto de silenciador	14	300,000	Bocamina Nv. 10 Zona III	No estaba provisto de silenciador	Numeral 1.1.10 del Rubro B ⁴	82.96
Código	Capacidad (CFM)	Ubicación	Observación																						
09	300,000	Bocamina Nv. 0 Zona V	No estaba provisto de silenciador																						
10	300,000	Bocamina Platanal Zona III	No estaba provisto de silenciador y no tenía dos (2) fuentes independientes de energía eléctrica.																						
11	300,000	Bocamina Nv. 70 Zona I	No estaba provisto de silenciador																						
14	300,000	Bocamina Nv. 10 Zona III	No estaba provisto de silenciador																						
MULTA TOTAL					84.17																				

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- a) Durante los días 14 al 18 de octubre de 2015 se efectuó una visita de supervisión a la unidad minera "Cobriza 1126" de titularidad de DOE RUN, a cargo de supervisores designados por OSINERGMIN.
- b) A través del Oficio N° 180-2017 que obra a fojas 58 del expediente, notificado a DOE RUN el 14 de febrero de 2017, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.
- c) Por escrito presentado el 06 de marzo de 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201600128722, DOE RUN presentó sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- d) Mediante Oficio N° 619-2017-OS-GSM notificado el 19 de octubre de 2017, se remitió a DOE RUN el Informe Final de Instrucción N° 763-2017.
- e) DOE RUN, mediante escrito de fecha 26 de octubre de 2017 solicitó la ampliación del plazo.
- f) Mediante Oficio N° 643-2017-OS-GSM notificada el 26 de octubre de 2017, se declaró

³ RSSO

Artículo 236.- El titular minero dotará 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. 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° 4 y lo establecido en el Decreto Supremo N° 015-2005-SA o la norma que la modifique o sustituya. Además debe cumplir con lo siguiente:

g) Se tomará todas las providencias del caso para evitar la destrucción y paralización de los ventiladores principales. Dichos ventiladores deberán cumplir las siguientes condiciones:

(...)

2. Tener, por lo menos, dos (02) fuentes independientes de energía eléctrica que, en lo posible, deberán llegar por vías diferentes.

3. Estar provistos de dispositivos automáticos de alarma para el caso de disminución de velocidad o paradas y provistos de los respectivos silenciadores para minimizar los ruidos.

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.

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. 104º y 272º literal b) del RSSO.

Sanción: Hasta 200 UIT

improcedente el pedido de prórroga solicitado.



- g) DOE RUN no presentó descargos al Informe Final de Instrucción N° 763-2017.
 - h) Con Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1838-2017 de fecha 30 de octubre de 2017, se sancionó a la empresa DOE RUN en atención a las infracciones descritas en el cuadro contenido en el numeral 1 de la presente resolución.
 - i) A través del escrito de registro N° 201600128722 de fecha 30 de octubre de 2017, DOE RUN presentó argumentos de defensa al Informe Final de Instrucción N° 763-2017.
 - j) Con el oficio N° 653-2017-OS-GSM, notificado el 31 de octubre de 2017 la GSM informa a la recurrente, que el 26 de octubre de 2017 venció el plazo para presentar descargos al Informe Final de Instrucción, fecha en que también se le notificó la denegatoria de ampliación del plazo declarando improcedente la evaluación de los descargos presentados con posterioridad. En tal sentido, se emitió al Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1838-2017.
2. Mediante escrito presentado el 21 de noviembre del 2017 registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201600128722, DOE RUN interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1838-2017, de acuerdo a los siguientes fundamentos:



ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

En cuanto a la aplicación de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD y la aplicación del Principio de Irretroactividad de las Normas.

- a) Mediante el Oficio N° 180-2017, notificado el 14 de febrero de 2017 se inició el procedimiento administrativo sancionador por los hechos detectados en la supervisión realizada a DOE RUN del 14 al 18 de octubre de 2015, encontrándose vigente la Resolución del Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD.

El 19 de marzo de 2017 entró en vigencia el Nuevo Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN⁵, aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD, que derogó la Resolución de Consejo Directivo N° 171 -2013-OS/CD, así como la Resolución de Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD, que prescribía el Reglamento de Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN, que en su Primera Disposición Complementaria Transitoria dispuso que *“los procedimientos administrativos sancionadores actualmente en trámite continúan rigiéndose por las disposiciones bajo las cuales se iniciaron”*.

No obstante, sin considerar que al inicio del procedimiento sancionador se encontraba vigente la Resolución N° 272-2012-OS/CD, la primera instancia aplicó de modo retroactivo lo dispuesto por la Resolución N° 040-2017-OS/CD. De ahí que, la resolución impugnada incurrió en causal de nulidad.

⁵ El artículo 2° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD estableció que el aludido dispositivo legal entraría en vigencia a partir del día siguiente su publicación, esto es, desde el 19 de marzo de 2017.

- b) De acuerdo con el artículo 109° de la Constitución⁶, si bien se facultó al legislador a fijar una fecha distinta al día siguiente de su publicación para la entrada en vigencia de las normas, ello de ninguna manera puede anticiparse a su fecha de publicación⁷, pues según se desprende del artículo 103° de la Constitución, la retroactividad está proscrita, salvo en materia penal, cuando favorece al reo⁸.

Es decir, está proscrita la retroactividad de las leyes, estando dispuesto que las leyes rigen a partir del día siguiente de su publicación.

En el presente caso, la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD, ha cumplido con el requisito de la publicación en el Diario Oficial "El Peruano" el 18 de marzo del 2017 y de acuerdo a su artículo 2° la vigencia de la mencionada norma rige a partir del día siguiente de su publicación, es decir a partir del 19 de marzo de 2017. En tal sentido, la mencionada Resolución de Consejo Directivo no puede aplicarse con efectos retroactivos para el presente procedimiento; de lo contrario se estaría amparando el abuso de derecho.

Respecto a la infracción del numeral 2 del literal d) del artículo 104° del RSSO (Incumplimiento N° 1)

- c) DOE RUN indica que en la Recomendación N° 2 se indicó: "El titular minero deberá implementar las medidas necesarias, para que los siguientes equipos no excedan el límite máximo permisible de emisión de monóxido de carbono (...)". En ese sentido, dentro del plazo otorgado cumplió con la mencionada recomendación, realizando el mantenimiento mecánico correctivo del camión HINO de servicios ZONA III: Placa W5M-926 y camión MINO de servicios TALLER: Placa W5L-842. Luego, procedió con la medición de la emisión de gases quedando éstos dentro de los Límites Máximos Permisibles (LMP) establecidos en el numeral 2 del literal d) del artículo 104° del RSSO.

Sin embargo, en el Informe Final de Instrucción, se aplicó la Resolución N° 040-2017-OS/CD, vulnerando el Principio de Irretroactividad de la ley, pese a haber entrado en vigencia con posterioridad al inicio del presente procedimiento sancionador, indicándose que de acuerdo con el literal h) del numeral 15.3 del artículo 15° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD no procedía la condición eximente de responsabilidad administrativa por subsanación, sino la graduación de la multa por considerar dichas acciones correctivas como un factor atenuante, de conformidad con lo dispuesto por el inciso g.3 del literal g) del numeral 25.1 del artículo 25° del citado dispositivo legal. Asimismo, se indicó que el presunto incumplimiento es independiente del cumplimiento de las recomendaciones impuestas en la supervisión.

Concluye que correspondía el archivo de las infracciones atribuidas, en aplicación del numeral 30.1 del artículo 30° de la Resolución N° 272-2912-OS/CD, que establecía: "en aquellos casos

⁶ Constitución Política 1993

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

⁷ La publicidad de la ley constituye un momento clave para determinar la entrada en vigencia de las normas, toda vez que, "la publicidad es el correlato lógico de la obligatoriedad y de la presunción de conocimiento de la ley".

⁸ Constitución Política 1993

Artículo 103.- "Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga solo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.



aprobados por la Gerencia General, en que el administrado demuestra haber subsanado los incumplimientos detectados o revertido la situación alterada por el incumplimiento a su estado anterior, antes del inicio del procedimiento sancionador y dentro del plazo otorgado, el órgano instructor, dispondrá el archivo de la instrucción preliminar”.

Además, de acuerdo al Informe sobre Cumplimiento Recomendación N° 2, se puede corroborar que el correcto mantenimiento preventivo de los equipos Diésel permite que la evacuación de los gases por combustión esté dentro de los límites máximos permisibles originado un ambiente adecuado de trabajo. Agrega que, en su empresa se exige, prioriza y se cumple el mantenimiento preventivo de los equipos. En consecuencia, si algún equipo presenta una anomalía con respecto a la evacuación de CO y NO₂ (Sobrepasa los LMPs) se procede a retirar de labor para su mantenimiento correctivo hasta que se cumpla los LMPs. Por lo tanto, sostiene que no existe incumplimiento al numeral 2 del literal d) del artículo 104° del RSSO.

Sobre la infracción a los numerales 2 y 3 del literal g) del artículo 236° del RSSO (Incumplimiento N° 2)



- d) La recurrente manifiesta que la empresa supervisora, no realizó ninguna recomendación respecto de los silenciadores ni de las dos fuentes independientes de energía eléctrica. Es decir, son imputaciones nuevas que no se hicieron conocer en su debida oportunidad (Acta de recomendaciones). Por lo anterior, se habría vulnerado el Derecho de Defensa incurriendo en un vicio de nulidad.
- e) Sin perjuicio de lo señalado, de acuerdo al Informe de Evaluación de Silenciadores anexo a la presente apelación, se concluye que los silenciadores para los ventiladores principales no son necesarios ya que no existen trabajos que se realicen de manera continua en el área de influencia de los ventiladores ni tiempos de exposición que superen los límites máximos permisibles, siendo el caso más resaltante de exposición el tránsito de personas por la bocamina del Nv. 10, el tiempo de exposición no es de más de cinco minutos en la zona de mayor intensidad del ruido y el uso de protección auditiva permite que el tránsito por dicho punto no signifique un riesgo. Considera, además, que la mayoría de equipos cuentan con cabinas herméticas para la protección del personal.
- f) De otro lado, el ventilador principal ubicado en la Bocamina Platanal Zona III no cuenta con doble fuente independiente de energía eléctrica. Sobre el particular, indica que el sistema fuente de alimentación eléctrica para la Unidad de Producción Cobriza pertenece a la concesionaria [REDACTED] y de acuerdo con el Esquema Unifilar del Sistema Eléctrico de la Mina Cobriza anexo a la apelación, el mencionado sistema tiene una subestación eléctrica de 20 MVA (megavoltamperio) (26.6 MVA) en 69 Kv y de 10 MVA (13.3 MVA) en los voltajes de 10 y 4.16 KV, respectivamente.

En efecto, el Ventilador ubicado en la Bocamina Platanal Zona III es un ventilador de 300 000 CFM y con un motor de 400HP 4000 Voltios, situado en el nivel 0 Sector Platanal, que consta de 2 alimentaciones eléctricas:

- a) La alimentación normal desde el interruptor 8183 situado en la Sub estación 281A pasando por el seccionador en el Nivel 28 Sur Sección 4360; llega a la celda de la bocamina del Platanal para luego alimentar al ventilador del Platanal.

- b) La segunda alimentación desde el interruptor 8184 situado en la Sub Estación 2S1A llegando en forma área al conmutador ubicado en la bocamina del Platanal.

De lo expuesto, concluye que el ventilador mencionado tiene doble alimentación y se debe tener en cuenta que el sistema de alimentación de la línea de transmisión en los dos últimos años ha garantizado la confiabilidad de su servicio, debido a que no se ha tenido cortes importantes de energía.

En cuanto a la procedencia de eximente de responsabilidad

- g) Respecto al Incumplimiento N° 1, reitera que cumplió con realizar la subsanación en su debido momento y dentro del plazo otorgado conforme se le indicó en la recomendación N° 2, debiendo archivarse los cargos imputados en este extremo en aplicación al numeral 30.1 del artículo 30° del Reglamento del Procedimiento Administrativo de OSINERGMIN (norma vigente al momento al momento del inicio del procedimiento).
- h) Respecto al Incumplimiento N° 2, afirma que no ha podido acreditar la subsanación efectuada antes del inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador, debido a que el órgano instructor de OSINERGMIN no cumplió con comunicar a DOE RUN las supuestas "observaciones adicionales 1 y 2" ya que no figuran en el Acta de Recomendaciones de la supervisión efectuada. Por tanto, no podía proceder a subsanar algo de lo que no tenía conocimiento.

Sobre la afectación al Principio de Legalidad

- i) En virtud del artículo 246° del TUO de la Ley N° 27444, se establece la reserva de la ley para la configuración de todas aquellas consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, esto es, el establecimiento del catálogo de sanciones que se derivarían de la determinación de responsabilidad en la comisión de un hecho calificado como punible. De esta forma se exige que solo por norma con rango de ley se prevean y desarrollen los alcances de las sanciones a ser aplicadas ante el incumplimiento de obligaciones por parte de los administrados, no siendo posible encontrarlos en normas de inferior rango normativo. Ello también tiene sustento en el literal d) del inciso 24° del artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993.

Sin embargo, en este caso, la sanción impuesta se encuentra prevista en las normas del RSSO que fue aprobado por Decreto Supremo, es decir, en una norma infra-legal, que no cumple con la exigencia que plantea el reconocimiento del Principio de Legalidad.

Sobre la afectación al Principio de Razonabilidad y el Exceso de Punición

- j) La recurrente considera que no se cumplió con evaluar los criterios de evaluación previstos en el literal l) de la Resolución de la Resolución 035, toda vez que en artículo 230° de LPAG, la autoridad administrativa debe evaluar los hechos suscitados en el caso concreto, así como las circunstancias que los acompañan y en el contexto en que se dieron, pues todos estos factores permitirán determinar si existe la necesidad de aplicar las sanciones más o menos gravosas.

Asimismo, considera que debió realizarse un "análisis de costo beneficio", de modo que a

mayor perjuicio económico ocasionado a los intereses públicos, mayor será la sanción", observación que en este caso permitiría determinar que la sanción prevista es desproporcional, en especial la segunda imputación.



En el presente caso, la Administración no ha aplicado correctamente la determinación de la Multa y Aplicación de los Criterios de Graduación que OSINERGMIN emplea para el cálculo de la multa correspondiente aprobado mediante la Resolución de Gerencia General N° 035, con relación al hecho imputado 2: Se constató que los ventiladores principales no estaban provistos de silenciador y no tenían dos fuentes independientes de energía eléctrica.

Por lo que, solicita la reformulación de los valores y costos del numeral 1.1 del Anexo de la Resolución Impugnada, así como el periodo de infracción y subsanación, dado que lo calculan en base a julio 2015 y no en base a costos de febrero 2013, fecha en que se subsanó. La referida reformulación permitiría establecer el verdadero valor de la multa de ser el caso, teniendo en consideración el plazo entre la fecha de detección del presunto incumplimiento, y los valores a dicha fecha y no a agosto del 2017, que definitivamente son diferentes.

Asimismo, considera que no se tomó en cuenta los valores reales, como por el ejemplo los costos de materiales, toda vez que, los costos y plazos señalados por la Gerencia de Supervisión Minera no se ajustan a los hechos materia del presente procedimiento, lo cual se contradice con el criterio de racionalidad señalado en la citada resolución.



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

- k) Se reserva la posibilidad de ampliar su recurso de apelación al amparo del artículo 170.1 del artículo 170° de la Ley N° 27444.
3. A través del Memorándum N° GSM-482-2017, recibido el 06 de diciembre de 2017, la Gerencia de Supervisión Minera remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la infracción a los numerales 2 y 3 del literal g) del artículo 236° del RSSO (Incumplimiento N° 2)

4. Con relación a lo sostenido en los literales d), e), f) y h) del numeral 2 de la presente resolución, respecto a que no se comunicó a la apelante las "observaciones adicionales 1 y 2" relacionadas con la infracción N° 2, ya que no figuran en el Acta de supervisión, ni en el Acta de Recomendaciones de la supervisión efectuada; cabe señalar, que de acuerdo al numeral 228-F.1 del artículo 228-F9 del Decreto Legislativo N° 1272 que modifica la Ley N° 27444, vigente desde el

⁹Decreto Legislativo N° 1272

Artículo 228-F.- Contenido mínimo del Acta de Fiscalización

(...)

228-F.1. El Acta de Fiscalización o documento que haga sus veces, es el documento que registra las verificaciones de los hechos constatados objetivamente y contiene como mínimo los siguientes datos:

1. Nombre de la persona natural o razón social de la persona jurídica fiscalizada.
2. Lugar, fecha y hora de apertura y de cierre de la diligencia.
3. Nombre e identificación de los fiscalizadores.
4. Nombres e identificación del representante legal de la persona jurídica fiscalizada o de su representante designado para dicho fin.
5. Los hechos materia de verificación y/u ocurrencias de la fiscalización.
6. Las manifestaciones u observaciones de los representantes de los fiscalizados y de los fiscalizadores.
7. La firma y documento de identidad de las personas participantes. Si alguna de ellas se negara a firmar, se deja constancia de la negativa en el acta, sin que esto afecte su validez.
8. La negativa del administrado de identificarse y suscribir el acta.

22 de diciembre de 2016, el Acta de Fiscalización es el documento que registra los hechos constatados objetivamente.



En el presente caso, de la revisión del Acta de Supervisión y Acta de Recomendaciones de fecha 18 de octubre de 2015 obrante de fojas 3 al 7 del expediente, se observa que no se registraron los hechos constatados respecto del Incumplimiento N° 2. Ahora bien, dado que el inicio del procedimiento sancionador que contempló dicho incumplimiento fue el 14 de febrero de 2017, cuando ya se encontraba vigente el Decreto Legislativo N° 1272, este Tribunal considera que debió ponerse a conocimiento de la administrada las “observaciones adicionales 1 y 2” relativas al referido incumplimiento, lo que no se hizo en el presente caso.

En relación a lo anterior, en los descargos presentados al inicio del procedimiento sancionador DOE RUN indicó que no se le impuso ninguna recomendación relacionada con los ventiladores. Al respecto, en el análisis de los descargos en la resolución apelada, si bien explica que OSINERGMIN en la etapa preliminar de los procedimientos administrativos tiene la potestad de evaluar la información entregada y de ser el caso imputar cargos, no acredita haber puesto en conocimiento de DOE RUN los incumplimientos detectados como resultado de la evaluación de documentos efectuada, previo al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

En atención a lo anterior, es pertinente indicar que el sub-numeral 4 del numeral 228-C del artículo 228-C del Decreto Legislativo N° 1272 establece el deber de las autoridades de entregar copia del Acta de Fiscalización o documento que haga sus veces al administrado al finalizar la diligencia de inspección, consignando de manera clara y precisa las observaciones que formule el administrado.



En tal sentido, al no haberse puesto en conocimiento de la administrada de las “observaciones adicionales 1 y 2” a través del Acta de Supervisión o documento que haga sus veces, conforme a lo dispuesto en el artículo 228-F del Decreto Legislativo N° 1272, el órgano de primera instancia debió proporcionar dicha información antes de iniciar el presente procedimiento administrativo sancionador.

Asimismo, cabe señalar que el Principio de Debido Procedimiento previsto en el sub-numeral 1.2 del numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, establece que los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento, los cuales comprenden -entre otros- los derechos a ser notificados, a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios, ofrecer y a producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho¹⁰.

De lo indicado, toda vez que el órgano de la primera instancia no comunicó a las “observaciones adicionales 1 y 2”, se concluye que ésta no pudo efectuar, de ser el caso, la subsanación voluntaria

¹⁰ TUO 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.

de la infracción antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, vulnerándose su derecho de defensa; y, en consecuencia, el Principio de Debido Procedimiento.



Al respecto, los numerales 1 y 2 del artículo 10° del T.U.O de la Ley N° 27444¹¹ disponen como causal de nulidad del acto administrativo la contravención a la ley o el defecto u omisión de alguno de sus requisitos de validez.

En el presente caso, se ha verificado que la resolución de sanción fue emitida en contravención del Principio de Debido Procedimiento, por lo que se debe estimar lo alegado por la administrada, correspondiendo declarar fundado el recurso de apelación y en consecuencia disponer el archivo del procedimiento administrativo sancionador en este extremo.

En cuanto a la aplicación de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD y la aplicación del Principio de Irretroactividad de las Normas y la infracción del numeral 2 del literal d) del artículo 104° del RSO (Incumplimiento N° 1)

5. Respecto a lo expuesto en los literales a), b) y c) del numeral 2 de la presente resolución, se debe precisar que el Principio de Legalidad previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del TUO de la Ley N° 27444, establece que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas¹².



Asimismo, el artículo 103° de la Constitución Política, en concordancia con el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, recoge la regla de la aplicación inmediata de la ley, lo que significa que desde su entrada en vigencia ésta se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas existentes¹³, mientras que el artículo 109° de la Constitución Política dispone que las normas son obligatorias a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

Por su parte, el Principio de Irretroactividad contenido en el numeral 5 del artículo 246° del TUO de la Ley N° 27444, señala que las entidades deben aplicar las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables en lo referido a la tipificación de la infracción, a la sanción y a sus plazos de prescripción¹⁴.

¹¹ TUO de la Ley N° 27444

Artículo 10°.- Causales de nulidad.- Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

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. (...)."

¹² TU 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:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

¹³ Constitución Política del Perú DE 1993

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

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

¹⁴ Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

Junto a lo anterior, se debe precisar que la Primera Disposición Transitoria 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/CD¹⁵, que entró en vigencia el 19 de marzo de 2017, indica que, entre otros, en lo referido a la sanción, siempre que se reconozcan derechos o facultades a los administrados frente a la Administración, se aplicarán las disposiciones del referido Reglamento a los procedimientos administrativos sancionadores que se encuentren en trámite.



De ahí que, de modo contrario a lo sostenido por la recurrente, no se encuentra proscrita la aplicación retroactiva de las disposiciones introducidas por la Resolución N° 040-2017-OS/CD, siempre que le resulten más beneficiosas a los administrados, en los aspectos de tipificación, sanción y prescripción. Así, si bien el presente procedimiento sancionador se inició el 14 de febrero de 2017, por lo que debe regirse por lo normado en la Resolución N° 272-2012-OS/CD, de conformidad con las normas jurídicas antes citadas, le serán de aplicación aquellas disposiciones de la Resolución N° 040-2017-OS/CD que le resulten más favorables, análisis que, en relación a la aplicación de atenuantes respecto del Incumplimiento 1, se efectuará con posterioridad.

En el presente caso, OSINERGMIN, en ejercicio de sus funciones, del 14 al 18 de octubre de 2015 realizó una visita de supervisión a la unidad minera "Cobriza 1126" de titularidad de la recurrente, conforme se aprecia en las Actas obrantes de fojas 3 a 8 del expediente, que de conformidad con el numeral 18.6 del artículo 18° de la Resolución N° 272-2012-OS/CD¹⁶, constituyen medios probatorios dentro del procedimiento administrativo sancionador, cuya información se presume cierta y que responde a la verdad de los hechos que en ellos se afirman, salvo prueba en contrario. Asimismo, los hechos detectados durante la supervisión también quedaron registrados en las vistas fotográficas que obran de fojas 10 a 13 del expediente, en las que se observa las mediciones efectuadas por los supervisores en las labores detalladas en el Acta de Supervisión.



De acuerdo al Acta de Supervisión del 18 de octubre de 2015, suscrita por los representantes de DOE RUN, entre los que se encontraban el Sub Gerente de Mina y el Jefe de Ventilación, durante la supervisión se constató lo siguiente:

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

5.- Irretroactividad. - 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.

Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.

¹⁵ Resolución N° 040-2017-OS/CD

Disposición Complementaria Transitoria

Primera. - Los procedimientos administrativos sancionadores actualmente en trámite continúan rigiéndose por las disposiciones bajo las cuales se iniciaron, salvo las disposiciones del presente Reglamento que reconozcan derechos o facultades a los administrados frente a la Administración, en lo referido a la tipificación de la infracción, a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor el presente reglamento. En este último caso, se aplicarán tales disposiciones previo informe del órgano que emitió el acto administrativo que dio fin al procedimiento administrativo sancionador, siendo dicha decisión inimpugnable.

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. (...)

N°	HECHOS CONSTATADOS		
2	Durante la supervisión, se realizó las mediciones de gases de Monóxido de Carbono (CO) en el tubo de escape de los equipos diésel en el interior de la mina, encontrándose que dos (02) equipos diésel sobrepasaron el LMP de 500 ppm como se indica en el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional D.S. 055-2010-EM. Se menciona los siguientes equipos:		
	N°	Equipo con motor petrolero	CO ppm
	1	Camión Hino de servicios ZONA III placa: W5M-926	893
	2	Camión Hino de servicios de taller placa: W5M-842	673

Adicionalmente, a fojas 17 y 18 del expediente, obra el Formato 10 "Medición de emisión de gases de equipos con motores petroleros", en el cual consta las mediciones realizadas, entre otros, a los equipos con motor petrolero descritos en el punto 3 de los hechos constatados, que arrojaron como resultado valores superiores al límite máximo permitido de 500 ppm de monóxido de carbono (CO), configurándose la infracción al numeral 2 del literal d) del artículo 104° del RSSO.

Conforme a lo anterior, se advierte que los hechos imputados a título de infracción se encuentran debidamente acreditados en función al contenido de los documentos antes citados, los cuales fueron recabados durante la labor de supervisión realizada del 14 al 18 de octubre de 2015 y que forman parte del expediente, verificándose que la administrada incurrió en responsabilidad administrativa por infracción al numeral 2 del literal d) del artículo 104° del RSSO.

En cuanto a la procedencia de eximente de responsabilidad

6. Ahora bien, con relación a su afirmación de haber subsanado el incumplimiento N° 1, pues implementó las recomendaciones dentro del plazo otorgado, en principio se debe precisar que la obligación referida al cumplimiento de las recomendaciones en la forma, modo y/o plazo establecido, es distinta a aquellas previstas en el RSSO y su inobservancia, constituye una infracción tipificada en el Rubro 10 del Anexo 1 de la Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones aplicable para la supervisión y fiscalización de la actividad minera, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 035-2014-OS/CD. Por ello, en caso de incumplimiento de una recomendación dispuesta por OSINERGMIN podría iniciarse el procedimiento sancionador respectivo. De acuerdo a ello, el incumplimiento del RSSO y el de una recomendación son infracciones distintas que acarrear sanciones independientes, conforme a los Cuadros de Tipificación aprobados mediante las Resoluciones N° 286-2010-OS-CD y N° 035-2014-OS-CD.

Sin perjuicio de ello, el incumplimiento N° 1 no es subsanable. En efecto, el numeral 2 del literal d) del artículo 104° del RSSO, estableció un parámetro legal de emisión de monóxido de carbono (CO) por el escape de máquinas a petróleo que no debe exceder de quinientos (500) ppm. Una nueva medición de la emisión de gases de los equipos de motores petroleros, distinta a la obtenida durante la visita de supervisión realizada del 14 al 18 de octubre de 2015 no subsana el "defecto" (incumplimiento del parámetro de emisión de monóxido de carbono por el escape de máquinas a petróleo) detectado durante la supervisión, tal como se verifica en los Formatos "Medición de Emisión de Gases de Equipos con Motores Petroleros", que obra a fojas 17 y 18 del expediente.

En ese orden de ideas, dichos parámetros constituyen normas 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 su finalidad, siendo el parámetro legal exigido por el RSSO una condición mínima de seguridad de cumplimiento obligatorio y constante, cuya finalidad es garantizar el desarrollo de las actividades mineras en interior de la mina, que incluye espacios confinados (labores ciegas) calificados como

de alto riesgo, en las cuales no es admisible la falta de una adecuada cobertura de aire y la falta de aire limpio.



De ahí que, toda vez que la infracción atribuida a la recurrente no es subsanable, ni bajo lo dispuesto por la Resolución N° 272-2012-OS/CD, ni lo regulado por la Resolución N° 040-2017-OS/CD, no corresponde eximir de responsabilidad administrativa a la recurrente.

Ahora bien, se debe precisar que a través del literal g.3) del inciso g) del numeral 25.1 del artículo 25° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD, se dispuso que para los supuestos indicados en el numeral 15.3 del artículo 15°, entre los cuales se encuentran las normas que establecen parámetros de medición, límites o tolerancias sobre aire o emisión¹⁷, se deberá aplicar un factor atenuante de -5%, si el agente supervisado acredita la realización de acciones correctivas, para cumplir con la obligación infringida hasta la presentación de los descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador¹⁸.

En tal sentido, toda vez que el literal g.3) del inciso g) del numeral 25.1 del artículo 25° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD, constituye una disposición más beneficiosa a la administrada, al incluir la aplicación de un atenuante a la multa por las acciones correctivas implementadas, de conformidad con lo dispuesto por el Principio de Legalidad, el Principio de Irretroactividad de la norma y la Primera Disposición Transitoria de la Resolución N° 040-2017-OS/CD, dicha norma jurídica debe ser aplicada retroactivamente al presente caso.



Es por ello que las acciones correctivas que realizó la recurrente a fin de cumplir con las obligaciones establecidas en los artículos antes citados, si bien no le eximen de responsabilidad por tratarse de infracciones no subsanables, sí fueron consideradas en la resolución de sanción para el cálculo de la multa como elemento atenuante, conforme al siguiente detalle:

- Infracción al numeral 2 del literal d) del artículo 104° del RSSO: En los numerales 4.1 y 5.1 de la resolución recurrida, se advierte que la GSM aplicó un atenuante consistente en el descuento del -5% sobre la multa base, de conformidad a lo previsto en el literal g.3) del numeral 25.1 del artículo 25° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD, toda vez que DOE RUN informó en su escrito del 14 de diciembre de 2015, las acciones correctivas realizadas para que sus equipos con motores a petróleo cumplan con su obligación de mantener la emisión de monóxido de carbono (CO) debajo de los 500 ppm.

¹⁷ De acuerdo a ello, en el literal h) del numeral 15.3 del artículo 15° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD, OSINERGMIN ha dispuesto que no es posible 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.

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. (...)"

¹⁸ 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%.



Finalmente, con relación a su afirmación de haber acatado oportunamente las recomendaciones que le efectuaron los supervisores de OSINERGMIN, subsanando los incumplimientos antes del inicio del procedimiento sancionador, por lo que de conformidad con el numeral 30.1 del artículo 30° de la Resolución N° 272-2012-OS/CD, el procedimiento sancionador debió archivers; cabe reiterar que las infracciones imputadas no admiten subsanación por responder a una situación de hecho verificada en un momento determinado, que por su naturaleza, no puede ser revertida en sus efectos. Además, los incumplimientos de las recomendaciones constituyen de ser el caso, ilícitos administrativos distintos a aquellos configurados por incumplimiento de las normas del RSSO, cuyas infracciones se encuentran tipificadas de modo independiente.

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

Sobre la supuesta vulneración del Principio de Legalidad

7. Respecto a lo alegado en el literal i) del numeral 2 de la presente resolución, debe indicarse que de acuerdo con el Principio de Legalidad, normado en el numeral 1 del artículo 246° del TUO de la Ley N° 27444, solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.¹⁹



Sobre el particular, MORON URBINA ha señalado que dicho principio se refiere a la regla de reserva de competencia para dos aspectos de la potestad sancionadora: para la atribución de la competencia sancionadora a una entidad pública y para la identificación de las sanciones aplicables a los administrados por incurrir en ilícitos administrativos. Conforme a ella, ambos aspectos de la materia sancionadora solo pueden ser abordados mediante “normas con rango de ley”. Asimismo, indica que, por la primera reserva legal, ninguna autoridad podrá atribuirse competencia sancionadora sobre los administrados, sino que debe obtener una norma expresa con rango de ley que así lo habilite. Por la segunda reserva legal, queda reservado solo a normas con rango de ley el señalamiento de las consecuencias jurídicas represivas a los administrados en caso de la comisión de ilícitos administrativos.²⁰

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 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 concesión²¹.

¹⁹ Ley N° 27444, modificada 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:

1. Legalidad. - Solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

²⁰ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Lima. 8° edición, 2009, pág. 64 a 67.

²¹ 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;

A través del artículo 1° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, se estableció que el Consejo Directivo de OSINERGMIN 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 sanciones²².

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 infracciones, entre otras, el incumplimiento del parámetro de emisión de monóxido de carbono proveniente de máquinas de petróleo (agentes químicos), conducta prevista mediante el numeral 3.9.2 del Rubro C del Anexo de dicho dispositivo legal, estableciéndose que la sanción a imponer serán de hasta 200 (doscientos) UIT.

Además, las obligaciones incumplidas se encuentran reguladas en el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM. Sobre el particular, se debe precisar que de acuerdo a lo regulado por los literales c) y d) del artículo 6° de la Ley Orgánica del Sector Energía y Minas, aprobado por Decreto Ley N° 25962²³, es función del Ministerio de Energía y Minas, dictar la normatividad general de alcance nacional en las materias de su competencia, así como formular las políticas en el sector minero.^{24,25} De lo anterior, se advierte que el Decreto Supremo N° 055-2010-EM, fue aprobado por el Ministerio de Energía y

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; (...)"

²² 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."

²³ Vigente al momento de la publicación del Decreto Supremo N° 024-2016-EM de fecha 28 de julio de 2016.

²⁴ Ley Orgánica del Sector Energía y Minas- Decreto Ley N° 25962

Artículo 6.- Son funciones del Ministerio de Energía y Minas (...)

c) Dictar la normatividad general de alcance nacional en las materias de su competencia.

d) Formular, y, en su caso, promover políticas de fomento y tecnificación de electricidad, hidrocarburos y minería;

²⁵ Actualmente, los artículos 11° y 14° de la Ley N° 30705, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas, disponen que el Ministerio de Energía y Minas es el responsable de orientar, formular y dirigir las políticas nacionales y sectoriales en materia de minería, es decir, es competente para la emisión de normas jurídicas que determinen la política del sector minero.

Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Energía y Minas, Ley N° 30705

Artículo 11. Ministro de Energía y Minas

El Ministro de Energía y Minas es la más alta autoridad política y la más alta autoridad ejecutiva del Ministerio. Tiene las siguientes funciones:

11.1 Orienta, formula, dirige, coordina, determina, ejecuta, supervisa y evalúa las políticas nacionales y sectoriales a su cargo; asimismo asume la responsabilidad inherente a dicha gestión en el marco general de la política de gobierno.

Artículo 14. Viceministro de Minas

El Viceministro de Minas es la autoridad inmediata al Ministro en asuntos de su competencia y por encargo del Ministro ejerce las siguientes funciones:

14.1 Formular, coordinar, ejecutar y supervisar la política de desarrollo sostenible en materia de minería, de conformidad con la respectiva política nacional.

Minas, en virtud de la norma jurídica antes señalada, que tienen rango de ley.



Conforme a lo anterior, se observa que no se ha vulnerado de modo alguno el Principio de Legalidad dispuesto por el numeral 1 del artículo 246° del TUO la Ley N° 27444, por lo que se procede a desestimar este extremo del recurso de apelación.

Sobre la supuesta vulneración del Principio de Razonabilidad y el Exceso de Punición

8. Respecto a lo alegado en el literal j) del numeral 2 de la presente resolución, se debe señalar que el numeral 3 del artículo 246° del TUO de la Ley N° 27444, que regula el Principio de Razonabilidad aplicable en el ámbito de la potestad sancionadora, precisa que la comisión de la conducta sancionable no debe resultar más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. En tal sentido, este Principio prescribe que las sanciones deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observarse los siguientes criterios de graduación:
- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
 - b) La probabilidad de detección de la infracción;
 - c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
 - d) El perjuicio económico causado
 - e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
 - f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
 - g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.



En el presente caso, el Incumplimiento N° 1 imputado a DOE RUN se encuentra tipificada en el rubro C del Anexo 1 de del cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupacional para las Actividades Mineras, aprobado por el Resolución N° 286-2010-OS/CD y establece como sanción aplicable una multa de hasta 200 (doscientos) UIT.

Adicionalmente, en el numeral 5.1 de la Resolución de Primera Instancia se verifica que la GSM consideró todos los criterios de graduación señalados²⁶, por lo tanto, no se vulnerado el referido principio.

De otro lado, respecto al incumplimiento N° 2, no corresponde analizar los criterios aplicados para el cálculo de multa, toda vez que se procedió a archivar el presente procedimiento administrativo en ese extremo.

²⁶ Respecto al Incumplimiento N° 1: DOE RUN ha cometido una (1) infracción al RSSO, que se encuentra tipificada y resulta sancionable según el numeral 3.9.2 del Rubro C del Cuadro de Infracciones. Se tomó en cuenta los siguientes factores:

Reincidencia en la comisión de la infracción: Se consideró el valor (7.5) dado que DOE RUN es reincidente en esta infracción.

Acciones correctivas: mediante escrito de fecha 14 de diciembre de 2015 (fojas 39 a 56) DOE RUN informó de las acciones correctivas realizadas para que los equipos materia de imputación cumplan con el parámetro de CO establecido en el RSSO. En consecuencia, considerando que hasta la presentación de los descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador, el titular minero informó sobre las acciones correctivas realizadas respecto del hecho imputado se aplicó un factor atenuante de (-5%).

Reconocimiento de la responsabilidad: No ha presentado escrito de reconocimiento de responsabilidad de la infracción imputada, por lo que no resulta aplicable este beneficio.

Cálculo del beneficio ilegalmente obtenido: Para efectos de la determinación de la multa se calcularon los costos evitados o postergados por el infractor al incumplir la normativa o disposición de Osinergmin, así como la utilidad o ganancia generada como consecuencia de dicho incumplimiento, de ser el caso.

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

9. Respecto a lo citado en el literal k) del numeral 2, se debe indicar que, de la revisión del expediente, se verifica que la apelante no amplió los argumentos expuestos en su recurso de apelación.

De conformidad con los numerales 16.1 y 16.3 del artículo 16° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD y, toda vez que no obra en el expediente administrativo mandato judicial alguno al que este Tribunal deba dar cumplimiento.

SE RESUELVE:

Artículo 1°. - Declarar **FUNDADO EN PARTE** el recurso de apelación interpuesto por DOE RUN PERÚ S.R.L., EN LIQUIDACIÓN EN MARCHA contra la de Gerencia de Supervisión Minera N° 1838-2017 de fecha 30 de octubre de 2017, en el extremo referido al Incumplimiento N° 2; y, en consecuencia, disponer su **ARCHIVO**, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°. - Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por DOE RUN PERÚ S.R.L., EN LIQUIDACIÓN EN MARCHA contra la de Gerencia de Supervisión Minera N° 1838-2017 de fecha 30 de octubre de 2017 en el extremo referido al Incumplimiento N° 1; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en ese extremo, correspondiendo pagar la multa impuesta respecto del Incumplimiento N° 1, ascendente a 1.21 (uno con veintiún centésimas) UIT.

Artículo 3°. - Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Héctor Adrián Chávarry Rojas y Luis Eduardo Ramírez Patrón.


HÉCTOR ADRIÁN CHÁVARRY ROJAS
PRESIDENTE