

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 291-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 11 de setiembre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201600158652 que contiene el recurso de apelación interpuesto por NYRSTAR ANCASH S.A., representada por el señor Edgardo Guillermo Portaro van Oordt, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1908-2017 de fecha 03 de noviembre de 2017, mediante la cual se le sancionó con multa por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 1908-2017, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a NYRSTAR ANCASH S.A., en adelante NYRSTAR ANCASH, con una multa total de 15.89 (quince con ochenta y nueve 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:

INFRACCIÓN		TIPIFICACIÓN	SANCIÓN		
Infracción al literal e) del artículo 236° del RSSO¹ Se verificó que la medición de velocidad de aire en interior mina, en la labor que se menciona en el siguiente cuadro, se encuentra por debajo de la velocidad mínima de 20 m/min exigida por la normativa vigente.		Numeral 1.1.10 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD ²	1.25 UIT		
<table><tr><th>Labor</th><th>Velocidad de aire (m/min)</th></tr><tr><td>Nv -250 CH 078</td><td>8.40</td></tr></table>	Labor			Velocidad de aire (m/min)	Nv -250 CH 078
Labor	Velocidad de aire (m/min)				
Nv -250 CH 078	8.40				

¹ Decreto Supremo N° 055-2010-EM.

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: (...)

e) En ningún caso la velocidad del aire será menor de veinte (20) metros por minuto ni superior a doscientos cincuenta (250) metros por minuto en las labores de explotación, incluido el desarrollo, preparación y en todo lugar donde haya personal trabajando. Cuando se emplee explosivo ANFO u otros agentes de voladura, la velocidad del aire no será menor de veinticinco (25) metros por minuto.

² Resolución N° 286-2010-OS/CD.

Anexo

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: Art. 236°, 237°, 238°, 239°, 240° y 255° del RSSO.

Multa: Hasta 400 UIT.

Infracción al numeral 2 del literal d) del artículo 104° del RSSO³ Se verificó que los vehículos con motor petrolero, señalados en el cuadro siguiente, excedían los límites máximos permisibles de emisión de monóxido de carbono por el tubo de escape en labores subterráneas.		Numeral 3.9.2 del Rubro C del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD ⁴	1.08 UIT								
<table><tr><th>Equipo</th><th>Emisión de CO (ppm)</th><th>Lugar donde se encontró el equipo</th></tr><tr><td>Camión Placa: F9U-825 (ECM Tuneleros)</td><td>796</td><td>Nv -250 Rampa N</td></tr><tr><td>Volquete Scania Placa: C0T-914 Código VQ-018</td><td>568</td><td>Nv 0 Rampa N</td></tr></table>				Equipo	Emisión de CO (ppm)	Lugar donde se encontró el equipo	Camión Placa: F9U-825 (ECM Tuneleros)	796	Nv -250 Rampa N	Volquete Scania Placa: C0T-914 Código VQ-018	568
Equipo	Emisión de CO (ppm)	Lugar donde se encontró el equipo									
Camión Placa: F9U-825 (ECM Tuneleros)	796	Nv -250 Rampa N									
Volquete Scania Placa: C0T-914 Código VQ-018	568	Nv 0 Rampa N									
Infracción al inciso b) del artículo 236° del RSSO⁵ No se mantiene una circulación de aire en cantidad y calidad suficientes, de acuerdo con el número de trabajadores y de equipos con motores diésel, conforme el siguiente detalle:		Numeral 1.1.10 del Rubro B ⁶ del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD ⁷	13.56 UIT								
<table><tr><th>Labor</th><th>Velocidad medida (m/min)</th><th>Caudal medido (m³/min)</th><th>Caudal requerido (m³/min)</th><th>Déficit de aire (m³/min)</th></tr><tr><td>Nv -250 Rp N</td><td>8.40</td><td>165.23</td><td>810</td><td>644.77</td></tr></table>				Labor	Velocidad medida (m/min)	Caudal medido (m³/min)	Caudal requerido (m³/min)	Déficit de aire (m³/min)	Nv -250 Rp N	8.40	165.23
Labor	Velocidad medida (m/min)	Caudal medido (m³/min)	Caudal requerido (m³/min)	Déficit de aire (m³/min)							
Nv -250 Rp N	8.40	165.23	810	644.77							
TOTAL			15.89 UIT⁸								

³ Decreto Supremo N° 055-2010-EM.

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.

⁴ Resolución N° 286-2010-OS/CD.

Anexo

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. 104° y 272° literal b) del RSSO.

Multa: Hasta 200 UIT.

⁵ RSSO

"Artículo 236°.- (...)

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 (...)"

⁶ 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

⁷ Resolución N° 286-2010-OS/CD.

Anexo

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. 104° y 272° literal b) del RSSO.

Multa: Hasta 200 UIT.

⁸ La determinación y graduación de las sanciones impuestas se realizó en función a los criterios específicos aprobados por la Resolución de Gerencia General N° 035, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 03 de febrero de 2011; así como la probabilidad de detección aprobada por el Anexo I de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS-GG, publicada con fecha 23 de noviembre de 2013, aplicable al presente caso de conformidad con lo dispuesto en la Única Disposición Complementaria de dicha resolución.

Como antecedentes relevantes, cabe señalar lo siguiente:



- a) Con fecha 8 al 11 de octubre de 2015, se llevó a cabo la supervisión regular a la Unidad Minera "Contonga" de titularidad de NYRSTAR ANCASH, con el objeto de verificar el cumplimiento de las disposiciones técnicas y de seguridad contenidas en el RSSO⁹.
 - b) A través de los escritos de registro N° 201500194109 y N° 201500176030 de fechas 06 de noviembre y 29 de diciembre de 2015 respectivamente, NYRSTAR ANCASH presentó información relativa al cumplimiento de las recomendaciones sobre los hechos constatados N° 1 y 2 formuladas durante la supervisión.
 - c) Mediante Oficio N° 2265-2016, notificado con fecha 2 de diciembre de 2016, obrante a fojas 72 del expediente, se comunicó a NYRSTAR ANCASH el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, debidamente sustentado en el Informe de Inicio de PAS N° 1680-2016, otorgándole el plazo de siete (7) hábiles a fin que presente los descargos que correspondan.
 - d) Por escrito de registro N° 201600158652 de fecha 14 de diciembre de 2016, NYRSTAR ANCASH presentó sus descargos al procedimiento administrativo sancionador.
 - e) Con Oficio N° 581-2017-OS-GSM, notificado el día 2 de octubre de 2017, obrante a fojas 118, se comunicó a NYRSTAR ANCASH el Informe Final de Instrucción N° 727-2017, otorgándole el plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de sus descargos.
 - f) A través del escrito con registro N° 20160015852 de fecha 9 de octubre de 2017, la empresa CONTONGA PERÚ S.A.C., en adelante CONTONGA, se apersona al procedimiento administrativo sancionador y presenta descargos respecto al Informe Final de Instrucción N° 727-2017, en virtud de lo señalado en el Asiento B00002 de la Partida Electrónica N° 13772234 del Libro de Sociedades Mercantiles del Registro de Personas Jurídicas de Lima.
 - g) Mediante Oficio N° 654-2017-OS-GSM, notificado con fecha 07 de noviembre de 2017, se comunica a COTONGA que no resulta procedente el apersonamiento al procedimiento administrativo sancionador ni los descargos presentados mediante escrito de fecha 9 de octubre de 2017.
2. Por Memorándum N° GSM-462-2017, recibido el 30 de noviembre de 2017 por el TASTEM, el Gerente de Supervisión Minera remitió el expediente materia de análisis.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN DE NYRSTAR ANCASH

3. Con escrito de registro N° 201600158652, de fecha 27 de noviembre de 2017, NYRSTAR ANCASH interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 1908-2017, solicitando se declare fundado.

⁹ La Unidad Minera "Contonga" de titularidad, al momento de ocurridos los hechos de NYRSTAR ANCASH se encuentra ubicada en [REDACTED]

Con relación a la vulneración del Principio de Retroactividad Benigna que rige la potestad sancionadora



- a) La Resolución de Gerencia de Supervisión Minera Nº 1908-2017 señala que de conformidad con el numeral 15.3 del artículo 15º del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN¹⁰, las infracciones administrativas imputadas a NYRSTAR ANCASH no son pasibles de subsanación, por lo que no procedía aplicar el eximente de responsabilidad. No obstante, en dicha resolución no se ha considerado que NYRSTAR ANCASH efectuó la subsanación voluntaria de las infracciones antes de la fecha de inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, tal como consta en los escritos de levantamiento de observaciones que fueron remitidos con fechas 06 de noviembre y 29 de diciembre de 2015.



- b) Asimismo, NYRSTAR ANCASH indica que el literal f) del artículo 236-A de la Ley Nº 27444, modificada por el Decreto Legislativo Nº1272, estableció: *“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 235º”*, no contempla ningún supuesto de excepción, ni tampoco se encuentra contemplado que en algunos casos el administrado no pueda subsanar voluntariamente el acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa.

Asimismo, el segundo párrafo del numeral 5 del artículo 230º de la Ley Nº 27444, modificado por el Decreto Legislativo Nº 1272, señala: *“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”*, por lo que, de acuerdo a lo señalado por el profesor Juan Carlos Morón Urbina, *“si luego de la comisión de un ilícito administrativo según ley preexistente, se produce una modificación legislativa, y la nueva ley – en su consideración integral – es más favorable para el administrado, se debe aplicar al caso así no haya estado vigente al momento de su calificación por la autoridad”*¹¹.

Por otro lado, NYRSTAR ANCASH señala que el segundo párrafo del numeral 245.2 del artículo 245º del T.U.O. de la Ley Nº 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, establece: *“Los procedimientos especiales no pueden imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo”*, de igual forma el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la misma norma, establece: *“Las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previas en la presente Ley”*.

¹⁰ Resolución Nº 040-2017-OS-CD

Artículo 15º Subsanación voluntaria de la infracción

(...)

15.3 No son pasibles de subsanación

(...)

h) Incumplimientos relacionados con procedimiento 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.

¹¹ Morón Urbina, Juan Carlos, “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General “. Lima, Gaceta Jurídica. 2001. Pp 517-518.

En ese sentido, NYRSTAR ANCASH menciona que la aplicación del numeral 15.3 del artículo 15º del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN al presente procedimiento administrativo sancionador vulnera el Principio de Retroactividad Benigna, pues dicha aplicación no resulta ser más favorable a NYRSTAR ANCASH. De igual forma, vulnera lo establecido en numeral 245.2 del artículo 245º del T.U.O. de la Ley Nº 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, y el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la misma norma.



Respecto a la vulneración del Principio de Predictibilidad

- c) La resolución apelada habría vulnerado el Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima¹², pues no ha tomado en consideración que anteriormente se ha emitido actos administrativos en otros procedimientos administrativos sancionadores¹³ en los cuales sí se reconoce la condición eximente de responsabilidad administrativa por subsanación voluntaria de la infracción antes del inicio de dichos procedimientos, sobre las mismas infracciones.



Respecto a la solicitud de informe oral

- d) Al amparo del artículo 33º de la Resolución Nº 040-2017-OS/CD, NYRSTAR ANCASH, solicita el uso de la palabra a fin de que puedan sus representantes sustentar los argumentos de hecho y derecho de defensa.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN DE CONTONGA

4. Con escrito de registro Nº 201600158652 de fecha 29 de noviembre de 2017, CONTONGA, interpone el recurso impugnativo de apelación contra el Oficio Nº 654-2017-OS-GSM, solicitando la nulidad del oficio impugnado.

Sobre la vulneración a su legítimo interés

- a) El Oficio Nº 654-2017-OS-GSM se sustenta señalando que el apersonamiento y descargos presentados por CONTONGA, vulnerarían el Principio de Causalidad, pues el presente procedimiento administrativo sancionador debe seguirse única y exclusivamente contra NYRSTAR ANCASH, como agente supervisado y por ser quien incurrió en las infracciones imputadas. Por otro lado, CONTONGA argumenta tener legítimo interés en la decisión de la Autoridad Administrativa no con la finalidad de ser quien asuma la posible sanción que se imponga, por lo que el oficio impugnado no podría alegar la vulneración del Principio de Causalidad.

¹² TUO de la Ley Nº 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General
Título Preliminar

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:

1.15 Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima. - La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

¹³ Resolución Nº 004-2017-OS/TASTEM-S2, Resolución Nº 011-2017-OS/TASTEM-S2 y Resolución Nº 016-2017-OS/TASTEM-S2.



En ese mismo sentido, señala que de acuerdo con el numeral 69.3 del artículo 69° del T.U.O. de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, los terceros pueden apersonarse en cualquier estado del procedimiento, teniendo los mismos derechos y obligaciones de los participantes en él, disposición que debería ser concordada con el artículo 118° del mismo cuerpo legal, debido a que este artículo supone que el derecho de contradicción no solo del agente supervisado que incurre en infracción que se le imputa, sino también que se le otorga el derecho de contradicción a los terceros administrados, en tanto vean afectados sus intereses quienes pueden formular argumentos que coadyuven a la defensa del imputado.



En efecto, CONTONGA manifiesta ser, en la actualidad, titular de la Unidad Minera “Contonga” y, debido a que el presente procedimiento se origina por una supervisión en la mencionada unidad minera, ostentaría un legítimo interés, al haber recibido como consecuencia de la reorganización simple de NYRSTAR ANCASH, un bloque patrimonial de los activos y pasivos correspondientes a la unidad minera en referencia, razón por la cual, la decisión que tome la autoridad administrativa al considerar que dichos activos cuentan o no con los requisitos mínimos establecidos por el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, afectará de manera directa los intereses de CONTONGA, debiéndose tener en consideración lo establecido en los numerales 6.3 y 6.4 del artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1310¹⁴.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN DE NYRSTAR ANCASH

Respecto a la presunta vulneración de la Retroactividad Benigna

5. Sobre los literales a) y b) del numeral 3 de la presente resolución, cabe señalar que mediante el Decreto Legislativo N° 1272 publicado el 21 de diciembre de 2016, se modificó la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, disponiéndose en el literal f) del numeral 1 del artículo 236°-A de la mencionada Ley, que constituye una condición eximente de la responsabilidad por infracción, la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 235° del aludido cuerpo legal. (Subrayado agregado)¹⁵

Asimismo, la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1272,

¹⁴ Decreto Legislativo N° 1310

“Artículo 6°.- Reconocimiento de titularidad de registros, certificados, permisos, licencias, autorizaciones y procedimientos administrativos en casos de reorganización de sociedades y cambios de denominación social
(...)”

6.3 Las sociedades absorbentes o incorporantes se subrogarán de manera automática en la posición de las sociedades que se extinguen en todo procedimiento administrativo que se encuentre en trámite referido a las sociedades que se disuelven por la fusión, desde la fecha de la comunicación de la fusión a la entidad pública correspondiente.

6.4 Las reglas establecidas en este artículo son de aplicación también a los procesos de escisión y de reorganización simple de sociedades, respecto de los registros, certificados, permisos, licencias y autorizaciones y procedimientos administrativos relacionados a los bienes, derechos, obligaciones u operaciones que se transfieran como consecuencia de la escisión o la reorganización simple y que se identifiquen en la escritura pública correspondiente.
(...)”

¹⁵ Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

Artículo 236-A.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

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

(...)”

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”.

dispuso que las entidades tendrán un plazo de sesenta (60) días, contado desde la vigencia del citado Decreto Legislativo, para adecuar sus procedimientos especiales según lo previsto en el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444¹⁶.

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 Públicos¹⁷ y el artículo 3° de la Ley N° 27699 - Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN¹⁸, a través de la Resolución N° 040-2017-OS/CD ha regulado los incumplimientos que no son pasibles de subsanación voluntaria, considerando para ello las características y naturaleza de las obligaciones exigidas y su condición de normas de orden público conforme a la normativa vigente.

De acuerdo a ello, en el literal h) del numeral 15.3 del artículo 15° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD¹⁹, 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. Tal como es en nuestro caso, de los incumplimientos a los literales b) y e) del artículo 236° y el literal d) del numeral 2 del artículo 104° del RSSO, materia de imputación en el presente procedimiento, los cuales están vinculados al monitoreo de los parámetros de ventilación (velocidad de aire, cobertura de aire y emisión de gases) en las labores mineras subterráneas. (Subrayado agregado)

En ese sentido, tal como lo expuso la GSM en la resolución impugnada, las mediciones reflejan condiciones únicas cuyos resultados son inmediatos (registro de hora), por lo que unas nuevas mediciones, posteriores a las verificadas durante la supervisión, reflejarían condiciones de ventilación, distintas que no subsanan los "defectos" (incumplimientos del parámetro de velocidad, cobertura de aire y emisión de monóxido de carbono) detectados durante la

¹⁶ Decreto Legislativo N° 1272

Disposiciones Complementarias Transitorias

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

¹⁷ 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."

¹⁸ 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."

¹⁹ 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. (...)"

supervisión del 8 al 11 de octubre de 2015, como se verifica en los Formatos N° 9 “Medición de Velocidad de Aire – Temperatura- Humedad”; el Formato N° 10 denominado “Medición de Emisión de Gases de Equipos con Motores Petroleros” y el Formato N° 11 “Cálculo de Cobertura en Labores Específicas”, obrantes a fojas 14 a 20, 23 a 25 y 30 del expediente administrativo.

Pues bien, conforme lo señalado por la GSM, el RSSO ha fijado parámetros legales de: i) velocidad de aire no menor de 20 m/min, ii) emisión de gases (monóxido de carbono y vapores nitrosos no mayor a 500 ppm) y iii) cobertura de aire (cantidad expresada en porcentaje) de acuerdo con el número de trabajadores y el total de HP de equipos con motores de combustión interna. Dichos parámetros constituyen normas de orden público, de manera que el desarrollo de actividades mineras que no respeten los mismos se encuentra prohibido, por lo que admitir su incumplimiento –tolerancia de dichos parámetros- atenta contra la finalidad misma.

De lo expuesto se verifica que los parámetros legales exigidos por el RSSO son condiciones mínimas de seguridad de cumplimiento obligatorio y constante, cuya finalidad es garantizar el desarrollo adecuado de las actividades mineras en el interior de la mina, que incluye espacios confinados (labores ciegas) calificados como de alto riesgo, en las cuales no es admisible una velocidad de aire por debajo del mínimo permitido y la ausencia de aire limpio.

Conforme se observa de lo anterior, las infracciones imputadas a NYRSTAR ANCASH, relacionadas a los incumplimientos a los literales b) y e) del artículo 236° y el literal d) del numeral 2 del artículo 104° del RSSO, por su propia naturaleza no son pasibles de subsanación, por lo que no corresponde la aplicación de la eximente de responsabilidad previsto en el literal f) del numeral 236-A de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272 y el literal f) del numeral 1 del artículo 255° del T.U.O. de la citada Ley.

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

No obstante, las acciones correctivas realizadas por la recurrente a fin de cumplir con las obligaciones establecidas en los literales b) y e) del artículo 236° y el literal d) del numeral 2 del artículo 104° del RSSO, si bien no la eximen de responsabilidad administrativa, sí fueron consideradas en el cálculo de la multa impuesta a través de la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1908-2017, como factor atenuante.

En efecto, de la revisión de la resolución recurrida, se advierte que la Gerencia de Supervisión Minera consideró lo dispuesto en el inciso g.3) del literal g) del numeral 25.1 del artículo 25° de la Resolución N° 040-2017-OS/CD²⁰, el cual establece que para los supuestos indicados en

²⁰ Resolución N° 040-2017-OS/CD

Artículo 25.- Graduación de multas

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

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

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 es de -5%.

Por lo tanto, en este caso se aplicó el citado atenuante sobre la multa base como parte del criterio de circunstancias de la comisión de la infracción, toda vez que NYRSTAR ANCASH mediante escritos de fecha 06 de noviembre y 29 de diciembre de 2015, informó las acciones correctivas a fin de mejorar la velocidad de aire, cobertura de aire y emisión de gases en las labores materia del hecho constitutivo de infracción.

En tal sentido, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación.

Respecto a la presunta vulneración del Principio de Predictibilidad

6. Sobre el literal c) del numeral 3 de la presente resolución, es pertinente señalar que, tal como indicó NYRSTAR ANCASH respecto los procedimientos administrativos sancionadores similares, en los cuales el Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería resolvió eximir de responsabilidad a la [REDACTED] sustentando su pronunciamiento, con la subsanación voluntaria de las infracciones debidamente acreditadas, se debe indicar que dichos pronunciamientos²¹ fueron emitidos de acuerdo a la normativa vigente al momento de su emisión, esto es, los días 10, 16 y 23 de enero de 2017, período en el cual no se encontraba vigente la Resolución N° 040-2017-OS/CD.

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

Asimismo, corresponde agregar que según el artículo VI del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444, los actos administrativos que al momento de resolver casos particulares interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria para la entidad. Para ello, dichos actos deberán ser publicados conforme a las reglas establecidas para dichos fines, mientras no sufran modificación alguna. En ese sentido, cabe precisar que, los pronunciamientos del Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minas a los que hace referencia la recurrente no han sido constituidos como precedentes administrativos de observancia obligatoria.

Adicionalmente, resulta pertinente indicar, que la Resolución N° 040-2017-OS/CD es de cumplimiento obligatorio para OSINERGMIN, las Empresas Supervisoras y los agentes Supervisados, en el marco de las funciones supervisora, fiscalizadora y sancionadora, bajo la competencia de este Organismo Regulador. En ese sentido, la recurrente como titular de las actividades del sector minería cuenta con capacidad técnica y administrativa para conocer e

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%.

²¹ Ver pie de página 13.

interpretar correctamente las leyes, normas y procedimientos vigentes aplicables, motivo por el cual resulta razonable que pueda determinar qué conductas constituyen infracción las mismas que corresponde sancionar conforme a la normativa vigente.

En consecuencia, se advierte que el Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN y, aprobado mediante Resolución N° 040-2017-OS/CD ha respetado las disposiciones contenidas en el T.U.O. de la Ley N° 27444 y no ha dispuesto ninguna condición menos favorable para los administrados²², por lo que el pronunciamiento de la primera instancia fue emitido cumpliendo el marco normativo aplicable y atendiendo a la naturaleza de los incumplimientos materia de imputación, no habiéndose configurado causal alguna para declarar fundado el recurso de apelación y/o declarar la nulidad de la resolución impugnada.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN DE CONTONGA

Respecto a la presunta vulneración del Legítimo Interés de Contonga

7. Sobre el literal a) del numeral 4 de la presente resolución es preciso indicar que, el artículo 69º del T.U.O. de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General determina como debe ser la comunicación de la resolución emitida a quienes son considerados terceros administrados, estableciendo lo siguiente:

"69.1 Si durante la tramitación de un procedimiento es advertida la existencia de terceros determinados no comparecientes cuyos derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados con la resolución que sea emitida, dicha tramitación y lo actuado les deben ser comunicados mediante citación al domicilio que resulte conocido, sin interrumpir el procedimiento.

69.2 Respecto de terceros administrados no determinados, la citación es realizada mediante publicación o, cuando corresponda, mediante la realización del trámite de información pública o audiencia pública, conforme a esta Ley.

69.3 Los terceros pueden apersonarse en cualquier estado del procedimiento, teniendo los mismos derechos y obligaciones de los participantes en él".

En ese sentido, se verifica de la norma citada precedentemente que, si bien es cierto, los terceros pueden apersonarse en cualquier estado del procedimiento, teniendo los mismos derechos y obligaciones de los que participan en él, también lo es que, tanto para los terceros determinados como para los terceros no determinados, se establece como condición que en la resolución que se vaya a emitir durante la tramitación de un procedimiento administrativo, sus derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados.

Asimismo, resulta pertinente mencionar que el artículo 118º del T.U.O. de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, establece la facultad de contradicción administrativa:

²² En efecto, no se ha trasgredido lo dispuesto por el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444 y modificatorias, que establece que las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente ley, ya que conforme se explicó la infracción materia de análisis no admite subsanación alguna.



*“118.1 Frente a un acto que supone que **viola, afecta, desconoce o lesiona un derecho o un interés legítimo**, procede su contradicción en la vía administrativa en la forma prevista en esta Ley, para que sea revocado, modificado, anulado o sean suspendidos sus efectos.*

*118.2 Para que el interés pueda justificar la titularidad del administrado, debe ser legítimo, personal, actual y probado. **El interés puede ser material o moral.***

118.3 La recepción o atención de una contradicción no puede ser condicionada al previo cumplimiento del acto respectivo”. (El resaltado es nuestro)

En efecto, de lo expuesto se verifica que, se podrá ejercer la facultad de contradicción si se ve violado, afectado, desconocido o lesionado un derecho o un interés legítimo; sin embargo, para que se justifique la titularidad del administrado debe tratarse de un interés legítimo, personal, actual y probado, más aún debe tratarse de un interés material o moral.



En el presente caso, se debe advertir que, al momento de llevarse a cabo la supervisión realizada los días 08 al 11 de octubre de 2015, NYRSTAR ANCASH era titular de la unidad minera “Contonga”, es decir, única responsable administrativamente de los hechos imputados a través del Oficio Nº 2265-2016.

Ahora bien, de conformidad con lo señalado en el Asiento B0002 de la Partida Nº 13772234 de la Oficina Registral Lima de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, se advierte que, por Escritura Pública de fecha 06 de marzo de 2017, se acordó la Reorganización Simple de un bloque patrimonial a favor de la sociedad Contonga Perú S.A.C. en calidad de beneficiaria y la sociedad NYRSTAR ANCASH S.A., en calidad de aportante.

Asimismo, mediante Asiento 0006 de la Partida Nº 12154381 y Ficha Nº 254287 del Libro de Derechos Mineros se verifica que Contonga Perú S.A.C. es titular de la concesión “Contonga”, ubicada en [REDACTED] al haberse acordado el cambio de denominación social del titular de [REDACTED] a NYRSTAR ANCASH S.A., en mérito a la Escritura Pública de fecha 06 de febrero de 2012, y luego de la Reorganización Simple de NYRSTAR ANCASH S.A. segregando un bloque patrimonial, entre ellos, la concesión “Contonga” a favor de Contonga Perú S.A.C., en mérito a la Escritura Pública de fecha 06 de marzo de 2017.

En ese sentido, resulta claro determinar que CONTONGA al momento de apersonarse al presente procedimiento administrativo sancionador y formular descargos²³ era titular de la unidad minera “Contonga”, sin embargo, de la revisión de los actuados, se verifica que la empresa NYRSTAR ANCASH S.A., segregó un bloque patrimonial (unidad minera “Contonga”), sin extinguirse como sociedad, por lo que, en aplicación del Principio de Causalidad, regulado en el numeral 8 del artículo 246º del T.U.O. de la Ley Nº 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, que establece: *“La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable”*, se tiene como responsable administrativamente a NYRSTAR ANCASH, al ser titular minera al momento de la supervisión.

Además, cabe precisar que, tal como se ha señalado en el párrafo precedente NYRSTAR ANCASH, segregó un bloque de su patrimonio (unidad minera “Contonga”), no obstante, mantiene en su activo las acciones o participaciones correspondientes a dicho aporte, de

²³ Escrito con registro Nº 201600158652 de fecha 09 de octubre de 2017.

conformidad con lo establecido en el artículo 391º de la Ley Nº 26778 – Ley General de Sociedades²⁴.

Por otro lado, mediante escritos de fecha 06 de noviembre de 2015 y 29 de diciembre de 2015, NYRSTAR ANCASH comunicó las acciones correctivas respecto a los hechos constatados durante la supervisión realizada los días 08 al 11 de octubre de 2015. Adicionalmente, mediante la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera Nº 1908-2017²⁵ de fecha 03 de noviembre de 2017 se sancionó a NYRSTAR ANCASH con una multa total equivalente a 15.89 (quince con ochenta y nueve centésimas) UIT por incumplir el RSSO, por lo que no se evidencia el perjuicio económico o material que causaría la decisión emitida por la Administración a CONTONGA, motivo por el cual no se acreditaría el legítimo interés que se alega, tal como señala el profesor Juan Carlos Morón Urbina, el interés para ser legítimo, requiere la concurrencia de tres elementos subjetivos:

*“a) Ser un interés personal: que el beneficio o afectación que el contenido del acto administrativo debe tener repercusión en el ámbito privado de quien lo alegue (interés no administrativo), esto es que no se intente representar intereses generales que han sido confiados a la Administración y precisamente en cuya autoridad se ha dictado el acto (...); b) ser un interés actual: por el beneficio o afectación que el contenido del acto administrativo debe tener repercusión o incidencia efectiva e inmediata en la esfera del titular del interés reclamado. Por lo tanto, no califican como interés legítimo aquellos agravios potenciales, futuros, hipotéticos y remotos; y, c) ser un interés probado: por el que el beneficio o afectación que el contenido del acto produce en el interés debe estar acreditado a criterio de la administración, no bastando su mera alegación”.*²⁶

Además, resulta pertinente mencionar que con fecha 02 de abril de 2018, la EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A., en adelante LOS QUENUALES, hace de conocimiento de la Gerencia de Supervisión Minera que mediante las Juntas Generales de Accionistas de LOS QUENUALES y CONTONGA, ambas celebradas con fecha 28 de diciembre de 2017, se acordó la fusión por absorción de CONTONGA por parte de LOS QUENUALES, vigente desde el 01 de enero de 2018, por tanto, LOS QUENUALES, ha asumido a título universal la unidad minera “Contonga” ubicada el distrito de San Marcos, provincia de Huari y departamento de Ancash, subrogándose en su posición.

En tal sentido, cuando falta alguno de los elementos señalados precedentemente, nos encontramos frente a un interés simple, el mismo que no es suficiente para ejercer el derecho de contradicción, en nuestro caso. Por lo expuesto, no se identifica la existencia de repercusión o incidencia efectiva e inmediata alguna, ni se ha acreditado la afectación respecto a haberse declarado improcedente el apersonamiento y presentación de los descargos a través del escrito de fecha 09 de octubre de 2017, por lo que no se configuran dos (2) de los tres (3) elementos requeridos para que resulte legítimo el interés de ejercer la facultad de contradicción de

²⁴ Ley Nº 26778 – Ley General de Sociedades

“Artículo 391º.- Reorganización Simple

Se considera reorganización el acto por el cual una sociedad segrega uno o más bloques patrimoniales y los aporta a una o más sociedades nuevas o existentes, recibiendo a cambio y conservando en su activo las acciones o participaciones correspondientes a dichos aportes”.

²⁵ Resolución de Gerencia de Supervisión Minera Nº 1908-2017, tiene como referencia para el cálculo de las multas, las acciones correctivas comunicadas antes de los descargos, por lo que se consideró un atenuante de -5% para cada incumplimiento.

²⁶ MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”. Gaceta Jurídica, Lima, 2017. Décimo Segunda edición. pp. 611-612.

CONTONGA. En consecuencia, el Oficio N° 654-2017-OS-GSM, no vulneró, afectó, desconoció o lesionó derecho alguno o el legítimo interés a la recurrente, por lo que se deberá declarar improcedente el recurso de apelación interpuesto por CONTONGA.

8. Finalmente, corresponde precisar que a través del escrito de registro N° 201600158652 de fecha 27 de noviembre de 2017, NYRSTAR ANCASH solicitó el uso de la palabra.

Al respecto, es preciso indicar que, al momento de emitirse el presente acto administrativo se han evaluado a cabalidad los actuados en el procedimiento administrativo sancionador, motivo por el cual constituye una decisión debidamente motivada, que ha contado con elementos probatorios suficientes para resolver. En tan sentido, se debe tener en consideración que se han respetado los Principios del Procedimiento Administrativo Sancionador, entre ellos el Debido Procedimiento, pues se identifica que el derecho de defensa de NYRSTAR ANCASH no se ha visto vulnerado, al haber tenido la oportunidad de presentar los alegatos que consideró pertinentes mediante recurso de apelación; y al no requerir de mayores elementos de juicio para resolver, de conformidad con el artículo 33° de la Resolución N° 040-2017-OS-CD, corresponde denegar la solicitud de uso de la palabra.

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 **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por NYRSTAR ANCASH S.A., contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1908-2017 de fecha 03 de noviembre de 2017; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus extremos.

Artículo 2°.- Declarar **IMPROCEDENTE** el recurso de apelación interpuesto por CONTONGA PERÚ S.A.C., (actualmente, EMPRESA MINERA LOS QUENUALES S.A.) contra el Oficio N° 654-2017-OS-GSM, de fecha 02 de noviembre de 2017.

Artículo 3°.- Declarar agotada la vía administrativa.

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


JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE