

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 080-2015-OS/TASTEM-S2

Lima, 23 de junio de 2015

VISTO:

El Expediente N° 068-2011 que contiene los recursos de apelación interpuestos por COMPAÑÍA DE MINAS BUENAVENTURA S.A.A., representada por el señor Guillermo Schoof Angobaldo, y GEOTECNIA PERUANA S.R.L., representada por el señor José Berrocal Villagómez, contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Minera N° 1124-2015 de fecha 13 de mayo de 2015, 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° 1124-2015, la Gerencia de Fiscalización Minera, en adelante GFM, sancionó a COMPAÑÍA DE MINAS BUENAVENTURA S.A.A., en adelante BUENAVENTURA, y a la empresa contratista GEOTECNIA PERUANA S.R.L., en adelante GEOTECNIA PERUANA, con una multa solidaria de 16.52 (dieciséis con cincuenta y dos 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 detalle¹:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Infracción al literal g) del artículo 38° del RSSO ² La supervisión no verificó el cumplimiento del inciso d) del numeral 6.2 del Procedimiento Escrito de Trabajo Seguro (PETS) "Traslado de tubería de perforación HQ y NQ" ³ .	Numeral 5.1.3 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD ⁴	16.52 UIT
TOTAL		16.52 UIT⁵

¹ De acuerdo al numeral 2.2 de la Resolución N° 1124-2015, los actuados del presente procedimiento administrativo sancionador referidos a las infracciones a los numerales 1.a.1 y 1.a.2 del artículo 69°, literal ñ) del artículo 26°, artículo 31° y literal g) del artículo 228° del RSSO, fueron derivados al Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo para su evaluación conforme a sus competencias.

² RSSO.

Artículo 38.- Es obligación del supervisor (ingeniero o técnico): (...)

g. Instruir y verificar que los trabajadores conozcan y cumplan con los estándares y PETS y usen adecuadamente el equipo de protección personal apropiado para cada tarea.

³ El literal d) del numeral 6.2 del Procedimiento Escrito de Trabajo Seguro (PETS) "Traslado de tubería de perforación HQ y NQ", señala: "Para el traslado hacia la plataforma se sacan los tacos y cono de la camioneta, es importante considerar la velocidad de la camioneta. En tochas o vías planas y espaciosas 20 kilómetros por hora, en trochas con pendiente 15 kilómetros por hora y en curvas críticas 10 kilómetros por hora". (Subrayado agregado)

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 Ocupaciones para las actividades mineras

Rubro B

Incumplimiento de Normas Técnicas de Seguridad Minera

5. Incumplimiento de normas de supervisión e inspecciones

5.1 Supervisión

5.1.3 Obligaciones del supervisor

Base legal: Art. 38°, 39°, 130° y 153° del RSSO

Sanción: Hasta 250 UIT

⁵ Para la determinación y graduación de la sanción se aplicaron los criterios específicos aprobados por Resolución de Gerencia General N° 035 publicada con fecha 03 de febrero de 2011; así como el valor de la probabilidad de detección definida en el Anexo de la Resolución N° 256-2013-OS/GG publicada con fecha 23 de noviembre de 2013.

Como antecedentes relevantes, cabe señalar los siguientes:

- a) Con fecha 11 de mayo de 2011, en el Proyecto de Exploración Colquemayo de la Concesión Amate 2B, ocurrió el accidente fatal de los señores Luis Orlando Velásquez Monterola y José Antonio Oblitas Suni, trabajadores de la empresa contratista GEOTECNIA PERUANA y la empresa sub-contratista CARCENTER REPRESENTACIONES S.R.L., respectivamente⁶.

El accidente ocurrió cuando el señor José Antonio Oblitas Suni conducía la camioneta de placa A3Z-822 con dirección a la plataforma de perforación N° 14, trasladando en la cabina a los señores Juan Carlos Pando Callo, Hilario Concha Huaracha y Luis Orlando Velásquez Monterola; y en la tolva, 5 tubos HQ de 03 metros y 35 Kg. cada uno aproximadamente. En dichas circunstancias, mientras bajaban por una de la curvas de la trocha de acceso, el conductor perdió el control del vehículo, cayendo a un abismo de 250 metros.

Producto de dicha volcadura, fallecen los señores José Antonio Oblitas Suni y Luis Orlando Velásquez Monterola, y los demás ocupantes quedan gravemente heridos.

- b) Mediante comunicación de fecha 12 de mayo de 2011, obrante de fojas 01 a 02 del expediente, BUENAVENTURA comunicó a la GFM la ocurrencia del accidente fatal detallado en el literal anterior.
- c) A través de escrito de registro N° 201100064746 de fecha 20 de mayo de 2011, BUENAVENTURA remitió a la GFM el Informe Final de Investigación del accidente fatal ocurrido en sus instalaciones.
- d) Con fecha 14 al 16 de mayo de 2011, la empresa supervisora CONSORCIO SC INGENIERIA S.R.L. Y HLC S.A.C., en adelante la Supervisora Externa, realizó la supervisión especial en el Proyecto Colquemayo de la Unidad Amate 2B de titularidad de BUENAVENTURA, con el objeto de investigar los hechos relacionados al accidente fatal de los trabajadores Luis Orlando Velásquez Monterola y José Antonio Oblitas Suni.
- e) Por escrito de registro N° 201100067408 de fecha 26 de mayo de 2011, la Supervisora Externa remitió a este Organismo el Informe N° 027-AM-SCI y HLC-2011 de mayo de 2011, en adelante el Informe de Supervisión, obrante de fojas 233 a 423 del expediente, con los resultados de la supervisión especial efectuada.
- f) Con escrito de registro N° 201100089466 de fecha 13 de julio de 2011, BUENAVENTURA presentó información relativa al cumplimiento de las recomendaciones formuladas con ocasión de la supervisión especial efectuada.
- g) Mediante Oficio N° 545-2011-OS-GFM, notificado con fecha 19 de julio de 2011, obrante a foja 528 del expediente, se comunicó a BUENAVENTURA el



⁶ El Proyecto Colquemayo de titularidad de BUENAVENTURA se encuentra ubicado en el paraje cerro Amata – cerro Cairani – Qda. Colquemayo, perteneciente a las comunidades de Amata y Palcamayo, distrito Coalaque, provincia General Sánchez Cerro, región Moquegua.

inicio del presente procedimiento administrativo sancionador⁷.

- h) Por Oficio N° 547-2011-OS-GFM, notificado con fecha 19 de julio de 2011, obrante a foja 529 del expediente, se comunicó a la empresa contratista GEOTECNIA PERUANA el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador⁸.
- i) Con escrito de registro N° 201100097938 de fecha 01 de agosto de 2011, BUENAVENTURA presentó sus descargos al inicio del procedimiento sancionador.
- j) Por medio del escrito de registro N° 201100098010 de fecha 01 de agosto de 2011, GEOTECNIA PERUANA presentó sus descargos al inicio del procedimiento sancionador.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Mediante escritos de registro N° 201100064746 de fechas 28 de mayo y 02 de junio de 2015, BUENAVENTURA y GEOTECNIA PERUANA interpusieron recurso de apelación contra la Resolución N° 1124-2015, respectivamente; en atención a los siguientes fundamentos⁹:

Con relación a la determinación y graduación de la multa

- a) La aplicación de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS-GG contraviene las leyes y normas reglamentarias vigentes.
- b) No se debe incluir como costo evitado la falta de un supervisor técnico, ya que las apelantes cuentan con profesionales que cumplen dicha labor.
- c) Considerando que el costo evitado por supervisor técnico se sustenta en que no se contaba con dicho personal para verificar el cumplimiento del Procedimiento Escrito de Trabajo Seguro (PETS) "Traslado de tubería de perforación HQ y NQ", no debe considerarse el monto equivalente a un mes de remuneración, sino sólo el valor de unas horas o un día como máximo.

Por la misma razón, tampoco debe aplicarse el monto del 100% del valor asignado al costo por tacógrafo.

- d) Se debe considerar que el cese de la infracción se verificó antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador y que ninguna de las apelantes tiene la condición de reincidente.
- e) Se ha vulnerado el Principio de Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del

⁷ Cabe precisar que mediante el Oficio N° 545-2011-OS-GFM, se imputó a BUENAVENTURA un total de 05 (cinco) infracciones al literal g) del artículo 38°, literal g) del artículo 228°, numerales 1.a.1 y 1.a.2 del artículo 69°, literal ñ) del artículo 26° y artículo 31° del RSSO. Asimismo, conjuntamente con el citado Oficio, se remitió a BUENAVENTURA una copia del Informe de Supervisión.

⁸ Cabe precisar que a través del Oficio N° 547-2011-OS-GFM, se imputó a GEOTECNIA PERUANA un total de 04 (cuatro) infracciones al literal g) del artículo 38°, numerales 1.a.1 y 1.a.2 del artículo 69°, literal ñ) del artículo 26° y artículo 31° del RSSO. Asimismo, conjuntamente con el citado Oficio, se remitió a GEOTECNIA PERUANA una copia del Informe de Supervisión.

⁹ Al respecto, cabe precisar que los escritos de apelación presentados por BUENAVENTURA y GEOTECNIA PERUANA cuentan con los mismos argumentos de hecho y de derecho.

Procedimiento Administrativo General, toda vez que los conceptos empleados para el cálculo del beneficio ilícito son forzados, arbitrarios y no se encuentran debidamente sustentados; en particular, el llamado "servicio de supervisión no vinculados", el cual no tiene sustento en disposición legal alguna.

- f) Para el cálculo del costo evitado se ha aplicado un plazo de 46 (cuarenta y seis) meses, transcurridos entre la fecha de la supervisión y la emisión de la resolución recurrida; lo cual no es correcto debido a que la apelante cumplió con subsanar la infracción el mes de julio de 2011, razón por la cual sólo debió considerarse 1 (un) mes como máximo¹⁰.
3. A través del Memorándum N° GFM-355-2015, recibido con fecha 08 de junio de 2015, la GFM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

CUESTIÓN PREVIA

Alcance de los recursos de apelación y extremos firmes de la Resolución N° 1124-2015

4. Al respecto, cabe indicar que de la revisión de los argumentos expuestos por BUENAVENTURA y GEOTECNIA PERUANA en sus respectivos recursos de apelación, descritos en los numerales a) al f) del numeral 2 de la presente resolución, se advierte que sólo cuestionan la determinación y graduación de la multa impuesta.

En tal sentido, considerando que dichas empresas no han formulado argumento alguno desconociendo o cuestionando su responsabilidad administrativa por la infracción al literal g) del artículo 38° del RSSO, en aplicación del artículo 212° de la Ley N° 27444, corresponde declarar que la Resolución N° 1124-2015 de fecha 13 de mayo de 2015 queda firme en dicho extremo¹¹.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Con relación a la determinación y graduación de la multa

5. Con relación al argumento contenido en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, cabe indicar que de acuerdo al Principio de Legalidad previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, las autoridades 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.

¹⁰ Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que si bien en sus recursos de apelación, BUENAVENTURA y GEOTECNIA PERUANA aluden al "beneficio ilícito", el plazo de 46 meses a que dichas empresas hacen referencia se vinculan al cálculo del costo evitado de la infracción al literal g) del artículo 38° del RSSO, razón por la cual en aplicación del Principio de Juez y Derecho previsto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, aplicable de manera supletoria en atención a su Primera Disposición Final y el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, se toma en consideración este último concepto.

¹¹ Ley N° 27444.

Artículo 212°.- Acto firme

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto.

¹² 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.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en el fundamento N° 25 de su sentencia dictada en el Expediente N° 2002-2006-PC/TC, explica que el Principio de Legalidad en el ámbito de la administración pública implica lo siguiente¹³:

"25. (...) las actuaciones de los funcionarios y autoridades públicas deben desarrollarse dentro del marco normativo establecido en la ley y en la Constitución, marco que contiene sus competencias, así como los límites de su actuación, por lo que resultan arbitrarias aquellas actuaciones, entre otras, que deliberadamente omitan el cumplimiento de una mandato contenido en una ley o en un acto administrativo; omitan expedir resoluciones administrativas o dictar reglamentos, o cumplan aparente, parcial o defectuosamente tales mandatos"

(Resaltado agregado)

En línea con lo anterior, MORÓN URBINA refiere que dicho principio impone una vinculación positiva de la administración a la ley, de modo tal que la certeza de validez de toda acción administrativa depende de la medida en que pueda referirse a un precepto jurídico o que, partiendo de este, puede derivarse como su cobertura o desarrollo necesario; constituyéndose el marco normativo en un valor indisponible, irrenunciable y no transigible¹⁴.



En dicho contexto, cabe indicar que mediante Resolución de Gerencia General N° 035, publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 03 de febrero de 2011, se aprobaron los criterios específicos para la aplicación de las sanciones contenidas en el Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad y Salud Ocupaciones para las actividades mineras, aprobado por Resolución N° 286-2010-OS/CD.



Posteriormente, a través de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG, publicada con fecha 23 de noviembre de 2013, se aprobaron criterios específicos para la graduación de sanciones por infracciones vinculadas a falta de autorización de construcción y/o funcionamiento en concesiones de beneficio; y, asimismo, valores aplicables a las probabilidades de detección, detallados en su Anexo 1.

A su vez, en la Disposición Complementaria Única de la citada resolución se precisó lo siguiente:

"DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA ÚNICA.- El Anexo 1 aprobado por la presente resolución resulta aplicable para la determinación de las multas, que se gradúen de conformidad con los criterios aprobados en la Resolución de Gerencia General OSINERGMIN N° 035"

(Resaltado agregado)

En atención a lo señalado, se advierte que el marco legal aplicable para la determinación y graduación de las sanciones previstas en el Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones aprobado por Resolución N° 286-2010-OS/CD, se encuentra conformado por la Resolución N° 035 y el Anexo 1 de la Resolución N° 256-2013-OS/GG, expedidas por la Gerencia General de este Organismo.

¹³ La sentencia Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 2002-2006-PC/TC se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02002-2006-AC.html#_ftnref9

¹⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Gaceta Jurídica, Lima, 2001. p. 26.

En el presente caso, la infracción imputada a BUENAVENTURA y GEOTECNIA PERUANA se encuentra tipificada en el numeral 5.1.3 del Rubro B del Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones aprobado por Resolución N° 286-2010-OS/CD, razón por la cual correspondía que el órgano de primera instancia determinase y gradúe las sanciones aplicables en función a los criterios contenidos en dicho marco legal.

Por esta razón, en el numeral 5 de la parte considerativa de la resolución recurrida, la GFM resaltó la aplicación de los criterios previstos en el literal i) del Rubro III de la Resolución N° 035, referidos a la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídicos protegidos, el perjuicio económico causado y el beneficio ilegalmente obtenido; y, además, el factor probabilidad de detección regulado en el Anexo I de la Resolución N° 256-2013-OS/GG:¹⁵

"(...) De otro lado, conforme a la Única Disposición Complementaria de la Resolución de Gerencia General de Osinergmin N° 256-2013-OS/GG, la probabilidad de detección de la infracción en el presente caso corresponde asignar el valor de 20% (...)"
(Resaltado agregado)

Como puede apreciarse, la aplicación de las Resoluciones N° 035 y N° 256-2013-OS/GG en la determinación y graduación de la multa solidaria impuesta a BUENAVENTURA y GEOTECNIA PERUANA se encuentra debidamente justificada y es acorde a las exigencias derivadas del Principio de Legalidad, correspondiendo precisar que la Resolución N° 256-2013-OS/GG se aplicó única y exclusivamente en el extremo referido al factor probabilidad de detección contemplado en el Anexo 1 de dicha resolución, en atención a lo establecido en su Disposición Complementaria Única.

En consecuencia, corresponde desestimar lo alegado por las apelantes en este extremo.

6. Respecto a los argumentos contenidos en los literales b) al e) del numeral 2 de la presente resolución, es de señalar que de acuerdo al Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, la Autoridad Administrativa debe prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

Por tal motivo, este Principio prescribe que las sanciones deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observarse los siguientes criterios de graduación¹⁶:

¹⁵ Cita contenida en el quinto párrafo del numeral 5 de la parte considerativa de la Resolución N° 1124-2015.

¹⁶ Ley N° 27444.

Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
b) El perjuicio económico causado;
c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido
- b) El perjuicio económico causado
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción
- e) El beneficio ilegalmente obtenido
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor

A su vez, MORÓN URBINA sostiene que la determinación y graduación de las sanciones administrativas aplicables al interior de los procedimientos administrativos sancionadores, bajo determinados parámetros claramente definidos por el Principio de Razonabilidad, se encuentra dentro del ámbito de la potestad discrecional con que cuenta la administración, con el propósito de individualizar, en un caso específico, la consecuencia jurídica aplicable una vez verificada la comisión de la infracción administrativa¹⁷.

De otro lado, el Principio del Debido Procedimiento establecido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la mencionada Ley, indica que los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento, que comprende, entre otros, el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho¹⁸.

Por tal razón, el numeral 4 del artículo 3° de la Ley N° 27444, en concordancia con su numeral 6.1 del artículo 6°, establece como requisito de validez de los actos administrativos su debida motivación, lo que implica que las autoridades, al resolver las causas, deben expresar las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión¹⁹.

En dicho contexto, corresponde indicar que la infracción imputada a BUENAVENTURA y GEOTECNIA PERUANA se encuentra tipificada en el numeral

¹⁷ En efecto, sobre la aplicación del Principio de Razonabilidad, el referido jurista nacional explica lo siguiente:

"(...) cuando la ley autoriza a una autoridad pública la aplicación de sanciones administrativas le apodera de una competencia marcadamente discrecional que se trasunta en el margen de apreciación subjetiva que tiene para poder tipificar la conducta incurrida, en determinar las pruebas necesarias, en la valoración de las circunstancias agravantes y atenuantes alrededor de la infracción y en la elección de la sanción a aplicarse, dentro del catálogo de sanciones habilitadas por la normativa (...)"

Recordemos que las normas sancionadoras suelen calificar que un determinado ilícito sea pasible de aplicarse una sanción determinada (por Ej. Multa o suspensión de derechos) pero delimita sus posibles alcances estableciendo rangos mínimos y máximos para cada tipo de infracción (...) con estos rangos dosifica los mínimos y máximos punitivos, según se trate de infracciones leves, graves y más graves. No obstante, dentro de estos linderos, la Administración preserva un nivel de discrecionalidad para elegir la cuantía de la sanción aplicable (...)"
(Subrayado agregado)

MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador". Lima: Gaceta Jurídica, Octava Edición, 2009. Páginas 693 a 696.

¹⁸ Ley N° 27444.

Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo (...)

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

¹⁹ Ley N° 27444.

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

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

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

Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

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

5.1.3 del Rubro B del Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones aprobado por Resolución N° 286-2010-OS/CD, la cual prevé como sanción aplicable una multa de hasta 250 UIT.

En tal sentido, a efectos de determinar y graduar la sanción dentro de dicho tope máximo, la GFM observó lo establecido en la Resolución de Gerencia General N° 035 publicada con fecha 03 de febrero de 2011, a través de la cual se aprobaron criterios específicos para la aplicación de las sanciones contenidas en el Anexo de la Resolución N° 286-2010-OS/CD, los mismos que consideran todos y cada uno de los criterios de graduación regulados por el Principio de Razonabilidad en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

Asimismo, la GFM aplicó el Anexo 1 de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG publicada con fecha 23 de noviembre de 2013, para determinar el valor de la probabilidad de detección²⁰.

En atención a ello, en la parte introductoria del Anexo que forma parte de la resolución recurrida se precisó que el cálculo de la multa se realizó en función a la siguiente fórmula:

$$M_{\text{ex-ante}} = \left(\frac{B}{P} \right) * A$$

Donde "B" es igual al beneficio ilícito económico, "P" corresponde a la probabilidad de detección y "A" representa los criterios de gradualidad, esto es, los factores agravantes y atenuantes.

Ahora bien, considerando que los apelantes sólo han cuestionado los conceptos vinculados al factor B (costos evitados y "servicio de supervisión no vinculados"), las circunstancias asociadas al cese de la infracción y la reincidencia, en aplicación del Principio Congruencia Procesal, este Tribunal Administrativo procederá a emitir pronunciamiento sobre dichos aspectos²¹.

Con relación al beneficio ilegalmente obtenido, el literal e) del rubro II de los criterios aprobados por Resolución de Gerencia General N° 035, establece que dicho factor debe incluir los costos evitados, que se relacionan con la postergación u omisión de

²⁰ Resolución N° 256-2013-OS/GG.
DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA

ÚNICA.- El Anexo 1 aprobado por la presente resolución resulta aplicable para la determinación de las multas, que se gradúen de conformidad con los criterios aprobados en la Resolución de Gerencia General OSINERGMIN N° 035.

²¹ En atención al Principio de Congruencia Procesal, que forma parte del Principio de Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, los pronunciamientos de las entidades deben guardar relación con aquello que es materia de controversia dentro del procedimiento.

Ley N° 27444.
Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo (...)

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

De otro lado, cabe acotar que el Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento N° 5 de la sentencia dictada en el Expediente N° 8327-2005-AA/TC y el literal e) del fundamento N° 7 de la sentencia recaída en el Expediente N° 0896-2009-PH/TC, que el Principio de Debido Procedimiento comprende el de Congruencia Procesal

A mayor abundamiento, el Principio de Congruencia se encuentra reconocido, a su vez, en el artículo VII del Título Preliminar y numeral 6 del artículo 50° del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, aplicable de manera supletoria de conformidad con su Primera Disposición Final.

las inversiones destinadas a garantizar las condiciones de seguridad de las operaciones mineras; y/o el beneficio ilícito, esto es, la utilidad generada como consecuencia del incumplimiento.

En tal sentido, para la estimación del factor en mención deben considerarse los costos de todos los componentes necesarios para garantizar la vigencia y observancia de las normas de seguridad; esto es, mediante el desarrollo de un escenario de cumplimiento que identifique el flujo esperado del costo de ejecutar la obligación en la forma, modo y/o oportunidad establecidas; así como la utilidad o ventaja económica producida a favor del infractor por la comisión del ilícito.

En el presente caso, como puede apreciarse del Anexo de la resolución recurrida, para el cálculo del factor B la GFM sólo consideró los costos evitados vinculados a la infracción, incluyendo bajo dicho rubro los conceptos de supervisor técnico y un tacógrafo.

Conforme al citado documento, la inclusión del supervisor técnico respondió al hecho de que es dicho personal quien tiene la obligación de verificar que los trabajadores cumplan con los Procedimientos Escritos de Trabajo Seguro – PETS; mientras que el tacógrafo fue considerado como una medida para el control de la velocidad, debido a que durante la supervisión se verificó que no se había implementado un tipo de monitoreo alguno o instrumento que permita verificar el cumplimiento de las velocidades máximas detalladas en el PETS “Traslado de tubería de perforación HQ y NQ”.

Al respecto, este Colegiado considera que dichos conceptos se encuentran directamente vinculados con los hechos que contribuyeron a la comisión de la infracción al literal g) del artículo 38° del RSSO, el cual se produjo debido a que la supervisión no verificó que el trabajador José Antonio Oblitas Suni cumpliera con el literal d) del numeral 6.2 del PETS: “Traslado de tubería de perforación HQ y NQ”, relativo a la velocidad máxima en curvas críticas; y, asimismo, no implementó control alguno para el cumplimiento de dicho instrumento en lo relativo a las velocidades máximas.

Por lo tanto, contrariamente a lo alegado por BUENAVENTURA y GEOTECNIA PERUANA, tanto el supervisor técnico como el tacógrafo constituyen costos evitados cuyo valor correspondía ser incluido como parte del escenario de cumplimiento de la obligación prevista en el citado literal g) del artículo 38° del RSSO.

En adición de lo expuesto, si bien las citadas empresas indican que no debió aplicarse el costo por supervisor técnico debido a que sí contaban con dicho personal, lo cierto es que dicha supervisión fue deficiente y no cumplió las exigencias derivadas de la citada disposición del RSSO, lo que se encuentra debidamente acreditado en función a los medios de prueba obrantes en el expediente y el análisis expuesto por la GFM en la resolución de sanción, todo lo cual no ha sido cuestionado por las impugnantes.

Aunado a ello, es importante acotar que no resulta admisible reconocer como inversión aquella que no garantiza el cumplimiento de la legislación, ni asegura que las operaciones mineras se desarrollen de forma segura.

De otro lado, con relación a lo indicado por BUENAVENTURA y GEOTECNIA PERUANA en el sentido que no debió considerarse el monto equivalente a una

remuneración mensual del supervisor técnico, ni el valor total del tacógrafo, corresponde señalar que la obligación de la supervisión (consistente en instruir y verificar que los trabajadores conozcan y cumplan con los PETS) es de carácter permanente, lo que significa que no se encuentra limitada a una hora o una jornada laboral como pretenden sostener las apelantes.

Adicionalmente, conviene destacar que de acuerdo al Anexo de la resolución recurrida, al determinar el valor del costo evitado por supervisor técnico, el órgano de primera instancia aplicó como factor de ajuste el tiempo transcurrido entre la supervisión y la fecha en que se inició la ejecución del contrato entre BUENAVENTURA y GEOTECNICA PERUANA. En tal sentido, dado que dicho periodo resultó menor a un mes se aplicó el periodo mínimo de contratación para dicho personal, esto es, 1 (un) mes, lo cual resulta razonable y no desproporcionado.

A su vez, en cuanto al costo total del tacógrafo, se debe tener en consideración que habiéndose verificado que la supervisión no implementó medida alguna para controlar el cumplimiento de las velocidades máximas detalladas en el PETS: "Traslado de tubería de perforación HQ y NQ", resultó necesario y coherente con los fines de la sanción la inclusión de dicho equipo mínimo, cuya adquisición no puede fraccionarse en la medida que se debió y debe contarse con el mismo en todo momento para garantizar el cumplimiento del citado procedimiento de trabajo.

Ahora bien, respecto a lo indicado por las impugnantes en el sentido que el concepto denominado "servicio de supervisión no vinculados (15% de costo de supervisión)" no cuenta con sustento legal, corresponde indicar que su inclusión en el cálculo del factor B responde al mandato contenido en el Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, según el cual este Organismo debe prever que la comisión de la infracción no resulte más ventajosa para los administrados que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción²².

De allí que dicho concepto contribuya a la finalidad de la multa consistente en desincentivar el incumplimiento del RSSO y, por ende, evitar el desarrollo de operaciones mineras en condiciones inseguras.

Por otra parte, si bien BUENAVENTURA y GEOTECNICA PERUANA señalan que el cálculo de la multa debe considerar que el cese de la infracción se verificó antes del inicio del presente procedimiento administrativo sancionador y que éstas no tienen la condición de reincidentes, lo cierto es que dichas circunstancias sí fueron tomadas en cuenta por el órgano sancionador de primera instancia.

En efecto, de la revisión de los puntos i) y ii) del sub-numeral 5.1 del numeral 5 de la parte considerativa de la resolución recurrida, así como del último párrafo del Anexo de dicho acto administrativo, se advierte que la GFM le asignó un valor de -10 al criterio sobre circunstancias de la comisión de la infracción (cese de la infracción) y

²² Sobre el particular, debe advertirse que de acuerdo al pie de página N° 13 del Anexo de la Resolución N° 1124-2015, el monto correspondiente al concepto "servicio de supervisión no vinculados (15% de costo de supervisión)" es de S/. 4,534.26 y fue incluido conforme a lo señalado en el Memorandum N° GFM-252-2015 el cual dispone lo siguiente:

"De la revisión de los informes técnicos de multa, se observa multas calculadas con valores menores a 0.50 UIT, como resultado de aplicar la metodología de costo postergado coordinada con la Oficina de Estudios Económicos (segunda y tercera infracción) donde, considerando que la sanción no debe resultar más ventajosa para el infractor que cumplir con las normas establecidas y que en ningún caso el resultado de la misma pueda incentivar el incumplimiento del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional (RSSO).

En este sentido, se debe incluir el costo de supervisión promedio del año 2014 de S/. 30,228.40, adicionando en el factor B, para toda las infracciones al RSSO del año 2011, el 15% del costo promedio de supervisión equivalente a S/. 4,534.26 como concepto de costo por servicios no vinculados a supervisión (...)."

un valor de -5 al criterio de repetición y/o continuidad de la infracción (reincidencia), lo que determinó que la multa base se redujera en un 15%²³.

De conformidad con las consideraciones expuestas, se concluye que los conceptos incluidos en el factor B, esto es, costos evitados vinculados al supervisor técnico y el tacógrafo, así como el costo por "servicio de supervisión no vinculados", se encuentran debidamente motivados y son congruentes con los criterios aprobados por la Resolución de Gerencia General N° 035 y el Principio de Razonabilidad, respectivamente, por lo que no se ha producido vulneración alguna del Principio de Debido Procedimiento.

Asimismo, ha quedado acreditado que las circunstancias vinculadas al cese de la infracción y la condición de no reincidentes de las recurrentes sí fueron consideradas en la determinación y graduación de la sanción, lo que conllevó a una reducción de la multa impuesta.

Por tales motivos, corresponde desestimar los argumentos expuestos por las apelantes en estos extremos.

7. Con relación al argumento contenido en el literal f) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que de la revisión del Anexo de la resolución recurrida se advierte que la GFM estimó el valor de los costos evitados a la fecha de detección de la infracción, esto es, mayo de 2011; y a este resultado le aplicó una tasa COK (costo de oportunidad de capital) mensual de 1.07% por un periodo de 46 (cuarenta y seis) meses, lo que significa que actualizó el valor obtenido a marzo de 2015.

Al respecto, es pertinente indicar que si bien este Colegiado considera que los costos evitados deben ser actualizados (en este caso, en función al COK), esta actualización debe diferenciar aquellos supuestos en los cuales los administrados cumplen con subsanar la infracción y aquellos en los cuales no media subsanación alguna.

Ello es así, ya que cuando los administrados llevan a cabo la subsanación del ilícito, incurren en los costos asociados al cumplimiento, es decir, dejan de beneficiarse por haber incumplido la normativa de seguridad; razón por la cual el plazo que debe considerarse para determinar el costo evitado en el cálculo de la multa es el transcurrido entre la fecha de detección de la infracción y su subsanación.

A su vez, es pertinente aclarar que lo señalado en el párrafo precedente no deja sin efecto ni desconoce la actualización que debe realizarse del costo evitado calculado a la fecha de subsanación hasta la fecha del cálculo de la multa respectiva.

En este contexto, debe indicarse que en el sub-numeral 4.1 del numeral 4 de la parte considerativa de la resolución recurrida, la GFM señaló que BUENAVENTURA cumplió con subsanar la infracción imputada con la presentación del escrito de fecha 13 de julio de 2011, esto es, luego de 02 (dos) meses de realizada la supervisión en la que se detectó el incumplimiento del literal g) del artículo 38° del RSSO²⁴.

²³ La multa base es el resultado de dividir el factor B entre la probabilidad de detección.

²⁴ La parte pertinente del sub-numeral 4.1 del numeral 4 de la parte considerativa de la Resolución N° 1124-2015 indica lo siguiente:

"4. ANÁLISIS

4.1 Infracción al inciso g) del artículo 38° del RSSO. (...)

Finalmente, se debe indicar que a través del escrito de fecha 13 de julio de 2011 (Fojas 425) BUENAVENTURA informó la revisión y modificación del citado PETS a efectos de que no suceda este tipo de accidentes, lo cual no la exonera de responsabilidad ni substraer la materia sancionable (...)

Por lo tanto, toda vez que el órgano de primera instancia determinó que la citada empresa cumplió con subsanar el ilícito imputado el mes de julio de 2011, el cálculo del costo evitado no debió considerar el lapso de 46 (cuarenta y seis) meses, sino los 02 (dos) meses transcurridos entre la detección de la infracción y la fecha de subsanación.

En atención a lo señalado, este Tribunal Administrativo considera que se han vulnerado los Principios de Razonabilidad y Debido Procedimiento, toda vez que no se tomó en cuenta la subsanación de la infracción en la determinación del valor del costo evitado, correspondiendo declarar fundado este extremo del recurso de apelación, con la precisión de que no procede aplicar 01 (uno) sino 02 (dos) meses en el cálculo de dicho concepto.

Siguiendo este orden de ideas, cabe señalar que no son acordes al ordenamiento jurídico los actos dictados por la Administración que no respeten los principios y disposiciones contenidas en la Ley N° 27444.

En tal sentido, al haberse verificado que la resolución recurrida se dictó en vulneración de los Principios de Razonabilidad y Debido Procedimiento; en aplicación del numeral 217.1 del artículo 217° de la Ley N° 27444, corresponde declarar fundado en parte los recursos de apelación presentados por BUENAVENTURA y GEOTECNICA PERUANA; y, en consecuencia, la nulidad de la resolución recurrida en el extremo referido al cálculo del costo evitado, por haber incurrido en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 10° de la citada Ley²⁵.

Asimismo, en aplicación del numeral 217.2 del artículo 217° de la Ley N° 27444, este Tribunal Administrativo procederá a realizar el cálculo de la multa en función a lo solicitado por las apelantes, toda vez que se cuenta con elementos suficientes para ello²⁶.

Al respecto, cabe indicar que de acuerdo al análisis expuesto al inicio del presente numeral corresponde modificar el cálculo del costo evitado considerando la subsanación de la infracción efectuada en julio de 2011, esto es, 02 (dos) meses después de la supervisión en que se detectó el incumplimiento al literal g) del artículo 38° del RSSO, lo que se detalla a continuación:

Sin embargo, acorde con lo establecido en el numeral III de la Resolución de Gerencia General N° 035, la subsanación efectuada por BUENAVENTURA con anterioridad a la imputación de cargos debe ser considerada como criterio de graduación para la determinación de la multa (...)

(Subrayado agregado)

²⁵ Ley N° 27444.

Artículo 217.- Resolución

217.1 La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimaré las pretensiones formuladas en el mismo o declarará su inadmisión.

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.

²⁶ Ley N° 27444.

Artículo 217.- Resolución (...)

217.2 Constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

Descripción	Monto
Costos evitados (S/., Mayo 2011)	S/., 8,188.53
Tipo de cambio, Mayo 2011	2.776
Total costo evitado (US\$, Mayo 2011)	\$ 2,949.76
Tasa COK Mensual	1.07%
Número de meses	2
Costos evitados (US\$, Julio 2011)	\$ 3,013.22
Tipo de cambio, Julio 2011	2.741
Costos evitados (S/., Julio 2011) (a)	S/., 8,259.24
Tasa de inflación Marzo 2011 a Julio 2011	0.89%
Costos ajustados por inflación a la fecha de subsanación (b)	S/., 8,116.29
Costo evitado a la fecha de subsanación (c)	S/., 142.94
Costo evitado a Marzo de 2015 (ajustado con el COK)	S/., 228.32
Escudo fiscal IR (30%)	-68.50
Servicio de supervisión no vinculados (15% de costo de supervisión)	S/., 4,534.26
Factor B (S/., Mayo 2011)	S/., 4,694.08
Probabilidad de detección	20%
Multa base (S/.)	S/., 23,470.42
Factores agravantes y atenuante:	0.85
Multa (S/.)	S/., 19,949.86
Multa (UIT)	5.18

- (a) Costo ajustado con el COK a la fecha de subsanación
(b) Costo ajustado por inflación a la fecha de subsanación
(c) Beneficio ilícito resultante de (a) – (b)

En atención a lo expuesto, el monto de la multa por la infracción materia de análisis queda fijado en 5.18 (cinco con dieciocho centésimas) UIT.

De conformidad con el numeral 1 del artículo 19° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 067-2008-OS/CD y sus modificatorias, 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 **FUNDADOS EN PARTE** los recursos de apelación presentados por COMPAÑÍA DE MINAS BUENAVENTURA S.A.A. y GEOTECNIA PERUANA S.R.L. contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Minera N° 1124-2015 de fecha 13 de mayo de 2015 respecto al cálculo del costo evitado, declarándose su **NULIDAD** en dicho extremo; e **INFUNDADOS** los mencionados recursos administrativos en sus demás extremos, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- Modificar la multa impuesta fijándola en 5.18 (cinco con dieciocho centésimas) UIT.

Artículo 3°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Alfredo Juan Carlos Dammert Lira, Ricardo Mario Alberto Maguiña Pardo y José Luis Harmes Bouroncle.

ALFREDO JUAN CARLOS DAMMERT LIRA
PRESIDENTE