

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 235-2015-OS/TASTEM-S2

Lima, 04 de diciembre de 2015

VISTO:

El Expediente N° 201300111863 que contiene el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA DE MINAS BUENAVENTURA S.A.A., representada por el señor José Malca La Fuente, contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Minera N° 2558-2015 de fecha 19 de octubre 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° 2558-2015, la Gerencia de Fiscalización Minera, en adelante GFM, sancionó a COMPAÑÍA DE MINAS BUENAVENTURA S.A.A., en adelante BUENAVENTURA, con una multa total de 1.08 (uno con ocho 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 inciso c) del artículo 304° del RSSO ¹ La poza de almacenamiento de solución de cianuro de la planta de beneficio "Concentradora Uchucchacua" no cuenta con cerco perimétrico en todo su perímetro (se encontró secciones incompletas).	Numeral 1.3.7 del Rubro B ²	1.08 UIT
TOTAL		1.08 UIT³

¹ RSSO

Artículo 304°.- *Rigen para las Plantas*

Hidrometalúrgicas (Lixiviación, Electrolíticas y Otras) las disposiciones del Subcapítulo IV anterior relativas a plantas concentradoras, pirometalúrgicas (fundiciones, refinerías y otras), en lo que sea aplicable, además de las siguientes disposiciones:

² Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD

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

Incumplimiento de Normas Técnicas de Seguridad Minera

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

1.3 En concesiones de beneficio (Plantas concentradoras, instalaciones pirometalúrgicas y plantas hidrometalúrgicas, lixiviación y refinerías)

1.3.7 Disposiciones de seguridad y otras

Base legal: Art. 298°, 303° y 304° del RSSO

Sanción: Multa hasta 400 UIT

³ Para la determinación y graduación de la sanción para la infracción al inciso c) del artículo 304° del RSSO se consideró el Anexo que forma parte de la resolución impugnada, en el cual se detallan los criterios, metodología y la probabilidad de detección aplicados, y que fueron aprobados por las Resoluciones de Gerencia General N° 035 y 256-2013 publicadas en el Diario Oficial El Peruano el 03 de febrero de 2011 y 23 de noviembre de 2013, respectivamente.

"Resolución de Gerencia General N° 035

Artículo 1°.- **APROBACIÓN**

Aprobar los criterios para la aplicación de las sanciones contenidas en la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD que aprueba la tipificación de infracciones y escala de multas y sanciones de seguridad y salud ocupacional para las actividades mineras."

"Resolución N° 256-2013-OS/GG

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.

Como antecedentes relevantes, cabe señalar los siguientes:

- a) Con fecha 13 y 14 de junio de 2013, la empresa supervisora MINERA INTERANDINA CONSULTORES S.R.Ltda., en adelante la Supervisora Externa, llevó a cabo la supervisión regular en la Planta Concentradora Uchucchacua de titularidad de BUENAVENTURA, con el objeto de verificar el cumplimiento de las disposiciones del RSSO⁴. El Informe de Supervisión fue presentado a Osinergmin el 24 de junio de 2013.
- b) Mediante Oficio N° 175-2014, notificado con fecha 26 de febrero de 2014, obrante a foja 298 del expediente, se comunicó a BUENAVENTURA el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador.
- c) BUENAVENTURA no presentó descargos al inicio del procedimiento sancionador.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

- 2. Por escrito de registro N° 2013-111863 de fecha 11 de noviembre de 2015, BUENAVENTURA interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 2558-2015, en atención a los siguientes fundamentos:

- a) Para determinar el monto de la multa han utilizado el método "Costo Postergado" tomando la remuneración anual determinada en el Salary Pack, dividido entre 12 para determinar de esa manera el sueldo mensual.

El método del costo postergado es utilizado para el cálculo de los costos por concepto de mano de obra y del especialista encargado, tomando como referencia los valores del *Salary Pack*, los mismos que se dividen entre 12 (doce) en lugar de dividirlos entre 14 (catorce), a pesar de que el único concepto que se excluye son las utilidades y no las gratificaciones por fiestas patrias y navidad. Además, la infracción es junio de 2013, sin embargo, se está determinando en base a los sueldos y salarios anuales aplicados del *Salary Pack* de febrero de 2015, lo que altera los resultados obtenidos, razón por la cual esto debe ser corregido

- b) No se han expresado las razones por las cuales se ha considerado 1 (un) mes de sueldo del especialista encargado, ni cómo se ha determinado que éste es el período que tomaría realizar la supervisión del trabajo establecido, toda vez que en el caso de los costos de mano de obra la GFM considera el número de horas de trabajo para el cálculo. Asimismo, no es proporcional que se considere la contratación de un especialista (Jefe de Guardia Planta) por el período de 1 (un) mes si la supervisión de la construcción de un cerco perimétrico solo requiere aproximadamente 08 (ocho) horas.

Contrariamente a lo expuesto por la GFM no debe equipararse el tiempo de contratación para la realización de una labor permanente, con aquel que requiere la supervisión de una determinada tarea, pues en la unidad minera los especialistas encargados son contratados por plazos mayores a 01 (un) mes y se les asigna la supervisión de diversos trabajos de duración variable.

⁴ La Unidad Minera Uchucchacua está ubicada en el distrito y provincia de Oyón y departamento de Huancavelica.

- c) No se ha motivado la inclusión del concepto "servicios no vinculados a la supervisión" que corresponde al 15% del costo promedio de supervisión de 2014; el mismo que no debería ser considerado en el cálculo de la multa dado que ha cumplido con pagar oportunamente el aporte por regulación, por lo que dicho concepto no debería ser cobrado nuevamente.
- d) La tasa COK de 13.64% utilizada por el regulador, se basa en un estudio realizado el año 2008, razón por la cual, atendiendo a las diferentes coyunturas económicas del sector minero, no resulta aplicable al presente caso.

Además, el cálculo de la multa debe realizarse por el periodo de junio a julio de 2013, es decir correspondiente a 18 (dieciocho días); sin embargo, en la resolución impugnada se ha ajustado de manera arbitraria la multa a setiembre de 2015, perjudicando a su empresa por la demora en la imposición de la multa por parte de la Administración.

- e) Se ha transgredido el Principio de Debido Procedimiento previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar y en el numeral 2 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, ya que no se ha motivado la aplicación del COK y del concepto "servicios no vinculados al costo de la supervisión", por lo que la resolución impugnada ha incurrido en un vicio de nulidad de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 10° de la citada Ley.

3. A través del Memorándum N° GFM-679-2015, recibido con fecha 25 de noviembre de 2015, la GFM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

CUESTIÓN PREVIA

Sobre el alcance del recurso de apelación de BUENAVENTURA y extremos firmes de la Resolución N° 2558-2015

4. Al respecto, cabe indicar que de la revisión de los argumentos expuestos por BUENAVENTURA en su recurso de apelación, descritos en los numerales a) al e) del numeral 2 de la presente resolución, se advierte que sólo cuestiona la determinación y graduación de la multa impuesta.

En tal sentido, corresponde declarar que la Resolución de Gerencia de Fiscalización Minera N° 2558-2015 de fecha 19 de octubre de 2015 queda firme en el extremo referido a la declaración de responsabilidad administrativa de BUENAVENTURA por la comisión de la infracción al literal c) del artículo 304° del RSSO en atención a lo dispuesto en el artículo 212° de la Ley N° 27444⁵.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

5. Con relación a los argumentos contenidos en los literales a) al e) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar 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

⁵ 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."

facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas⁶.

Por su parte, el Principio del Debido Procedimiento regulado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la citada Ley, establece 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 derecho⁷.

En dicho contexto, cabe indicar que mediante Resolución de Gerencia General N° 035, publicada el Diario Oficial El Peruano el 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 Ocupacional para las Actividades Mineras, aprobado por Resolución N° 286-2010-OS/CD.

Posteriormente, a través del Anexo 1 de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG, publicada con fecha 23 de noviembre de 2013, se aprobaron los valores del factor probabilidad de detección, aplicables a la determinación y graduación de multas realizadas en función a los criterios aprobados por la citada Resolución de Gerencia General N° 035⁸.

En atención a lo señalado, 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, viene dado 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.

De otro lado, el Principio de Razonabilidad regulado en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, indica que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta ilícita no resulte 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 graduación⁹:

⁶ 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."

⁷ 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."

⁸ Resolución de Gerencia General 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."

⁹ 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
- 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 administrativa¹⁰.

Cabe señalar que en el presente caso se imputó a BUENAVENTURA la infracción tipificada en el numeral 1.3.7 del Rubro B del Anexo del mencionado Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD, la cual prevé como sanción aplicable una multa de hasta 400 UIT.

En tal sentido, a efectos de determinar y graduar la sanción dentro de dichos topos máximos, la GFM aplicó la mencionada Resolución de Gerencia General N° 035, cuyo contenido dispone la observancia de todos y cada uno de los criterios de graduación comprendidos en el Principio de Razonabilidad; así como el Anexo 1 de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG, en lo relativo al factor de probabilidad de detección.

Por tanto, en la parte introductoria del Anexo que forma parte de la resolución impugnada 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 ilegalmente obtenido, "P" corresponde a la probabilidad de detección y "A" representa los criterios de gradualidad, esto es, los factores agravantes y atenuantes.

- 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."

¹⁰ 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.

Ahora bien, considerando que BUENAVENTURA sólo ha cuestionado la motivación de aspectos específicos vinculados al cálculo del factor B (costos postergados); en aplicación del Principio Congruencia Procesal, este Tribunal Administrativo sólo emitirá pronunciamiento sobre dichos aspectos¹¹.

Respecto 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 (costo postergado) u omisión de las inversiones (costos evitados en sentido estricto) 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.

De esta manera, 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 (costos evitados y postergados); así como la utilidad o ventaja económica producida a favor del infractor por la comisión de la infracción (beneficio ilícito).

Sobre el particular, de la revisión del Anexo de la resolución recurrida se desprende que la GFM calculó el factor B considerando únicamente los costos postergados vinculados a la infracción al literal c) del artículo 304° del RSSO, excluyendo la utilidad o beneficio ilícito derivado del mismo, razón por la cual no se hará referencia a este último en lo posterior.

En cuanto al cálculo del **costo postergado** para la infracción al literal c) del artículo 304° del RSSO, los sub-numerales 1.1 al 1.4 del numeral 1 del Anexo de la resolución de sanción señalan que éste se fundamentó en la valorización de los materiales, equipos, mano de obra y herramientas requeridas para la construcción e instalación de 466 metros de un cerco perimétrico de 1.50 metros de altura, así como la contratación de 01 (un) especialista encargado, Jefe de Guardia Planta.

Corresponde reiterar que de acuerdo a la Resolución de Gerencia General N° 035, los costos postergados involucran aquellas inversiones que el titular minero no realizó en su oportunidad para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de seguridad a su cargo; lo que significa que éstos deben incluir todas las actividades (labores o trabajos), elementos materiales (insumos, herramientas, equipos, etc.) y personales (trabajadores) necesarios para el cumplimiento del RSSO.

¹¹ 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.

Con relación a que no se habrían expresado las razones por las cuales se consideró 1 (un) mes de sueldo para el cálculo del costo vinculado al especialista encargado, sobre todo porque en los costos por mano de obra se han considerado horas de trabajo, es pertinente señalar que en el referido Anexo de la resolución recurrida la GFM explicó que la aplicación de dicho plazo era el resultado de considerar un factor de ajuste para valorizar la labor del especialista encargado, esto es, con el propósito de establecer un límite temporal a una función que es de tipo permanente; lo que determinó que se aplicase el periodo mínimo de contratación equivalente a 1 (un) mes, plazo que resulta objetivo y no desproporcionado.

En este mismo punto, si bien la apelante refiere que en el cálculo por concepto de mano de obra se ha considerado horas de trabajo, ello se debe a que la labor del técnico soldador, ayudante de soldador, ayudante de servicios auxiliares y supervisor de seguridad se circunscriben al tiempo necesario para la construcción e instalación de 466 metros de cerco perimétrico de 1.50 metros de altura; a diferencia del especialista encargado, cuya labor es de tipo permanente, por lo que corresponde desestimar lo expuesto en este extremo.

Además de lo anterior, BUENAVENTURA cuestiona el hecho de que se haya tomado como referencia los valores del Salary Pack y que se les haya dividido entre 12 (doce) en lugar de catorce (14), pese a que el único concepto excluido es el de utilidades y no las gratificaciones; y, asimismo, que se haya incorporado el concepto de servicios no vinculados a la supervisión.

Sobre dicho aspecto, debe tomarse en cuenta que los costos asociados al personal de mano de obra y especialista encargado se vinculan al sueldo que éstos perciben, esto es, a información que no se encuentra regulada por ningún dispositivo legal, documento público o fuente de Derecho alguno; motivo por el cual, tratándose de un elemento no establecido por el ordenamiento jurídico, resultó necesario recurrir a información objetiva de mercado que determine su valor.

Es así que, Osinergmin tomó como referencia al "Salary Pack" el cual es un documento elaborado por la empresa PRICE WATERHOUSE COOPERS (PwC) S.R.L., que recoge los estudios de sueldos y salarios anuales de los principales sectores económicos del país, expresados en nuevos soles. Dicho instrumento se realiza en función a información proporcionada por más de 300 (trescientas) empresas nacionales e internacionales y más de 700 (setecientos) puestos de trabajo entre posiciones corporativas, de empleados y obreros, por lo que refleja información objetiva del mercado¹².

A partir de la información proporcionada por dicho estudio se estimó el valor del costo evitado por concepto de mano de obra, el mismo que se dividió entre 12 (doce) debido a que los valores de los sueldos expresados en dicho documento es de tipo anual, sin ninguna referencia a gratificaciones u otros conceptos como pretende sostener la recurrente.

Acorde con lo señalado, la utilización del "Salary pack" responde a las exigencias del Principio de Razonabilidad y el requisito de debida motivación, toda vez que ante la ausencia de regulación expresa sobre los sueldos del personal involucrado se utilizó

¹² Información extraída del pie de página N° 8 del Anexo de la Resolución N° 2054-2015 y el portal web de PwC, disponible en: https://www.ghrs.com.pe/int_salary_encuesta.html

información objetiva y verificable proveniente de un estudio de mercado para respaldar el cálculo de la multa impuesta, la misma que se fijó dentro del rango previsto en el numeral 1.3.7 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD.

A su vez, respecto a que la inclusión del costo por concepto denominado "servicios no vinculado a la supervisión" no cuenta con sustento legal, corresponde indicar que su inclusión en el cálculo del factor B se justifica en el 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 sanción.

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; debiendo aclararse que tal y como indica su denominación, éste no incluye costos vinculados a la supervisión; en ese sentido, se debe desestimar lo alegado por la recurrente en cuanto al empleo del Salary Pack y la inclusión del costo por servicios no vinculados a la supervisión.

Por otra parte, BUENAVENTURA refiere que no se habría motivado la aplicación del COK; pues se basa en un estudio realizado el 2008, razón por la cual no se debería aplicar al presente caso. Sobre el particular, conviene señalar que el sub-numeral 1.5 del numeral 1 del Anexo de la resolución recurrida se explicó que la aplicación de la tasa COK en el cálculo del costo postergado se utilizó con el propósito determinar el beneficio económico por dicho concepto, toda vez que este beneficio es equivalente a la diferencia entre el costo de subsanación capitalizado en función a la aludida tasa y el costo de subsanación efectivo.

Asimismo, corresponde indicar que si bien la apelante cuestiona la fuente utilizada por este Organismo para la determinación de la tasa COK, lo cierto es que de acuerdo al Principio de Razonabilidad expuesto al inicio del presente numeral, la graduación de la sanción es una labor que se encuentra dentro del ámbito discrecional de la Administración en el caso de multas no tasadas, razón por la cual se consideró objetivo calcular dicha tasa en función al estudio de valorización de una empresa del sector que constituye información pública presentada a la Superintendencia del Mercado de Valores.

En consecuencia, habiéndose acreditado líneas arriba que la GFM sí motivó la aplicación del COK en el cálculo del costo evitado, no existe ningún vicio que cause la nulidad de la resolución impugnada, por lo que corresponde desestimar lo sostenido por BUENAVENTURA en este extremo.

Finalmente, en cuanto a que se ajustó la multa a la fecha del cálculo de la misma y no a la fecha de la subsanación, se debe precisar que tal como se desprende del Anexo que forma parte de la resolución impugnada, para el cálculo de la multa impuesta se ha considerado la subsanación efectuada por la recurrente antes de la emisión de la resolución de sanción. En efecto, como se mencionó anteriormente, se aplicó el costo postergado, asociado a las inversiones en materiales, mano de obra y especialistas encargados que la empresa no realizó de manera oportuna en la construcción e instalación de 466 metros de un cerco perimétrico de 1.50 metros de altura.



En tal sentido, el plazo para determinar el costo evitado en el cálculo de la multa por la infracción cometida fue el transcurrido entre la fecha de detección de la infracción y su subsanación, tal como se desprende de los numerales 1.1 a 1.5 del Anexo de la resolución de sanción.

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.

Además, corresponde manifestar que la GFM también consideró la subsanación de la infracción efectuada antes del inicio del presente procedimiento, lo que se materializó en la estimación del factor "A", en calidad de circunstancia atenuante, al aplicarse un factor de (-10), contribuyendo a que la multa base (B/p) se redujera en un 10%.¹³

Por lo tanto, en atención a los considerandos expuestos, corresponde declarar infundado el recurso de apelación presentado por BUENAVENTURA.

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 **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA DE MINAS BUENAVENTURA S.A.A. contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización Minera N° 2558-2015 de fecha 19 de octubre de 2015; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus extremos, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Alfredo Juan Carlos Dammert Lira, María Timmy Mercedes Chappuis Cardich y Ricardo Mario Alberto Maguñá Pardo.


ALFREDO JUAN CARLOS DAMMERT LIRA
PRESIDENTE

¹³ La multa base es el resultado de dividir el factor B entre la probabilidad de detección.