

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

OSINERGMIN

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 033-2019-OS/TASTEM-S2

Lima, 22 de enero de 2019

VISTO:



El Expediente N° 201700111523 que contiene el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA PODEROSA S.A. representada por el señor José Antonio Elejalde Noya, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2978-2018 de fecha 3 de diciembre del 2018, mediante la cual se le sancionó por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 2978-2018, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a COMPAÑÍA MINERA PODEROSA S.A., en adelante MINERA PODEROSA, con una multa de 11.42 (once con cuarenta y dos centésimas) UIT por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM, en adelante RSSO, conforme al siguiente detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Al artículo 151° del RSSO¹ No se cuenta con refugios para casos de siniestros en la unidad minera "Libertad".	Numeral 2.1.4 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD ²	11.42 UIT ³



Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- Durante los días 13 al 18 de junio del 2017 se efectuó una visita de supervisión a la unidad minera "Libertad" de titularidad de MINERA PODEROSA, a cargo de los supervisores de Osinergmin.

¹ RSSO

"Artículo 151°. - Toda mina subterránea dispondrá de estaciones de refugio que serán construidas o instaladas de acuerdo al ANEXO N° 19. Todo trabajador deberá ser instruido sobre la ubicación y uso de dichas estaciones."

² Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD

Anexo: Cuadro de Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera.

Rubro B – Incumplimiento de disposiciones y normas técnicas de seguridad minera.

2. Incumplimiento de normas de diseño, instalación, construcción, montaje, operación, proceso y control de terreno.

2.1. En concesiones mineras.

2.1.4. Estaciones de refugio.

Base legal: Art. 151° del RSSO.

Sanción: Hasta 500 UIT.

³ Cabe precisar que para la determinación y graduación de las sanciones se consideró los criterios, metodología y la probabilidad de detección que fueron aprobados por la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG. Asimismo, se aplicó lo dispuesto en el artículo 25° de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

b) El 26 de julio del 2017 MINERA PODEROSA presentó información relacionada con el hecho constatado N° 2 consignado en el acta de supervisión.

c) A través del Oficio N° 699-2018 notificado a MINERA PODEROSA el 13 de marzo del 2018, que obra a fojas 24 del expediente, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.

d) Por escrito presentado el 22 de marzo del 2018, registrado por Osinergmin en el Expediente N° 201700111523, MINERA PODEROSA presentó sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.

e) Mediante Oficio N° 570-2018-OS-GSM notificado el 12 de noviembre del 2018, se remitió a MINERA PODEROSA el Informe Final de Instrucción N° 2411-2018.

f) Con escrito presentado el 19 de noviembre del 2018, registrado por Osinergmin en el Expediente N° 201700111523, MINERA PODEROSA presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción.

2. Mediante escrito presentado el 28 de diciembre del 2018 registrado por Osinergmin en el Expediente N° 201700111523, MINERA PODEROSA interpuso su recurso de apelación contra la Resolución N° 2978-2018, de acuerdo a los siguientes fundamentos:

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a la aplicación de una medida correctiva.

a) La recurrente manifiesta que mediante su escrito de descargos de fecha 22 de marzo del 2018, indicó que estaba adquiriendo e instalando estaciones de refugio móviles en la unidad minera Libertad.

Por consiguiente, solicitó a Osinergmin que se le imponga una medida correctiva consistente en instalar una estación de refugios móviles en la unidad minera Libertad al amparo del numeral 35.2 del artículo 35° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las actividades energéticas y mineras, en adelante RSFS.

No obstante, en el Informe Final de Instrucción no se evaluó su solicitud y se recomendó sancionarla por infringir el artículo 151° del RSSO al no contar con refugios para el caso de siniestros en la unidad minera Libertad.

En ese sentido, a través de su escrito de descargos del 19 de noviembre del 2018 presentó un informe de implementación del refugio móvil en el ESCM 500 CR NE NV 2120 Mina Guadalupe, en calidad de subsanación voluntaria al amparo del inciso g.2) del literal g) del numeral 25.1 del artículo 25° del RSFS.

De los párrafos precedentes se advierte que la recurrente ejecutó acciones correctivas para cumplir con la norma desde marzo del 2018 (trámites de cotización, adquisición e instalación del refugio móvil en el ESCM 500 CR NE NV 2120), por lo que al amparo del numeral 35.2 del artículo 35° del RSFS indica que se le debió aplicar una medida correctiva para la instalación del refugio móvil.

Con relación a los criterios para determinar la sanción.



- b) MINERA PODEROSA indica que para determinar la sanción se aplicaron los criterios contenidos en la Resolución de Gerencia N° 256-2013-OS/GG. Precisa que la supervisión en la unidad minera Libertad se realizó entre el 13 y 18 de junio del 2017.

Al respecto, advierte que dicha resolución aprueba criterios específicos para la graduación de sanciones por falta de autorización de construcción y/o funcionamiento de concesiones de beneficio, por lo que no sería aplicable para este caso. Asimismo, en sus considerandos hace referencia a la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2010-OS/CD de fecha 29 de diciembre del 2010 la cual fue derogada por Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS-CD del 9 de marzo del 2017.

Aunado a ello, la mencionada norma señala la aplicación de las Resoluciones de Consejo Directivo N° 272-2012-OS/CD y 171-2013-OS-CD, las mismas que fueron derogadas mediante Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD del 9 de marzo del 2017.

En dicho contexto, señala que para determinar los criterios de sanción se aplicaron normas derogadas; por consiguiente, se debe archivar la instrucción en aplicación de lo establecido en el literal d) del artículo 17° de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

Sobre el cálculo de la multa.



- c) La administrada señala que el precio unitario del refugio móvil deviene de una proforma de cotización en el mercado, no de un monto en la estructura contable. En tal sentido, para fijar su costo no se indicó el tipo de cambio, pero si se consideró el valor del IGV.

Asimismo, indica que el refugio móvil es un container móvil (procedente de fábrica, no interviene personal de la empresa); por lo tanto, para el cálculo del costo postergado se debió considerar el valor de adecuación de la cámara para la instalación del refugio referente a costos de excavación, sostenimiento y sistema de ventilación para dar cumplimiento a lo señalado en el anexo N° 19 del RSSO.

De otro lado, manifiesta que los costos de los especialistas que se indican en la resolución impugnada, no corresponden a sus sueldos anuales ni mensuales.

En atención a ello, advierte que el costo del refugio móvil con inclusión del IGV resulta muy elevado y con su capitalización de 514 días a una tasa equivalente de 13.46% (como referencia del estudio de valorización de Mina Argentum) se obtiene S/. 68, 730.45 soles.

En cuanto al rubro de probabilidad detección de la infracción se considera el valor de 100%, sin tener en cuenta que la determinación de este factor depende de la periodicidad de la supervisión según lo establecido en el literal f) del artículo 25° del RSFS. Precisa que Osinergmin ejecuta dos veces al año la supervisión en geomecánica para verificar que se cuente con refugios en la unidad minera Libertad.

De lo expuesto se advierte que se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444.

3. A través del Memorandum N° GSM-8-2019, recibido el 7 de enero del 2019 la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.
4. Mediante escrito presentado el 21 de enero del 2019, registrado por Osinergmin en el Expediente N° 201700111523, MINERA PODEROSA presentó argumentos adicionales a su recurso de apelación, de acuerdo a lo siguiente:

La administrada presenta un cronograma del proceso de implementación del refugio móvil en la unidad minera Libertad, en el que se observa que el 23 de marzo del 2018 presentó la cotización del refugio móvil, el 25 de abril del 2018 realizó la compra y con fecha 24 de julio del 2018 se le hizo la entrega.

Posteriormente, el 31 de julio del 2018 se hace el traslado de dos refugios a la unidad minera, los cuales son instalados e implementados del 1 al 3 de agosto del 2018 y puestos a funcionamiento desde el 4 de agosto del 2018.

Es así que, a través del escrito presentado el 19 de noviembre del 2018 presentó el informe de implementación del refugio en calidad de subsanación voluntaria en aplicación del inciso g.2) del literal g) del numeral 25.1 del artículo 25° del RSFS.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a la aplicación de una medida correctiva.

5. Con relación a lo indicado en el literal a) del numeral 2 y en el numeral 4 de la presente resolución, se debe precisar que de acuerdo con el numeral 3 del artículo 253° del T.U.O. de la Ley N° 27444 concordante con los artículos 18° y 19° del Reglamento aprobado por Resolución N° 040-2017-OS-CD⁴, decidida la iniciación del procedimiento sancionador se notifica los cargos al presunto infractor a fin que realice sus descargos en un plazo no menor a 5 días.

Posteriormente, vencido el plazo antes indicado, con o sin descargos, el órgano instructor formula un informe final de instrucción en el que determina la existencia de una infracción con su respectiva sanción o el archivo del procedimiento administrativo sancionador, según lo regulado en el numeral 5 del artículo 253° del T.U.O. de la Ley N° 27444 concordante con el numeral 20.2 del artículo 20° del Reglamento aprobado por Resolución N° 040-2017-OS-CD⁵.

⁴ T.U.O. de la Ley N° 27444.

"Artículo 253.- Procedimiento sancionador Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a las siguientes disposiciones: (...)

3. Decidida la iniciación del procedimiento sancionador, la autoridad instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, la que debe contener los datos a que se refiere el numeral 3 del artículo precedente para que presente sus descargos por escrito en un plazo que no podrá ser inferior a cinco días hábiles contados a partir de la fecha de notificación. (...)"

RSFS

"Artículo 18.- Inicio de Procedimiento Administrativo Sancionador

18.1 De advertirse la existencia de indicios que hagan presumir la comisión de una infracción, el órgano instructor de Osinergmin da inicio al procedimiento administrativo sancionador. (...)"

"Artículo 19.- Presentación de descargos al inicio del procedimiento

19.1 Recibida la comunicación de inicio del procedimiento administrativo sancionador, el Agente Supervisado presenta sus descargos, a fin de desvirtuar la imputación efectuada por Osinergmin, ofreciendo los medios probatorios que considere pertinentes. (...)"

⁵ T.U.O. de la Ley N° 27444.

"Artículo 253.- Procedimiento sancionador Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a las siguientes disposiciones: (...)

5. Concluida, de ser el caso, la recolección de pruebas, la autoridad instructora del procedimiento concluye determinando la existencia de una infracción y, por ende, la imposición de una sanción; o la no existencia de infracción. La autoridad instructora formula un informe final de instrucción en el que se determina, de manera motivada, las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de sanción; y, la sanción propuesta o la declaración de no existencia de infracción, según corresponda. (...)"

RESOLUCIÓN N° 033-2019-OS/TASTEM-S2



De otro lado, el artículo 249° del T.U.O. de la Ley N° 27444 concordante con el artículo 38° del Reglamento aprobado por Resolución N° 040-2017-OS-CD⁶, establece que las medidas correctivas se emiten dentro o fuera del procedimiento administrativo sancionador a fin de restablecer las cosas o situaciones alteradas por una conducta antijurídica, a su estado anterior.

En dicho contexto, se tiene que luego de recibir los descargos de la recurrente al Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador, el órgano instructor determinó que se cometió una infracción al artículo 151° del RSSO emitiendo el respectivo Informe Final de Instrucción conforme a la normativa antes indicada.

Ahora bien, independientemente de la determinación de la comisión de la infracción, el órgano instructor pudo emitir una medida correctiva; no obstante, ello no implica que no se sancione el incumplimiento de obligaciones por parte de la administrada.

Con relación a que mediante su escrito de descargos del 19 de noviembre del 2018 presentó un informe de implementación del refugio móvil en el ESCM 500 CR NE NV 2120 Mina Guadalupe, se tiene que la primera instancia consideró este hecho como la subsanación voluntaria de la infracción efectuada con posterioridad al inicio del procedimiento sancionador.

Así pues, se aplicó un factor atenuante de (-10) en el cálculo de la multa, en virtud de lo previsto en el inciso g.2) del literal g) del numeral 25.1 del artículo 25° del RSFS⁷.

Por consiguiente, corresponde desestimar este extremo de la apelación.

Con relación a los criterios para determinar la sanción.

6. Respecto a lo indicado en el literal b) del numeral 2 de la presente resolución, de acuerdo al artículo 103° de la Constitución Política de 1993, en concordancia con el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, en nuestro sistema jurídico rige la regla de la aplicación inmediata de la ley; razón por la cual desde su entrada en vigencia ésta se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas existentes.⁸

RSFS

"Artículo 20.-Informe final de instrucción (...)

20.2 Luego de realizadas las acciones indicadas precedentemente, el órgano instructor elabora un informe final de instrucción, debidamente sustentado, en el que propone al órgano sancionador la imposición de la sanción correspondiente o el archivo del procedimiento administrativo sancionador. (...)"

⁶T.U.O. de la Ley N° 27444.

"Artículo 249.- Determinación de la responsabilidad

249.1. Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con el dictado de medidas correctivas conducentes a ordenar la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción a su estado anterior, incluyendo la de los bienes afectados, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, las que son determinadas en el proceso judicial correspondiente. Las medidas correctivas deben estar previamente tipificadas, ser razonables y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto. (...)"

RSFS

"Artículo 38°. - Medidas Correctivas

Se emiten, dentro o fuera del procedimiento administrativo sancionador, a fin de restablecer las cosas o situaciones alteradas por una conducta antijurídica, a su estado anterior."

⁷ RSFS

"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:

g.2) La subsanación voluntaria de la infracción con posterioridad al inicio del procedimiento administrativo sancionador. (...)"

⁸ Constitución Política de 1993

"Artículo 103.- Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho

RESOLUCIÓN N° 033-2019-OS/TASTEM-S2

De igual forma, cabe resaltar que según el artículo 109° de la Constitución Política de 1993, la ley es obligatoria a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.⁹



Bajo dicho marco legal, es preciso anotar que mediante Resolución de Gerencia General N° 035, publicada 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 Ocupacional para las actividades mineras, aprobado por Resolución N° 286-2010-OS/CD.¹⁰

Cabe precisar que la mencionada resolución ha sido derogada por la Resolución de Consejo Directivo N° 039-217-OS/CD en virtud del artículo 5° del Decreto Supremo N° 088-2013-PCM que dispuso que Osinergmin debía actualizar su Tipificación de Infracciones y Escalas de Multas considerando las funciones establecidas en los anexos aprobados por el mismo Decreto Supremo.¹¹

En tal sentido, los criterios aprobados por la Resolución de Gerencia General N° 035 ahora son aplicables al Cuadro de Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 039-217-OS/CD.

Posteriormente, a través del Anexo I de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG, publicada con fecha 23 de noviembre de 2013, se aprobaron los valores correspondientes al factor probabilidad de detección aplicables en el marco de la determinación y graduación de multas realizadas en función a los criterios aprobados por Resolución N° 035; como puede apreciarse del texto de la Disposición Complementaria Única de la aludida 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"

Ahora bien, la presente infracción se encuentra tipificada en el numeral 2.1.4 del Rubro B del anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-217-OS/CD en el cual se prevé como sanción aplicable una multa máxima de hasta 500 (quinientas) UIT.

Así pues, a efectos de determinar y graduar la sanción dentro del tope máximo antes señalado

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

Código Civil

"Artículo III: Aplicación de la ley en el tiempo

La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú."

⁹ Constitución Política de 1993

"Artículo 109.- Vigencia y obligatoriedad de la Ley

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

¹⁰ Resolución de Gerencia General N° 035.

Artículo 1.- APROBACIÓN

Aprobar los criterios para la aplicación de las sanciones contenidas 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.

¹¹ Decreto Supremo N° 088-2013-PCM

Artículo 5°.- Adecuación

OSINERGMIN actualizará su Tipificación de Infracciones y Escalas de Multas considerando las funciones establecidas en los Anexos aprobados en el presente Decreto Supremo.

RESOLUCIÓN N° 033-2019-OS/TASTEM-S2



corresponde aplicar la Resolución de Gerencia General N° 035 y el artículo 25° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, como lo indicó la GSM, los cuales consideran todos y cada uno de los criterios de graduación regulados por el Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444¹².

Asimismo, en lo relativo al factor de probabilidad de detección corresponde aplicar el Anexo I de la Resolución N° 256-2013-OS/GG, que para el caso de supervisiones operativas es igual al 100%.

Sin perjuicio de ello, cabe precisar que para el cálculo de la multa se tiene 02 (dos) componentes: la multa base (B/p), equivalente a la división del beneficio ilícito (B) entre la probabilidad de detección (p); y los factores agravantes y atenuantes (A).

En ese sentido, considerando que “p” actúa como denominador de “B”, mientras más alto sea el porcentaje de probabilidad de detección menor será la multa base; lo que significa que al habersele asignado un valor de 100% a dicho factor, en el presente caso se consideró la menor multa base posible.

En dicho contexto, de la revisión de la resolución impugnada se advierte que en su numeral 5 se hace referencia a la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG, la cual tal como indica la apelante aprueba los criterios específicos para la graduación de sanciones por falta de construcción y/o funcionamiento en concesiones de beneficio; no obstante, en el pie de página N° 5 se indica que solo se aplicará su disposición complementaria única.



Por consiguiente, solo se aplicó el factor de probabilidad regulado en el Anexo I de la Resolución N° 256-2013-OS/GG y no otros criterios.

De otro lado, respecto a la aplicación del literal d) del artículo 17° de la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, el cual regula el archivo de la instrucción al haberse derogado la norma que tipifica la conducta como infractora, se debe indicar que la Resolución de Consejo Directivo N° 039-217-OS/CD¹³ se encontraba vigente al momento de tipificar la presente infracción y no está derogada actualmente.

Asimismo, a la fecha en que la GSM realizó la graduación de la multa impuesta; es decir noviembre del 2018, estaba vigente la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG.

En consecuencia, corresponde desestimar estos extremos de la apelación.

¹² T.U.O de la Ley N° 27444.

“Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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 deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;

b) La probabilidad de detección de la infracción;

c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;

d) El perjuicio económico causado;

e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.

f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y

g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

(...).”

¹³ La Resolución de Consejo Directivo N° 039-217-OS/CD fue publicada en el Diario Oficial El Peruano con fecha 18 de marzo del 2017.

Sobre el cálculo de la multa.

7. En cuanto a lo sostenido en el literal c) del numeral 2 de la presente resolución, según el inciso d) del numeral 25.1 del artículo 25° del RSFS concordante con el inciso a) del numeral 3 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, uno de los criterios que se debe considerar para determinar la multa es el beneficio ilegalmente obtenido. El cálculo de este factor incluye los costos evitados (omisión de las inversiones), los costos postergados (inversiones realizadas con posterioridad) y/o utilidad o ganancia generada como consecuencia de dicho incumplimiento, de ser el caso¹⁴.

De la revisión de la resolución de sanción se advierte que para el cálculo de la multa por infringir el artículo 151° del RSSO se aplicó la metodología del costo postergado debido a que mediante escrito de fecha 19 de noviembre del 2018 la recurrente presentó medios de prueba que demuestran que subsanó la infracción antes de la emisión de la resolución de sanción.

Así pues, para la estimación del factor en mención se tomó en cuenta la cantidad y tipo de recursos a costear (humanos y materiales) necesarios para garantizar el cumplimiento de la norma, referida a contar con estaciones de refugios que estén construidos e instalados de acuerdo al anexo 19 del RSSO.

En tal sentido, se consideró el costo de un refugio móvil y dos especialistas: i) Un Ingeniero de Seguridad responsable de verificar los aspectos relacionados con la seguridad de las operaciones en lo relativo a respuesta de emergencias y dentro de ello, que se cumpla con disponer de estaciones de refugio para casos de siniestros y ii) Un Jefe de Guardia Mina responsable de verificar el cumplimiento de tareas en el área de trabajo, con la finalidad de que se realicen cumpliendo con los parámetros y las especificaciones técnicas establecidas en el diseño para la ejecución del refugio minero en el caso de siniestros.

Cabe precisar que en el anexo 19 del RSSO se han establecido los requisitos mínimos de seguridad con los cuales deben contar las estaciones de refugio para el caso de siniestros y con respecto a los refugios móviles se hace referencia a que la excavación debe realizarse en roca resistente, debe contar con sostenimiento adecuado, con chimenea de ventilación, ubicada en una zona libre de tránsito, con suministro permanente y constante de aire comprimido, botiquín de primeros auxilios, entre otros.¹⁵

¹⁴ RSFS

"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:

(...)

d) Beneficio ilegalmente obtenido. Para efectos de la determinación de la multa se calculan los costos evitados o postergados por el infractor al incumplir la normativa o disposición de Osinergmin, así como la utilidad o ganancia generada como consecuencia de dicho incumplimiento, de ser el caso.

(...)"

¹⁵ RSSO

Anexo 19

Requisitos mínimos de seguridad de las estaciones de refugio para casos de siniestros.

(...)

2. Condiciones físicas.

(...)

2.2. Para refugios móviles.

Excavación en roca competente con adecuada resistencia (RMR>60).

Sostenimiento adecuado para rocas con calificación RMR<60.

Chimenea de ventilación o taladro de 6" de diámetro con comunicación a niveles superiores, los que a su vez deben estar comunicados a superficie.

Ubicación en una zona libre de tránsito de vehículos, con el propósito de evitar un impacto que le origine daños.

Área lateral al refugio libre de obstáculos que permita el acceso del personal de mantenimiento a los bancos de baterías y/o otros equipos propios del refugio.

Capacidad mínima: El área no debe ser menor a 1.5 m²/persona.

(...)

3. Servicios.



Al respecto, lo indicado en el párrafo precedente no se incluyó en el cálculo de la multa, pues no se le está imputando a la recurrente que sus refugios no cumplan con los requisitos mínimos establecidos en el anexo 19 del RSSO, más bien que no cuenta con refugios, es por ello que se consideró el costo de un refugio móvil.

Ahora bien, el costo del refugio móvil fue obtenido del documento denominado "Oferta Técnica: Cámara de refugio móvil MRC-5000-6/72 en muro simple para 6 personas con 72 horas de autonomía"¹⁶, obrante de fojas 159 a 171 del expediente, presentado por la recurrente mediante escrito de fecha 22 de marzo del 2018. Dicho documento fue elaborado por la empresa DRAGER-SIMSA S.A. en el cual se indica que el precio del refugio es de \$ 83 039.00 (ochenta y tres mil treinta y nueve dólares americanos) sin incluir IGV.¹⁷

Es así que, la GSM para determinar el valor del refugio móvil agregó el IGV al monto señalado, lo convirtió a soles y ajustó a la fecha de la supervisión, tal como se detalla en el pie de página N° 6 de la resolución impugnada y que mostraremos a continuación:

Descripción	Precio de cotización US\$ marzo 2018	IGV	Precio de cotización US\$ marzo 2018 + IGV	Tipo de cambio (marzo 2018)	IPC (marzo 2018) (fecha de cotización)	IPC (junio 2017) (fecha de la supervisión)	Precio ajustado (\$/ junio 2017)
Refugio móvil	\$ 83,039.00	18%	97,986.02	3.25	128.54	127.00	314,956.66



En atención a lo expuesto, si bien para determinar el costo del refugio se usó una proforma, se advierte que esta fue presentada por la recurrente, la que posteriormente adquirió dicho refugio de la empresa DRAGER-SIMSA S.A. para su unidad minera conforme a las fotografías que obran de fojas 243 a 244 del expediente; por consiguiente, dicho monto refleja un costo real y objetivo ejecutado en el mercado.¹⁸

Asimismo, contrario a lo indicado por la administrada, después de aplicar el IGV al costo del refugio fue convertido en soles (se consideró el tipo de cambio de marzo del 2018, fecha que corresponde a la oferta técnica) y se actualizó a la fecha de supervisión obteniéndose incluso un costo menor.

Con respecto al costo de los especialistas, este se vincula al sueldo que éstos perciben, 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.

(...)

3.2. Para refugios móviles

Suministro permanente y constante de aire comprimido (aire respirable).

Suministro eléctrico permanente que se garantiza de acuerdo a las especificaciones de diseño del fabricante del refugio.

Línea de comunicación al exterior.

Contar con un stock mínimo de agua potable para 5 días de acuerdo al aforo.

(....)

6. Equipos y herramientas

(...)

6.2. Para refugios móviles.

Las que correspondan al diseño del fabricante. Sin perjuicio de ello, deben contar con:

Un (1) botiquín de primeros auxilios.

Un cargador de Lámparas portátiles/linternas (baterías adicionales).

¹⁶ Cabe precisar que este documento fue elaborado el 14 de marzo del 2018.

¹⁷ Cabe precisar que a través del escrito de fecha 19 de noviembre del 2018, la recurrente presentó fotografías, que obran de fojas 243 a 244 del expediente, en las cuales se observan que adquirió la estación de refugio DRAGER.

¹⁸ Cabe precisar que las fotografías fueron presentadas por la recurrente mediante escrito de fecha 19 de noviembre del 2018.

RESOLUCIÓN N° 033-2019-OS/TASTEM-S2

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 documento constituye una fuente objetiva que es de público conocimiento siendo previsible para los administrados.¹⁹

Por lo tanto, la información utilizada respecto al costo de especialistas es válida y resulta aplicable, más aún si la administrada no presentó ningún medio probatorio para acreditar sus afirmaciones a fin de ser analizados.

De otro lado, en cuanto al factor de probabilidad como ya se señaló en el numeral 5 de la presente resolución al habersele asignado el valor de (100%) resultó la menor multa base posible. El mencionado valor se aplicó por tratarse de una supervisión operativa de acuerdo a lo establecido en el Anexo I de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG.

Por lo expuesto, corresponde desestimar estos extremos de la apelación.

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

SE RESUELVE:

Artículo 1°. - **DECLARAR INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por COMPAÑÍA MINERA PODEROSA S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 2978-2018 de fecha 3 de diciembre del 2018 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: Héctor Adrián Chávarry Rojas, José Luis Harmes Bouroncle y Sergio Enrique Cifuentes Castañeda.


HÉCTOR ADRIÁN CHÁVARRY ROJAS
PRESIDENTE

¹⁹ El salary pack 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 mercado.