

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 084-2019-OS/TASTEM-S2

Lima, 04 de marzo de 2019

VISTO:

El Expediente N° 201800089626 que contiene el recurso de apelación interpuesto por NEXA RESOURCES ATACOCHA S.A.A. representada por el señor César Augusto Lara Burneo, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 96-2019 del 11 de enero de 2019, mediante la cual se la sancionó por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 96-2019, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a NEXA RESOURCES ATACOCHA S.A.A., en adelante ATACOCHA, con una multa de 5.60 (cinco con sesenta centésimas) UIT por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM, en adelante RSSO, conforme al siguiente detalle¹:

N°	INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
2	Al artículo 151° del RSSO ² Se constató que el refugio minero para casos de siniestros, ubicado en el Crucero 340 Sur, Nv. 3300 Zona Intermedia, se encuentra a una distancia mayor a 500 metros del frente de trabajo, habiéndose encontrado a 840 metros.	Numeral 2.1.4 del Rubro B del Anexo de la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD ³	5.60 UIT ⁴

¹ Mediante la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 96-2019 se archivó la infracción al numeral 4 del artículo 38° del RSSO (incumplimiento N° 1).

² Decreto Supremo N° 024-2016-EM y modificatoria RSSO

"Artículo 151.- Toda mina subterránea dispone de estaciones de refugio herméticas que son construidas o instaladas de acuerdo al ANEXO 19. Todo trabajador debe ser instruido sobre la ubicación y uso de dichas estaciones."

Anexo N° 19

Requisitos Mínimos de Seguridad de las Estaciones de Refugio para Casos de Siniestros.

1.- Estudio de Riesgos

El número y ubicación de las estaciones de refugio debe ser determinado de acuerdo a un estudio de riesgos elaborado por el titular de actividad minera. Para la ubicación de las estaciones de refugio, se debe considerar, entre otros, lo siguiente:

Se determina en función del avance de los frentes de trabajo y a una distancia no mayor a 500 metros de dichos frentes.

³ 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.

⁴ 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.

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- 
- a) Del 16 al 21 de marzo de 2018, se efectuó una visita de supervisión a la unidad minera "Atacocha"⁵ de titularidad de ATACOCHA.
 - b) A través del Oficio N° 1818-2018, notificado electrónicamente a ATACOCHA el 28 de junio de 2018, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.
 - c) Por escrito presentado el 11 de julio de 2018, registrado por Osinergmin en el Expediente N° 201800115507, ATACOCHA presentó información relacionada con el hecho constatado N° 1 del Acta de Supervisión.
 - d) ATACOCHA no presentó descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.
 - e) Mediante el Oficio N° 503-2018-OS-GSM notificado electrónicamente a ATACOCHA el 11 de octubre de 2018, se remitió el Informe Final de Instrucción N° 2155-2018.
 - f) Por escritos presentados el 17 y 18 de octubre de 2018, registrados por Osinergmin en el Expediente N° 20180089626, ATACOCHA comunicó el cambio de denominación social⁶ y remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

- 
- 2. Mediante escrito presentado el 31 de enero de 2019, registrado por Osinergmin en el Expediente N° 201800089626, ATACOCHA interpuso su recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 96-2019, solicitando se declare su nulidad en atención a los siguientes fundamentos:

En cuanto a la supuesta vulneración al Principio de Razonabilidad

- a) La recurrente indica que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 151° del RSSO: *"toda mina subterránea dispone de estaciones de refugio herméticas que son construidas o instaladas de acuerdo al anexo 19"*. Dicho Anexo, modificado mediante Decreto Supremo N° 023-2017-EM, dispone cuáles son los requisitos mínimos de seguridad de las estaciones de refugio para casos de siniestros. Entre otras disposiciones, se estableció que la ubicación de las estaciones de refugio se deberá determinar considerando los avances de los frentes de trabajo, a fin que los refugios mineros no se encuentren a una distancia mayor de 500 metros de dichos frentes.

Agrega que esta norma tiene como finalidad resguardar la vida de aquellos trabajadores que desarrollan sus actividades en minas subterráneas ante cualquier evento o suceso que pueda configurarse como un siniestro. En ese sentido, refiere que la utilidad de este tipo de componentes se encuentra en estrecha relación con aquellos sucesos que puedan devenir en un siniestro, en tanto su utilidad cobra relevancia ante la presencia de estos.

Además, menciona que el término "siniestro" no está definido por la RSSO; sin embargo, de

⁵ La unidad minera "Atacocha" se encuentra ubicada en el distrito de San Francisco de Asís de Yaruyacan, de la provincia y departamento de Pasco.

⁶ Mediante escrito de registro N° 201800174083 de fecha 17 de octubre de 2018 comunicó el cambio de denominación social de su empresa, dejando de ser COMPAÑÍA MINERA ATACOCHA S.A.A. para pasar a ser NEXA RESOURCES ATACOCHA S.A.A., tal como se desprende del Asiento B00023 de a Partida N° 11362585 del Registro de Personas Jurídicas de la Zona Registral N° IX – Sede Lima que adjuntó a dicho escrito.

acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, es todo suceso que produce un daño o una pérdida material considerable. Por lo tanto, el término siniestro guarda estrecha relación con cualquier circunstancia con potencial para causar daños materiales o personales.

En este caso, su empresa no ha sufrido ningún tipo de evento de tal magnitud que pueda considerarse como “siniestro”, lo cual debió ser considerado por la GSM en la determinación de responsabilidad o, cuando menos, para el cálculo de la multa que pudiera imponerse.

Adicionalmente, afirma que en el registro de reportes de incidentes o accidentes de la unidad minera “Atacocha” no consta la ocurrencia de eventos que puedan considerarse siniestros. Agrega que cuenta con un refugio minero a disposición de sus trabajadores, por lo que la multa impuesta resulta desproporcionada e irracional.

- b) De otro lado, refiere que se encuentra en proceso de implementación de una nueva unidad de refugio móvil en el marco de su política de seguridad y salud en el trabajo, tal como consta en el documento denominado “Oferta técnica: Cámara de Refugio Móvil Modula MRC 5000 16/72” que adjuntó en sus descargos al Informe Final de Instrucción. El nuevo refugio ha sido fabricado en el exterior y su implementación concluiría en marzo de 2019. Además, será una unidad móvil para facilitar su traslado a las cercanías del frente de trabajo, con una capacidad para dieciséis (16) personas y autonomía de setenta y dos (72) horas.

Por ello, sostiene que en la resolución de sanción debió efectuarse un mayor análisis para determinar su responsabilidad, toda vez que imponerle una sanción por incumplir una obligación que no ha generado mayores consecuencias y respecto de la cual se están implementando medidas de mitigación, vulnera el Principio de Razonabilidad.

En ese sentido, sancionarla resulta poco razonable, ya que la conducta infractora está referida a no contar con un componente, cuyo objetivo es proteger a los trabajadores de siniestros que podrían ocurrir en las instalaciones subterráneas; sin embargo, su empresa sí cuenta con un refugio y no se han suscitado siniestros, tal como se comprueba de los registros antes descritos y los reportes presentados a las autoridades competentes.

Sobre la supuesta vulneración al Principio de Proporcionalidad y la indebida motivación de la sanción impuesta

- c) Sostiene que el numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar, así como el numeral 248.3 del artículo 248° del T.U.O. de la Ley N° 27444, establecen que las decisiones de la autoridad administrativa, cuando impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados, deben mantener la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Del mismo modo, el numeral 10 del artículo 66° del citado T.U.O. dispone que todo administrado tiene el derecho a que las actuaciones de las entidades que las afecten sean llevadas a cabo de la forma menos gravosa posible, por lo cual se pretende evitar cualquier exceso de punición. En tal sentido, la autoridad, al momento de determinar la comisión de una infracción, no tiene plena discrecionalidad para hacerlo, toda vez que debe evaluar la misma en virtud a criterios razonables y lógicos.

Por ello, ATACOCHA considera que el cálculo de la multa es erróneo, ya que a la fecha de la



supervisión su representada contaba con: i) los trabajadores, cuyos costos, según la Primera Instancia, se habría ahorrado, tales como el Jefe de Guardia de Mina e Ingeniero de Seguridad, y ii) el equipamiento y herramientas necesarias, lo cual se acreditaría con los contratos de trabajo anexados a su recurso de apelación. Además, tampoco se consideró que realizó inversiones para subsanar de manera voluntaria el hecho infractor y que no ocurrieron sucesos que puedan ser considerados como siniestros en su unidad minera. Por lo tanto, no se aplicaron factores válidos, ni criterios lógicos y razonables.

Asimismo, refiere que, si bien el factor de costos evitados debe incluir todos los costos asociados a los componentes necesarios para garantizar la vigencia y observancia de las normas de seguridad, ello no exime a la GSM de motivar adecuadamente la fuente que sirve de base para su estimación, más aún si estamos frente a la actividad punitiva del Estado.

De otro lado, señala que se encuentra en pleno proceso de adquisición de una unidad de refugio minero móvil para dar cumplimiento a lo requerido durante la supervisión. En tal sentido, considerando los costos en los que está incurriendo su empresa, resulta incomprensible que se imponga una multa sobre la base de costos supuestamente evitados, lo cual no corresponde a la realidad.

Por lo tanto, afirma que no se motivó debidamente la multa impuesta y se vulneró el Principio de Proporcionalidad originando una multa excesiva, por lo que se debe declarar la nulidad de la resolución apelada y proceder a su revocación.

Respecto al uso de la palabra

d) De conformidad con el artículo 33° del Reglamento aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD, solicita se le conceda el uso de la palabra.

3. A través del Memorandum N° GSM-79-2019, recibido con fecha 11 de febrero de 2019, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

En cuanto a la supuesta vulneración del Principio de Razonabilidad

4. En relación a lo argumentado en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que el Principio de Razonabilidad regulado en el numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444 establece que las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

En este caso, se imputó a ATACOCHA la infracción al artículo 151° del RSSO, toda vez que el refugio minero para casos de siniestros, ubicado en el Crucero 340 Sur, Nv. 3300 Zona Intermedia, se encuentra a una distancia mayor a 500 metros del frente de trabajo; habiéndose encontrado a 840 metros.

Al respecto, la obligación prevista en el artículo 151° del RSSO establece que: "Toda mina subterránea dispone de estaciones de refugio herméticas que son construidas o instaladas de

acuerdo al ANEXO 19. Todo trabajador debe ser instruido sobre la ubicación y uso de dichas estaciones.”

Anexo N° 19

Requisitos Mínimos de Seguridad de las Estaciones de Refugio para Casos de Siniestros.

1.- Estudio de Riesgos

El número y ubicación de las estaciones de refugio debe ser determinado de acuerdo a un estudio de riesgos elaborado por el titular de actividad minera. Para la ubicación de las estaciones de refugio, se debe considerar, entre otros, lo siguiente:

- *Se determina en función del avance de los frentes de trabajo y a una distancia no mayor a 500 metros de dichos frentes. (...)”* (Subrayado agregado)

De acuerdo al texto de la citada norma, toda mina subterránea debe contar con estaciones de refugio herméticas, las cuales estarán en función de los frentes de trabajo y a una distancia no mayor a 500 metros de dichos frentes.

Es importante precisar que el numeral 50.1 del artículo 50° del T.U.O. de la Ley N° 27444 prescribe que son documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades públicas; mientras que el artículo 174° del mismo cuerpo normativo señala que constituyen hechos no sujetos a actuación probatoria, entre otros, aquellos que hayan sido comprobados con ocasión del ejercicio de las funciones atribuidas a la autoridad administrativa⁷.

Asimismo, los numerales 13.1 y 13.2 del artículo 13° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD, en adelante RSFS, indican que el Acta de Supervisión es el documento en el cual se describen las acciones realizadas durante una visita de supervisión, suscrita por Osinergmin y/o la Empresa Supervisora, así como por el Agente Supervisado, a través de su representante o con quien se entienda la diligencia. Contiene entre otra información, los hechos constatados y su contenido se tiene por cierto, salvo prueba en contrario⁸.

Bajo este marco legal, OSINERGMIN en ejercicio de sus funciones, del 16 al 21 de marzo de 2018 realizó una visita de supervisión en la unidad minera “Atacocha”, tal como se advierte en el Acta de Supervisión del 21 de marzo de 2018, obrante de fojas 4 a 6 del expediente, suscrita por los representantes de ATACOCHA, detectándose lo siguiente:

N°	HECHOS CONSTATADOS
3	<i>Se constató en la Unidad Minera Atacocha, que el refugio minero para casos de siniestros, ubicado en el Crucero 340 Sur, Nivel 3300, zona intermedia, se encuentra a una distancia de 840 m. de la zona de trabajo. De tal modo, no cumple con el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional vigente.</i>

⁷ T.U.O. de la Ley N° 27444

“Artículo 50.- Valor de documentos públicos y privados

50.1 Son considerados documentos públicos aquellos emitidos válidamente por los órganos de las entidades.”

“Artículo 174.- Hechos no sujetos a actuación probatoria

No será actuada prueba respecto a hechos públicos o notorios, respecto a hechos alegados por las partes cuya prueba consta en los archivos de la entidad, sobre los que se haya comprobado con ocasión del ejercicio de sus funciones, o sujetos a la presunción de veracidad, sin perjuicio de su fiscalización posterior.”

⁸ RSFS

“Artículo 13.- Acta de supervisión

13.1 Es el documento en el cual se describen las acciones realizadas durante una visita de supervisión, suscrita por Osinergmin y/o la Empresa Supervisora, así como por el Agente Supervisado, a través de su representante o con quien se entienda la diligencia, a quien se deja una copia.

13.2 El Acta de Supervisión incluye necesariamente la siguiente información: lugar, fecha, hora de inicio y fin de la diligencia; el nombre o razón social del Agente Supervisado; el nombre, firma y documento de identidad de las personas participantes cuando puedan ser identificadas; así como los hechos constatados. Su contenido se tiene por cierto, salvo prueba en contrario. (...)”

Los hechos antes descritos también fueron registrados en la Fotografía N° 10, obrante a fojas 7 del expediente, en la que se observa las mediciones efectuadas por los supervisores designados por OSINERGMIN. Asimismo, en el Plano de Sección Longitudinal del 21 de marzo de 2018, obrante a fojas 15 del expediente, se observa que el refugio ubicado en el Crucero 340 Sur, Nv. 3300 Zona Intermedia, se encontró a una distancia de 840 metros del frente de trabajo (tajeos de exploración STP 765 y STP 080)⁹.

Además, es la propia recurrente quien como observación a la citada Acta consignó textualmente lo siguiente: "La Unidad Minera ya se encuentra gestionando la adquisición de cámaras de refugio minero para atender distancias exigidas por el DS N° 024-2016-EM y su modificatoria DS N° 023-2017-EM." (Subrayado agregado)

En ese sentido, se acreditó que el refugio minero para casos de siniestro, ubicado en el Crucero 340 Sur, del Nv. 3300 Zona Intermedia, se encontraba a una distancia mayor de 500 metros del frente de trabajo (tajeos de exploración STP 765 y STP 080).

Es importante precisar que en el Acta de Supervisión en donde se consignaron los hechos constatados por los supervisores, funcionarios a quienes la norma reconoce condición de autoridad, tienen en principio veracidad y fuerza probatoria, al responder a una realidad de hecho apreciada directamente por los supervisores en ejercicio de sus funciones, quienes realizan sus labores conforme a los dispositivos legales pertinentes.

Ahora bien, en cuanto a que no se han producido eventos que puedan ser considerados como siniestros, cabe precisar que la obligación dispuesta en el artículo 151° del RSSO exige que el titular minero cuente con un refugio que se encuentre a una distancia no mayor a 500 metros del frente de trabajo, a fin de proteger a los trabajadores en caso de un eventual siniestro. Esta exigencia debe cumplirse sin perjuicio del nivel de riesgo existente en las labores mineras, ni de la probabilidad de la ocurrencia de un evento que requiera su utilización.

Por otro lado, respecto a la adquisición de un refugio móvil, tal como lo expuso la GSM, de la revisión de los medios probatorios remitidos por ATACocha en su descargo al Informe Final de Instrucción, se verifica que presentó una ficha técnica en la cual se indicaban las especificaciones técnicas de la "Cámara de Refugio Móvil Modular MRC 5000 16/72", que pretende adquirir; sin embargo, dicho documento no acredita la adquisición ni la implementación del refugio minero. Aunado a ello, cabe precisar que, en el escrito de descargos al Informe Final de Instrucción, presentado el 18 de octubre de 2018, ATACocha afirmó que: *"Dicho equipo será fabricado en el exterior, lo cual sumado a su tiempo de importación, implicará que llegué a las instalaciones de ATACocha en febrero de 2019, concluyendo con su implementación en marzo de 2019"*. SIC

Lo expuesto en párrafos anteriores corrobora la comisión del incumplimiento, ya que según la propia recurrente recién en marzo de 2019 sería implementado el refugio minero a fin de dar

⁹ Adicionalmente, cabe precisar que del 9 al 14 de julio de 2018 se realizó una supervisión operativa geomecánica a la unidad minera "Atacocha". Respecto de las observaciones detectadas en la visita de supervisión del 16 al 21 de marzo de 2018, en el Acta de Supervisión de julio de 2018 se consignó lo siguiente:

ACTA DE SUPERVISIÓN OPERATIVA EN GEO MECÁNICA JULIO DE 2018

N°	HECHOS CONSTATADOS
4	Se supervisó el cumplimiento de los hechos constatados de la supervisión operativa geomecánica, que constan en el Acta de Cierre del 21 de marzo de 2018, del cual se tiene lo siguiente: (...) 3.- Del hecho constatado N° 3: Se verificó que en la Unidad Minera Atacocha, el refugio minero para casos de siniestros, actualmente continúa ubicado en el Crucero 340 Sur, del Nv. 3300 de la Zona Intermedia; asimismo, se encuentra actualmente a una distancia de 2007.36 m de la zona de trabajo y no tiene otro refugio cercano al área de trabajo mencionado".

cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 151° del RSSO, por lo que tampoco habría operado la subsanación voluntaria de la infracción, a efectos que proceda la aplicación de la condición eximente de responsabilidad prevista en el numeral 15.1 del artículo 15° del RSFS, en concordancia con el literal f) del numeral 1 del artículo 255° del T.U.O. de la Ley N° 27444.¹⁰



Además, ATACOCHA tampoco acreditó la realización de acciones correctivas posteriores que subsanen el incumplimiento, ya que sólo informó sobre la futura implementación del refugio minero móvil. En ese sentido, no se aplicó el factor atenuante vinculado a la circunstancia de comisión de la infracción en la graduación de la multa, previsto en el literal g.2) del numeral 25.1 del artículo 25° del citado Reglamento.¹¹

En tal sentido, es oportuno señalar que, considerando el carácter preventivo de la exigencia de un refugio minero, el hecho que no hayan ocurrido incidentes o accidentes que puedan requerir su utilización, no exime a ATACOCHA de su obligación de contar con ellos; por lo tanto, el incumplimiento de esta obligación no se consuma con la ocurrencia de un siniestro. Además, considerando su finalidad preventiva, la existencia de un refugio garantiza que la operación minera esté implementada con un lugar que reúna las condiciones de seguridad previstas en el RSSO, al cual pueda dirigirse de manera oportuna el personal en una evacuación cuando se produzca una emergencia de seguridad durante el desarrollo de sus actividades.

En consecuencia, no se ha producido la vulneración del Principio de Razonabilidad, ya que en el presente procedimiento se calificó como infracción el incumplimiento al artículo 151° del RSSO, previsto en la Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera aprobada por Resolución N° 039-2017-OS/CD. Asimismo, no se ha exigido en modo alguno la observancia de una obligación no establecida en el supuesto normativo, sino de la medida de precaución prevista por la propia norma que debe ser cumplida por los titulares mineros con la finalidad de que las actividades en las distintas labores mineras sean realizadas en condiciones de seguridad, para lo cual deberá garantizar la existencia de un refugio que se encuentre a una distancia no mayor a 500 metros del frente de trabajo.

Por consiguiente, corresponde desestimar estos extremos del recurso de apelación.

Con relación a la supuesta vulneración del Principio de Proporcionalidad y la indebida motivación de la sanción impuesta

5. En cuanto a los argumentos expuestos en los literales b) y c) del numeral 2 de la presente

¹⁰ RSFS

Artículo 15.- Subsanación voluntaria de la infracción

15.1 La subsanación voluntaria de la infracción solo constituye un eximente de responsabilidad cuando se verifique que los incumplimientos detectados fueron subsanados antes del inicio del procedimiento sancionador.

T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo 255.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

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

f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253. (...)”

(*) En este caso el inicio del procedimiento administrativo sancionador se inició el 28 de junio de 2018.

¹¹ 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. (...)”

resolución, se debe indicar que 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.¹² De igual forma, según su artículo 109°, la ley es obligatoria a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.¹³

Bajo dicho marco legal, es preciso anotar que mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD se aprobó el Cuadro de Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera, el cual tipifica la infracción al artículo 151° del RSSO en el numeral 2.1.4 del Rubro B y prevé una sanción de hasta 500 UIT.

Asimismo, en el numeral 25.1 del artículo 25° del RSFS se establecieron los criterios de graduación de las multas previstas por el Consejo Directivo, entre los cuales se encuentra el beneficio ilegalmente obtenido. Según lo dispuesto en la citada norma, para su estimación se consideran los factores relacionados con los costos postergados y/o evitados (materiales y equipos; mano de obra y herramientas, así como los especialistas encargados).

Por lo tanto, a efectos de determinar y graduar las sanciones también se aplicó lo dispuesto en el artículo 25° del RSFS, 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° 27444¹⁴, así como los valores correspondientes al factor probabilidad de detección aprobados en el Anexo I de la Resolución de Gerencia General N° 256-2013-OS/GG, publicada con fecha 23 de noviembre de 2013.

Al respecto, los costos evitados son inversiones que debieron haberse realizado para cumplir con la normativa vigente y que no fueron efectivamente realizadas. De otro lado, los costos postergados son inversiones que debieron haberse realizado para cumplir con la normativa vigente en un momento, pero que fueron efectivamente realizadas en un momento posterior;

¹² Constitución Política de 1993

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

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."

¹³ 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."

¹⁴ 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. (...)"

siendo que el beneficio en este caso es la diferencia del valor de la inversión, al diferir su ejecución, por el efecto del valor del dinero en el tiempo.



De esta manera, para la estimación del factor en mención deben considerarse los costos de todos los recursos (humanos y materiales) 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). En este caso, la recurrente ha cuestionado el cálculo de los costos evitados en la determinación de la multa impuesta, por lo que se hará referencia únicamente a este aspecto.

En este contexto, es preciso señalar que la determinación del escenario de cumplimiento y, con ello, la cantidad de recursos a ser valorizados bajo las metodologías de costos evitados y/o postergados como parte del factor "B" tampoco es de carácter arbitrario, sino que se apoya en las normas incumplidas, en este caso, el artículo 151° del RSSO; toda vez que es dicha disposición la que define la prestación que debió ser ejecutada por parte del agente infractor.

En este caso, de acuerdo a lo sustentado en la resolución apelada, se aplicó la metodología del costo evitado, considerando las inversiones no incurridas por ATACOCHA para habilitar una cámara donde se ubicará el refugio minero, a una distancia no mayor de 500 metros de los frentes de trabajo.



Si bien es cierto, ATACOCHA tenía un refugio minero ubicado a 840 metros de distancia de la labor de trabajo, para el cálculo del costo evitado se deben tener en cuenta las inversiones que debieron haberse realizado para cumplir con lo dispuesto en el RSSO, es decir, para instalar un refugio minero a 500 metros de distancia de la labor de trabajo (tajeos de explotación STP 765 y STP 080). En ese sentido, al tener la recurrente un refugio móvil, se consideraron los siguientes costos:

- (i) Costos por materiales y equipos: Se consideró la existencia de una cámara sobre el Crucero 934S comunicada al RB 63 y con sostenimiento, por lo que se costea la instalación de tuberías para aire, agua, energía y comunicación, así como el uso de un Scooptram de 3.5 yd3 para el traslado del refugio móvil hacia la cámara, entre otros conceptos, a la fecha de la supervisión (marzo 2018).
- (ii) Costo de mano de obra y herramientas: Se estimó la labor de un técnico electricista, un maestro de servicios auxiliares, un ayudante del maestro de servicios, y gastos por uso de herramientas. Los cuales fueron actualizados a la fecha de la supervisión (marzo 2018).¹⁵
- (iii) Costo de especialistas encargados: Se consideró la labor de un ingeniero de seguridad y un jefe de guardia de mina. Los costos de los sueldos fueron actualizados a la fecha de la supervisión (marzo de 2018).¹⁶
 - Jefe de Guardia Mina: Responsable de verificar el cumplimiento de tareas en el área de trabajo, con la finalidad de que se realicen las tareas, cumpliendo con los parámetros y las especificaciones técnicas establecidas en el diseño para la ejecución del refugio minero para el caso de siniestros.

¹⁵ Para la estimación de la mano de obra se consideró un periodo de 4 horas de trabajo. Para costear los equipos se utilizó como fuente los precios de las empresas JR Contratistas Generales S.A.C., la información de mercado consignada en los Expedientes N° 201500005726, 201400118453 y 201100024081, así como lo dispuesto en CAPECO (Cámara Peruana de la Construcción).

¹⁶ En el cálculo del costo de ambos especialistas, se estimó un mes de sueldo como periodo mínimo de contratación, actualizados al mes de marzo de 2018, esto es, a la fecha de la supervisión.

- Ingeniero de Seguridad: Responsable de verificar los aspectos relacionados con la seguridad de las operaciones, en lo relativo a las respuestas de emergencia y dentro de ello, que se cumpla con disponer de la estación de refugio en caso de que ocurra un siniestro.

En relación a que sí contaba con dichos profesionales, mano de obra y equipos, se debe indicar que los costos evitados, en los que ha incurrido ATACCOCHA, están constituidos por los sueldos de la mano de obra, equipos y los especialistas encargados (Jefe de Guardia e Ingeniero de Seguridad), cuya acción conjunta debieron garantizar el cumplimiento de la obligación establecida en artículo 151° del RSSO, lo cual no ocurrió.

Asimismo, respecto a que no se consideró en el cálculo de la multa las inversiones que realizó, cabe mencionar que la Primera Instancia consideró la reubicación de la estación del refugio móvil con la que contaba la recurrente para la determinación de la sanción, por lo que sólo se estimaron los materiales y equipos correspondientes para habilitar una cámara donde se ubicará dicho refugio, a una distancia no mayor a 500 metros del frente de trabajo.

Por otra parte, en cuanto a las boletas de pago de remuneraciones que ATACCOCHA presentó en sus descargos al Informe Final de Instrucción, obrantes a fojas 61 y 62 del expediente, cabe precisar que estas se encuentran sustentadas en una fuente real objetiva y los puestos considerados en dichos documentos hacen referencia al mismo tipo de personal que la Primera Instancia consideró para la determinación de los costos por concepto de los especialistas, Jefe de Guardia Mina e Ingeniero de Seguridad. En tal sentido, corresponde tomar en cuenta dichos medios de prueba y, en consecuencia, declarar fundado este extremo del recurso de apelación; modificando el cálculo del beneficio ilegalmente obtenido en lo relativo a los costos evitados conforme a los medios probatorios en cuestión.

Ahora bien, para realizar el recálculo de la multa se tendrá en cuenta la cantidad y el tipo de personal que se requiere para dar cumplimiento a la norma infringida. Asimismo, se considerará el pago total por un (mes) de trabajo, equivalente al total de ganancias que consta en las boletas de pago¹⁷. En tal sentido, se tendrá en cuenta las boletas de pago correspondientes al mes de marzo de 2018 del Jefe de Guardia Mina con un salario de S/. 7,085.00 y del Ingeniero de Seguridad con un salario de S/. 6,685.00, las cuales no fueron considerados por la primera instancia.

Cabe precisar que la primera instancia estimó la labor del personal antes citado por el periodo de un mes de trabajo. Dicho razonamiento se mantendrá al efectuarse la determinación de la sanción, ya que no fue cuestionado por la recurrente. Asimismo, los demás aspectos no cuestionados se mantendrán, variándose únicamente el beneficio ilícito por las consideraciones antes expuestas.

Determinación de la sanción

Costo por concepto de materiales y equipos

De acuerdo al análisis antes realizado, se mantendrán los costos por materiales y equipos

¹⁷ Costos a considerar en el cálculo de la multa, según las boletas de pago de planilla presentadas por la administrada

Puesto considerado en la Resolución N° 96-2019	Puesto equivalente según indica ATACCOCHA	Total de ganancia aportada por ATACCOCHA
Jefe de Guardia Mina	Jefe de Guardia Mina	S/ 7,085.00
Ingeniero de Seguridad	Ingeniero de Seguridad	S/ 6,685.00

considerados por la primera instancia¹⁸.



Descripción	Unidad	Cantidad	P.U.	Total
Instalación de tuberías de Aire	m	100	9.03	903.07
Instalación de tuberías de Agua	m	100	12.64	1,264.30
Instalación de Sistema de Comunicación	Glb.	1	1,806.15	1,806.15
Precio Cable NYY - 3-1x16 mm2 para toma de energía externa	m	100	21.10	2,109.94
Scooptram de 3.5 yd3	h-m	3	323.91	971.72
Camioneta liebre	h-m	3	148.10	444.30
Costo por materiales y/o equipos (S/ marzo 2018)				7,499.49

Costo por concepto de mano de obra y herramientas

De acuerdo al análisis antes realizado, se mantendrán los costos por mano de obra y herramientas, considerados por la primera instancia¹⁹.



Mano de Obra	Sueldos en S/ de Febrero del 2015 - PwC					
	S. Anual	S. Mensual	S. Diario	S. Hora	N° Horas	S. Total
Técnico Electricista	62,346.00	5,195.50	173.18	21.65	4	86.59
Maestro de Servicios Auxiliares	67,457.00	5,621.42	187.38	23.42	4	93.69
Ayudante de Maestro de Servicios Auxiliares	42,672.00	3,556.00	118.53	14.82	4	59.27
Total Mano de Obra (S/ febrero 2015)						239.55
Gastos de Herramientas					4%	9.58
Total Mano de Obra y herramientas (S/ febrero 2015)						249.13
IPC febrero 2015						117.20
IPC marzo 2018						128.54
Costo por Mano de Obra y herramientas (S/ marzo 2018)						273.23

Costo por concepto de especialistas encargados

De acuerdo al análisis antes realizado, se consideran los salarios para los especialistas Jefe de Guardia Mina e Ingeniero de Seguridad contemplados en las respectivas boletas de pago²⁰, de acuerdo al siguiente detalle:

Especialistas Encargados	Sueldos en S/ de Marzo 2018			
	Sueldo Anual	Sueldo Mensual	N° de meses	Total
Jefe de guardia Mina	85,020.00	7,085.00	1.00	7,085.00
Ingeniero de Seguridad	80,220.00	6,685.00	1.00	6,685.00
Total Especialistas Encargados (S/ Marzo 2018)				13,770.00

Cálculo de beneficio por costo evitado

¹⁸ Conforme consta a fojas 82 del expediente.

¹⁹ Conforme consta a fojas 82 del expediente.

²⁰ Conforme consta a fojas 61 y 62 del expediente.

Descripción	Monto
Costos de materiales, mano de obra y especialistas (S/. marzo 2018)	21,542.72
Tipo de cambio, marzo 2018	3.253
Período de capitalización en meses	5
Tasa COK mensual ²¹	1.07%
Costos capitalizados (US\$, agosto 2018)	6,984.27
Tipo de cambio agosto 2018	3.290
Beneficio económico por Costo Evitado (S/agosto 2018)	22,975.59
Escudo Fiscal	6,892.68
Costo por servicios no vinculados a supervisión ²²	4,534.26
Beneficio económico - Factor B (S/ agosto 2018)	20,617.17
Probabilidad de detección	100%
Multa Base (S/.)	20,617.17
Factores Agravantes y Atenuantes	1
Multa (S/.)	20,617.17
Multa (UIT)	4.97

De acuerdo al análisis antes realizado, la multa queda reducida de 5.60 (cinco con sesenta centésimas) UIT a 4.97 (cuatro con noventa y siete centésimas) UIT.

Sobre la solicitud de uso de la palabra

6. Con relación a su solicitud de uso de la palabra, contenido en el literal d) del numeral 2 de la presente resolución, se tiene que conforme al artículo 33° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD, el agente supervisado puede solicitar el uso de la palabra al órgano sancionador o al órgano revisor. La denegatoria a dicha solicitud debe encontrarse debidamente motivada a fin de no vulnerar el derecho al debido procedimiento²³.

Por su parte, de conformidad con el numeral 23.3 del artículo 23° del nuevo Reglamento de los Órganos Resolutivos de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD, corresponde al Presidente de la Sala 2 del TASTEM aprobar la realización de informes orales cuando resulte necesario para resolver el caso²⁴.

Sobre el particular, cabe señalar que habiéndose revisado y analizado todos los actuados obrantes en el expediente, conforme se advierte de los considerandos expuestos precedentemente, esta instancia administrativa considera que ha contado con elementos de juicio suficientes para emitir

²¹ Tasa equivalente al 13.64 % anual, tomada como referencia del estudio de valorización minera Argentum realizado por la consultora SUMMA, disponible en la página web de la SMV: http://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/Informe%20Argentum%205_Nov_2008.pdf

²² Corresponde al 15% del costo promedio de la supervisión.

²³ RSFS

Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN

"Artículo 33.- Informe oral

El Agente Supervisado puede solicitar el uso de la palabra al órgano sancionador o al órgano revisor. La denegatoria a dicha solicitud debe encontrarse debidamente motivada a fin de no vulnerar el derecho al debido procedimiento."

²⁴ Resolución N° 044-2018-OS/CD

Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN

"Artículo 23.- Funciones de los Presidentes de las Salas de los Órganos Resolutivos

(...)

23.3. Disponer la realización de informes orales cuando lo considere necesario para resolver el caso, o si algún Vocal o el Secretario Técnico Adjunto se lo solicite o a pedido de parte. (...)"

su pronunciamiento sobre el presente caso, habiéndose indicado los motivos por los cuales se han desestimado los argumentos alegados por el recurrente.

En virtud de ello, el Presidente de esta Sala del TASTEM, con la conformidad de los demás Vocales que integran este Órgano Colegiado, considera que no corresponde acceder a la solicitud de informe oral formulada por la apelante.

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

SE RESUELVE:



Artículo 1°. - Declarar **FUNDADO EN PARTE** el recurso de apelación presentado por NEXA RESOURCES ATACOCHA S.A.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 96-2019 de fecha 11 de enero de 2019 en el extremo referido a la determinación de la multa, conforme a lo expuesto en el numeral 5 de la presente resolución.

Artículo 2°. - **CONFIRMAR** la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 96-2019 de fecha 11 de enero de 2019 en todos sus demás extremos.

Artículo 3°. - **DETERMINAR** que el importe total de la multa se reduce de 5.60 (cinco con sesenta centésimas) UIT a 4.97 (cuatro con noventa y siete centésimas) UIT.

Artículo 4°. - 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