

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 194-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 10 de julio de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201700056445 que contiene el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA ATACOCHA S.A.A., representada por el señor Eduardo Asmat Mendo, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 237-2018 de fecha 26 de enero de 2018, mediante la cual se le sancionó por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM.

CONSIDERANDO:

- Mediante Resolución N° 237-2018, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a COMPAÑÍA MINERA ATACOCHA S.A.A., en adelante ATACOCHA con una multa total de 65.37 (sesenta y cinco con treinta y siete 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 detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Literal c) del artículo 295° del RSSO¹ Durante la supervisión se verificó que los echaderos de mineral 1 y 2, ubicados en el corte N° 1 y corte N° 2 del Nv 3300, zona Atacocha, no contaban con muro de seguridad de 80 centímetros de altura.	Numeral 8.1.1 del Rubro B ²	4.05 UIT
Infracción al literal b) del artículo 395° del RSSO³ Durante la supervisión se verificó que las playas de estacionamiento y los depósitos de aceites y	Numeral 10.3 del Rubro B ⁴	61.32 UIT

¹ RSSO

Artículo 295.- Para la extracción del mineral roto, en labores mineras donde no se utilicen rieles, deberá cumplirse con lo siguiente: (...)

c) Los echaderos deben tener un muro de seguridad de ochenta (80) centímetros de altura y parrillas con una gradiente máxima de seis por ciento (6%) así como una adecuada iluminación. Los muros de contención deben mantenerse limpios. (...)"

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

Anexo: Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad Minera

Rubro B - Incumplimiento de disposiciones y normas técnicas de seguridad minera

8 Incumplimiento de normas de transporte de carga, acarreo, descarga personal y otros

8.1 En minería subterránea

8.1.1 Transporte, carga, acarreo y descarga

Base legal: Arts. 270° literales a), b), c), e), f), g), i), j), k), l) y m), 271° y 272° del RSSO^{394°}, 395° y 396° del RSSO

Sanción: Hasta 350 UIT

La obligación infringida está prevista en el literal c) del artículo 272° del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM.

³ RSSO

"Artículo 395.- Cada servicio subterráneo para playa de estacionamiento, servicentro y áreas de depósito de aceite y grasa debe cumplir con lo siguiente: (...)

b) Estar equipado con un sistema supresor automático que actúe en casos de incendio, correctamente diseñado e instalado." (...)"

⁴ Resolución de Consejo Directivo N° 039-2017-OS/CD

Anexo: Cuadro de Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de Seguridad Minera

Rubro B - Incumplimiento de disposiciones y normas técnicas de seguridad minera

grasas ubicados en el taller de mantenimiento de servicio subterráneo del Nv. 3420 y taller de volquetes del Nv. 3540, no contaban con un sistema supresor automático que actúe en caso de incendios.		
TOTAL		65.37 UIT⁵

Como antecedentes, cabe señalar los siguientes:

- a) Del 10 al 14 de enero de 2017 se efectuó una supervisión a la unidad minera "Atacocha", de titularidad de ATACOCHA⁶, a cargo de supervisores designados por OSINERGMIN.
- b) A través del Oficio N° 1098-2017 notificado a ATACOCHA el 30 de mayo de 2017, que obra a fojas 24 del expediente, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.
- c) Por escrito presentado el 8 de junio de 2017, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700056445, ATACOCHA remitió sus descargos.
- d) Mediante Oficio N° 25-2018-OS-GSM notificado el 9 de enero de 2018, se notificó a ATACOCHA el Informe Final de Instrucción N° 8-2018.
- e) Con escrito presentado el 16 de enero de 2018, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700056445, ATACOCHA presentó su escrito de reconocimiento de responsabilidad respecto a la infracción al literal c) del artículo 295° del RSSO, a fin que se aplique la reducción del 30% en el monto de la multa impuesta.
- f) En ese sentido, en la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 237-2018 se resolvió **aceptar el reconocimiento de responsabilidad comunicado por ATACOCHA, por lo que aplicó el factor atenuante consistente en la reducción del 30% en la determinación de la sanción para la infracción al literal c) de artículo 295° del RSSO, quedando la multa establecida en 4.05 (cuatro con cinco centésimas) UIT.**
- g) Posteriormente, con el escrito del 9 y 19 de febrero de 2018, registrados por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700056445, ATACOCHA comunicó el pago de la multa correspondiente a la infracción al literal c) del artículo 295° de RSSO, para lo cual adjuntó los comprobantes electrónicos del 8 y 19 de febrero de 2018 con número de operación 101258991 y 101862761. Asimismo, refirió que el reconocimiento de la infracción y posterior pago de la multa se realizaron con fines administrativos, pero que no está de acuerdo con esta ni con los argumentos que la sustentan, dispuestos en la Resolución de la GSM.
2. Mediante escrito del 19 de febrero de 2018, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700056445, ATACOCHA interpuso su recurso de apelación contra la Resolución N° 237-2018 solicitando se declare su nulidad y el archivo definitivo del procedimiento, de acuerdo a los

10 Incumplimiento de normas de prevención y control de incendios
10.3 Sistema contra incendios
Base legal: Arts. 307°, 309°, 385° literales b) y c) y 378° del RSSO
Sanción: Hasta 250 UIT

La obligación infringida está prevista en el literal b) del artículo 385° del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 055-2010-EM.

⁵ Cabe precisar que para la determinación y graduación de las sanciones se consideraron los criterios, metodología y la probabilidad de detección que fueron aprobados por las Resoluciones de Gerencia General N° 035 y 256-2013 publicadas en el Diario Oficial El Peruano con fecha 03 de febrero de 2011 y 23 de noviembre de 2013, respectivamente, así como lo dispuesto en la Resolución N° 040-2017-OS/CD.

⁶ La unidad minera "Atacocha" se encuentra ubicada en el distrito San Francisco de Asís de Yarusyacán, provincia y departamento de Pasco.

siguientes fundamentos:

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Con relación a que ha cumplido con la obligación vigente en el actual RSSO y se debe aplicar el Principio de Retroactividad Benigna



- a) La recurrente refiere que el incumplimiento al literal b) del artículo 395° del RSSO, detectado durante la supervisión del 10 al 14 de enero de 2017, establecía lo siguiente:

"Artículo 395- Cada servicio subterráneo para playa de estacionamiento, servicentro y áreas de depósito de aceite y grasa debe cumplir con lo siguiente:

(...)

b) Estar equipado con un sistema supresor automático que actúe en casos de incendio, correctamente diseñado e instalado."

Sin embargo, dicha obligación fue modificada por el Decreto Supremo N° 023-2017 publicado el 18 de agosto de 2017 (posterior a la supervisión), en los siguientes términos:

"Artículo 395.- Los servicios subterráneos para playa de estacionamiento, servicentro y áreas de depósito de aceite y grasa deben cumplir lo siguiente:

(...)

b) Equiparlos con un sistema de detección automático y un sistema de supresión manual o automático que actúe en casos de incendio, correctamente diseñado e instalado, para lo cual se debe tomar como referencia lo establecido en la Norma Especializada NFPA 122 o la norma técnica que la sustituya."



Como se advierte, la modificación establece que ya no era necesariamente exigible que los servicios subterráneos cuenten con un sistema supresor automático, sino que pueden ser manuales o automáticos en función a la necesidad operativa de cada área de trabajo y tomando como referencia la Norma Técnica Especializada NFPA 122.

De acuerdo a ello refiere, que debe considerarse lo establecido en el numeral 212.1.2 del artículo 212° del T.U.O. de la Ley N° 27444, el cual prevé la revocación de los actos administrativos cuando sobrevenga la desaparición de las condiciones exigidas legalmente para la emisión del acto administrativo cuya permanencia sea indispensable para la existencia de la relación jurídica creada. Igualmente, el numeral 212.1.3 del artículo 212° del T.U.O. de la citada Ley dispone que procede la revocación cuando, apreciando elementos de juicio sobrevinientes, se favorezca legalmente a los destinatarios del acto y siempre que no se genere perjuicios a terceros. (Subrayado por la administrada)

- b) Además, sostiene que se debe aplicar el Principio de Retroactividad Benigna, pues aún cuando la Constitución Política del Perú no establece la aplicación retroactiva de las normas sancionadoras administrativas sino solo las de naturaleza penal, esta situación ha sido regulada en el numeral 5 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444, la cual prevé lo siguiente:

"Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

5.- *Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.*

Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición. (...)"

Señala que este principio contiene una excepción: si hubiera una norma posterior, que fuere más favorable al administrado, esta debe ser aplicada. Por ello, si luego de la comisión del ilícito administrativo, se produce una modificación legislativa, y la nueva norma es más benigna para el administrado, entonces deberá ser aplicada dicha ley, pese a que no estuviese vigente al momento de cometerse el ilícito.

- c) De otro lado, indica que en los talleres objeto de la sanción, ATACOCHA cuenta con sistemas contra incendio distribuidos según el análisis de riesgo efectuado en dichas áreas y se implementaron en puntos estratégicos extintores rociadores automáticos de 6 Kg en los depósitos de aceites y grasas en los talleres del Nv. 3540 y Nv. 3420. Asimismo, refiere que de acuerdo a la vista fotográfica que presenta en su recurso, contaría con extintores de PQS de 50 Kg, lo cual atiende el riesgo de conato de fuego de los aceites almacenados. Adjunta vistas fotográficas de los extintores.

Por lo tanto, se advierte que contaba con sistemas de supresión para casos de incendio, de acuerdo a lo previsto en el vigente literal b) del artículo 395° del RSSO.

A pesar de ello, en la resolución impugnada se insiste en señalar que ATACOCHA debería instalar sistemas de supresión automáticos a fin de revertir la conducta infractora sancionada; no obstante, esto demostraría una exigencia para cumplir con una disposición que no se encuentra vigente, lo que es irrazonable e ilegal.

- d) En consecuencia, manifiesta que la modificación del RSSO favorece legamente a ATACOCHA, es más benigna y no genera perjuicios a terceros; por lo que, de acuerdo a la potestad revocatoria del TASTEM corresponde evaluar los hechos imputados en virtud del literal b) del artículo 395° del RSSO modificado por el Decreto Supremo N° 023-2017-EM, más aún considerado que su empresa viene cumpliendo con dicha obligación, conforme ha sido expuesto anteriormente.

Sobre la estimación del cálculo del costo evitado en la determinación de la multa impuesta

- e) La recurrente hace referencia al Principio de Razonabilidad previsto tanto en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar como en el numeral 3 del artículo 246° del T.U.O. de la Ley N° 27444. Del mismo modo indica que el numeral 64.10 del artículo 64° de la citada norma establece que todo administrado tiene derecho a que las actuaciones de las entidades que les afecten, sean llevadas a cabo de la forma menos gravosa posible, por lo cual se pretende evitar cualquier exceso de punición.
- f) Agrega que para el cálculo de la multa en el presente caso, la GSM estimó que el costo evitado en la fecha de supervisión fue de S/ 333, 308.73 que comprende la instalación de un supresor automático que actúe en caso de incendios en las playas de estacionamiento y depósito de aceites y grasas en los talleres materia de imputación, así como la participación de un

especialista encargado. Dicho costo actualizado a octubre de 2017 es de S/ 357, 035.76. Sin embargo, la GSM sólo indica dicho monto y no presenta documento alguno que lo sustente, lo que es arbitrario.

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

Además, manifiesta que nuestra Constitución Política consagra el derecho de los ciudadanos a exigir de las autoridades judiciales y administrativas del Estado la debida motivación de sus decisiones, caso contrario se incurriría en arbitrariedad⁷; no obstante, en este caso, la resolución impugnada no está debidamente motivada, incumpliendo lo dispuesto en los artículos 3° y 6° del T.U.O. de la Ley N° 27444, por lo que se debe declarar su nulidad conforme a lo previsto en el numeral 2 del artículo 10° de la citada Ley y proceder a revocar la multa impuesta.

Por el contrario, sostiene que su empresa acreditó que el costo evitado correspondiente a la instalación de supresores automáticos en las playas de estacionamiento y depósitos aceites y grasas ubicados en el taller de mantenimiento de servicio subterráneo del Nv 3420 y en el taller de volquetes del Nv. 3540, que incluye la participación de un especialista, es menor al costo indicado por la GSM en la resolución impugnada.

En efecto, precisa que del documento denominado “Análisis y Presupuesto de Sistema Contra Incendios en Almacenes de Aceites y Lubricantes” adjunto al presente recurso, el cual fue elaborado para la empresa Milpo Andina Perú S.A.C. para almacenes similares al del presente caso, el costo por cada almacén oscila entre USD 11, 227.69 y 19,860.01 que es significativamente inferior al costo calculado por la GSM de S/. 333, 308.73.

Respecto a su solicitud de uso de la palabra

- g) Indica que en virtud a lo dispuesto en el 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, en adelante el RSFS, solicita se le conceda el uso de la palabra a fin de exponer sus argumentos relacionados al recurso de apelación presentado.
3. A través del Memorándum N° GSM-92-2018, recibido el 6 de marzo de 2018, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.
4. Mediante escrito del 9 de marzo de 2018 registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700056445, ATACocha manifestó que por error en los escritos del 8 y 9 de febrero de 2018 indicó: *“que el reconocimiento de la infracción y posterior pago de la multa se ha realizado con fines netamente administrativos, no estando nuestra compañía de acuerdo con la multa impuesta a través de la Resolución ni con los argumentos que la sustentan.”* En ese sentido, solicita que se omita dicha declaración y reafirma su posición respecto a la aceptación de la multa impuesta en la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera 237-2018.

⁷ La recurrente hace referencia a lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1230-2002-HC/TC, la misma que desarrolla el derecho al debido proceso.

5. Mediante Oficio N° 40-2018-OS/TASTEM-S2, notificado el 22 de junio de 2018, se informó a ATACocha que se le otorgó fecha para hacer uso de la palabra el día 9 de julio de 2018 a las 9:15 horas, por espacio de 10 minutos.
6. Con escrito del 28 de junio de 2018 registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201700056445, ATACocha comunicó su asistencia a la audiencia de informe oral arriba indicada, a través de sus representantes, los abogados [REDACTED] y [REDACTED].

No obstante, cabe indicar que los representantes de ATACocha no se presentaron en la fecha y hora citada a efectos de hacer uso del informe oral solicitado, de lo cual se dejó constancia en Acta.

CUESTIÓN PREVIA

7. Al respecto, de los actuados que obran en el expediente se advierte que ATACocha no ha emitido cuestionamiento alguno respecto a la infracción al literal c) del artículo 295° del RSSO. Por lo tanto, de conformidad con el artículo 220° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en adelante el T.U.O. de la Ley N° 27444, corresponde declarar firme la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N 237-2018 del 26 de enero de 2018, en el extremo concerniente a la atribución de responsabilidad y multa impuesta por la infracción antes citada.⁸

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Con relación a que ha cumplido con la obligación vigente en el actual RSSO y se debe aplicar el Principio de Retroactividad Benigna

8. Sobre lo argumentado en los literales a) al d) del numeral 2 de la presente resolución, corresponde indicar el artículo 103° de la Constitución Política, en concordancia con el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, recoge la regla de la aplicación inmediata de la ley, lo que implica que desde su entrada en vigencia ésta se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. De este modo, los hechos cumplidos bajo la antigua ley se rigen por aquélla, mientras que los efectos o hechos producidos por la nueva ley se rigen por ésta⁹.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha reconocido la vigencia y aplicación de dicha regla en nuestro ordenamiento jurídico, entre otros, a través del fundamento N° 72 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional recaída en el expediente N° 00008-2008-PI/TC, cuyo texto es el siguiente¹⁰:

⁸ T.U.O. de la Ley N° 27444

Artículo 220°.- Acto firme

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

⁹ Constitución Política de 1993

Artículo 103°.- (...) 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. (...)

Decreto Legislativo N° 295. Código Civil

Título Preliminar

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.

¹⁰ La Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00008-2008-PI/TC, se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00008-2008-AI.html#_ftn22

“(…) nuestro ordenamiento adopta la teoría de los hechos cumplidos (excepto en materia penal cuando favorece al reo), de modo que la norma se aplica a las consecuencias y situaciones jurídicas existentes” (STC 0606-2004-AA/TC, FJ 2). Por tanto, para aplicar una norma (...) en el tiempo debe considerarse (...) consecuentemente, el principio de aplicación inmediata de las normas”. (Subrayado agregado)

Además, de acuerdo al artículo 109° de la Constitución Política, las leyes son obligatorias desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la misma que postergue su vigencia¹¹.

Asimismo, por disposición del Principio de Legalidad previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo, en concordancia con el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en adelante el T.U.O. de la Ley N° 27444, 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 conferidas¹².

A su vez, el Principio de Irretroactividad previsto en el numeral 5 del artículo 230° de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo en concordancia con el T.U.O. de la citada Ley, indica que las entidades deben aplicar las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables¹³. Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.

Junto a lo anterior, es pertinente precisar que el ámbito de aplicación del Principio de Irretroactividad no comprende a cualquier disposición legal, sino únicamente las de tipo sancionador, esto es, aquellas disposiciones con incidencia directa en la tipificación de ilícitos administrativos y previsión de sanciones¹⁴.

Pues bien, el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM¹⁵, vigente al momento de la visita de supervisión (10 al 14 de enero de 2017) y al

¹¹ Constitución Política de 1993.

Artículo 109°. 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.

¹² Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272

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.

¹³ 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: (...)

5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción

como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.

¹⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Los Principios Delimitadores de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública en la Ley Peruana”. *Advocatus*. Lima, número 13 (2005), pp. 227-252.

¹⁵ Reglamento vigente desde el 29 de julio de 2016.

inicio del presente procedimiento administrativo sancionador (30 de mayo de 2017), establece en el literal b) del artículo 395° que cada servicio subterráneo para playa de estacionamiento, servicentro y áreas de depósito de aceite y grasa debe estar equipado con un sistema supresor automático que actúe en casos de incendio, correctamente diseñado e instalado. (Subrayado nuestro)

Posteriormente, mediante el Decreto Supremo N° 023-2017-EM, vigente desde el 19 de agosto de 2017, se modificó el literal b) del artículo 395° del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM, disponiendo que los servicios subterráneos para playa de estacionamiento, servicentro y áreas de depósito de aceite y grasa deben estar equipados con un sistema de detección automático y un sistema de supresión manual o automático que actúe en casos de incendio, correctamente diseñado e instalado, para lo cual se debe tomar como referencia lo establecido en la Norma Técnica Especializada NFPA 122 o la norma técnica que la sustituya. (Subrayado nuestro)

De la norma antes citada, se observa que desde el 19 de agosto de 2017, se permite el uso de un sistema de supresión manual por lo que la administrada pretende la eximencia de la sanción indicando que contaba con dicho sistema y que debe aplicarse la retroactividad benigna.

Al respecto, constan a fojas 3, 5 y 5 reverso del expediente, el Acta de Supervisión y las vistas fotográficas N° 61, 62 y 63, que se levantaron con ocasión de la visita realizada del 10 al 14 de enero de 2017, en la que se detectó que no se contaba con un sistema supresor automático ni con un sistema supresor manual en las playas de estacionamiento y los depósitos de aceites y grasas ubicados en el taller de mantenimiento de servicio subterráneo del Nv. 3420 ni en el taller de volquetes del Nv. 3540. Dichos medios probatorios se dieron en el marco de la norma vigente, la cual establecía que los titulares mineros debían contar con un sistema de supresión automático.

Cabe también agregar que el Acta de Supervisión que obra a fojas 3 del expediente, fue suscrita por los representantes de ATACUCHA, entre los que se encontraban el Superintendente de Mina (e), el Superintendente de SSO (e), el Superintendente de Planeamiento, el Superintendente de Mantenimiento y el Gerente de Unidad, quienes no consignaron observaciones a lo constatado, derecho reconocido en el artículo 165° del T.U.O. de la Ley N° 27444.

Asimismo, se debe señalar que el Acta de Supervisión en la cual 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.

En consecuencia, conforme ha sido sustentado, el hecho imputado a título de infracción se encuentra debidamente acreditado en función al contenido de los documentos antes citados, los cuales fueron recabados durante la labor de supervisión y forman parte del Informe de Instrucción Inicio de PAS N° 758-2017. En ese sentido, en virtud al Principio de Presunción de Licitud y el numeral 171.2 del artículo 171° del T.U.O. de la Ley N° 27444, correspondía a la apelante presentar las alegaciones y pruebas de descargo que desvirtúen el contenido de éstos y, por consiguiente, su responsabilidad por el ilícito administrativo, lo que no ocurrió¹⁶; pues no

¹⁶ T.U.O. de la Ley N° 27444

"Artículo 171.- Carga de la prueba (...)"

acreditó que sí contaba con alguno de los dos sistemas de supresión contra incendios comprendidos en la norma; para evaluar, de ser el caso, la aplicación retroactiva de la modificación del literal b) del artículo 395° del RSSO introducida por el Decreto Supremo N° 023-2017-EM.

De otro lado, si bien en su recurso de apelación la recurrente presentó vistas fotográficas de lo que sería el sistema de supresión automático en caso de incendios, no ha acreditado que la instalación de dicho sistema se haya efectuado antes del inicio del procedimiento sancionador, toda vez que las mismas carecen de fecha cierta. Asimismo, la recurrente no presentó algún medio probatorio o informe técnico garantizando que demuestre que el sistema contra incendios fue instalado y diseñado de acuerdo a lo establecido en la Norma Técnica Especializada NFPA 122 o la norma técnica que la sustituya, tal como lo exige la norma antes citada.

Por lo tanto, dado que las instalaciones de la recurrente no cumplían con la normativa vigente al momento de la supervisión, correspondía a OSINERGMIN iniciar el presente procedimiento administrativo sancionador y aplicar la sanción respectiva una vez acreditada la responsabilidad de ATACOCHA, como ocurrió en el presente caso.

De acuerdo a lo expuesto, se concluye que OSINERGMIN actuó conforme a sus competencias y de acuerdo a la regulación vigente a la fecha en que ocurrieron los hechos materia de sanción, correspondiendo desestimar lo alegado por la impugnante sobre este extremo.

Respecto a lo que indica la recurrente sobre que en los talleres objeto de sanción, cuenta con sistemas contra incendio distribuidos según el análisis de riesgo efectuado en dichas áreas y se implementaron en puntos estratégicos extintores rociadores automáticos de 6 Kg en los depósitos de aceites y grasas en los talleres del Nv. 3540 y Nv. 342 y; que acuerdo a la vista fotográfica que adjunta a su recurso de apelación, contaría con extintores de PQS de 50 Kg.

Al respecto, cabe indicar que las acciones realizadas por ATACOCHA no la eximen de responsabilidad en la comisión de la infracción y tampoco pudieron ser evaluadas por el órgano sancionador a efectos de ser consideradas como acciones correctivas para efectos de la graduación de la sanción, toda vez que fueron informadas recién en su recurso de apelación.

Ahora bien, de acuerdo a la resolución apelada, ATACOCHA no acreditó en dicha instancia la subsanación del incumplimiento, a fin de aplicar la condición eximente de responsabilidad prevista en el literal f) del numeral 1 del artículo 255° del T.U.O. de la Ley N° 27444 y el numeral 15.1 del artículo 15° del RSFS, toda vez que la citada empresa sólo envió una solicitud de cotización que únicamente demuestra que había planificado la instalación de los sistemas supresores, y tal como se ha indicado anteriormente las fotografías que adjuntó en su apelación no se encuentran fechadas.

De acuerdo a lo expuesto, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación.

Con relación a la estimación del cálculo del costo evitado en la determinación de la multa impuesta

9. Sobre lo expuesto en los literales e) y f) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que el Principio de Razonabilidad regulado por el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el T.U.O. de la citada Ley, 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.¹⁷

Sobre el particular, Morón Urbina (2009) 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 para individualizar, en un caso específico, la consecuencia jurídica aplicable una vez verificada la comisión de la infracción administrativa¹⁸.

Asimismo, cabe indicar que el Principio de Debido Procedimiento¹⁹, regulado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, modificado por el Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el T.U.O. de la citada Ley, establece que los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo, que comprenden de modo enunciativo, mas no limitativo, entre otros, el derecho a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente.

¹⁷ Ley N° 27444, modificado por Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

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 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ Ley N° 27444, modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, en concordancia con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1.2. Principio del debido procedimiento

Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

Por tal razón, el numeral 4 del artículo 3° de la Ley N° 27444, en concordancia con su numeral 6.1 del artículo 6°, establece como requisito de validez de los actos administrativos su debida motivación, la cual debe ser expresada, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes al caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

Bajo este marco legal, corresponde indicar que de la revisión del numeral 4 del Informe Final de Instrucción N° 8-2018 del 8 de enero de 2018 y del numeral 5.2 de la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 237-2018 del 26 de enero de 2018, se advierte que para la infracción al literal b) del artículo 395° del RSSO, se consideró como costo evitado el monto de S/ 333,308.73 (trescientos treinta y tres mil trescientos ocho con setenta y tres céntimos), por costos de materiales, mano de obra y especialista, que incluye el costo: i) por instalación de un supresor automático para casos de incendio en las playas de estacionamiento y los depósitos de aceites y grasas ubicados en el taller de mantenimiento de servicio subterráneo del Nv. 3420 y en el taller de volquetes del Nv. 3540, y ii) un especialista encargado (Ingeniero de Seguridad).

Ahora bien, los costos evitados considerados fueron obtenidos del presupuesto presentado por la recurrente, mediante su escrito del 25 de enero de 2017 que obra de fojas 16 a 19 reverso del expediente. Dicho documento denominado "Cotización 005-2017 Diseño e Instalación de Sistemas Contra incendios en Taller Trackless Nv 3420 y Taller de Volvos Nv 3540" para la unidad minera ATACocha elaborado por la empresa Bral Consultores S.A.C., establece que la inversión total por los dos talleres es de \$ 82,500 dólares americanos (costo no incluye IGV) y contempla recursos de personal y logísticos. (Subrayado agregado)

Ahora bien, es importante señalar que el precio de cotización propuesto por ATACocha fue considerado por la GSM para determinar los costos evitados que incluye materiales y mano de obra, al cual se le debía agregar el I.G.V. y ser ajustado con el IPC de la fecha de cotización (enero de 2017), tal como se detalló a fojas 37 del expediente y mostraremos a continuación:

Descripción	Precio de Cotización US\$ Enero 2017 + IGV	Tipo de Cambio	IPC de Cotización	Fecha de Cotización	Precio ajustado (S/ Enero 2017)
Instalación de un sistema supresor automático de incendios	97,350.00	3.342	126.01	Enero 2017	325,334.85

Adicionalmente, considerando que ATACocha en su condición de titular de una concesión minera es responsable por la supervisión eficiente de las actividades que se desarrollen en sus instalaciones, por lo que a fin de garantizar que la instalación del sistema supresor automático en caso de incendios se realice adecuadamente debía contar con personal a su cargo que se encargue de dicha tarea, en este caso, tal como ha sido incluido por la GSM, correspondía al Ingeniero de Seguridad dicha función.

Es así, que de acuerdo al Cuadro General de Remuneraciones (al 28 de febrero de 2015) obrante a fojas 38 del expediente, se tiene que el sueldo anual de un Ingeniero de Seguridad es S/ 88,993 (ochenta y ocho mil novecientos noventa y tres) soles. Cabe señalar que dicho documento es un producto que Price Waterhouse Coopers (PwC) proporciona a OSINERGMIN, en el cual se recogen estudios de los sueldos y salarios anuales de los principales sectores económicos y no se considera las utilidades que le correspondería al trabajador.

Asimismo, considerando que para supervisar la actividad de instalación del sistema supresor automático en caso de incendios se requiere como mínimo un (1) mes de contratación, dicho

monto se divide en doce (12) meses, resultando un sueldo de S/ 7,416.08 (siete mil cuatrocientos dieciséis con ocho céntimos), el cual debe ser ajustado con el IPC (117.20) de la fecha del Cuadro General de Remuneraciones (febrero 2015) y el IPC (126.01) de la fecha de la cotización (enero 2017) remitida por ATACocha a OSINERGMIN, obteniendo el sueldo por especialista de S/ 7,973.88 (siete mil novecientos setenta y tres mil con ochenta y ocho céntimos).



Por lo tanto, se verifica que los costos evitados vinculados con la mano de obra y costos de materiales (S/ 325,334.85) y aquel referido al especialista Ingeniero de Seguridad (7,973.88) corresponde al concepto de costos evitados que fue incluido por la GSM en la resolución impugnada y que asciende a S/ 333,308.73; en ese sentido, contrariamente a lo señalado por la recurrente, la determinación de los costos evitados se encuentra debidamente sustentada y es proporcional al incumplimiento imputado, por lo que no existe vulneración a los Principios de Debido Procedimiento y Razonabilidad ni causal alguna para declarar la nulidad de la resolución impugnada.



De otro lado, respecto al documento denominado "Análisis y Presupuesto del Sistema Contra incendios en Almacenes de Aceites y Lubricantes", que adjuntó la recurrente a su recurso de apelación, se debe indicar que este no resulta pertinente ser evaluado en el presente caso, toda vez que no fue realizado específicamente para las playas de estacionamiento y los depósitos de aceites y grasas ubicados en el taller de mantenimiento de servicio subterráneo del Nv. 3420 y taller de volquetes del Nv. 3540, a diferencia del presupuesto presentado por la propia ATACocha el 25 de enero de 2017, que sí fue elaborado por la empresa Bral Consultores S.A.C. para dichas áreas.

En ese sentido, de acuerdo a lo sustentando en los párrafos precedentes, este extremo del recurso de apelación deviene infundado.

Respecto a la solicitud de uso de la palabra

10. Respecto a lo citado en el literal g) del numeral 2 de la presente resolución, se debe precisar que pese a haberse otorgado la audiencia de informe oral para el día 9 de julio de 2018, conforme obra en el Oficio N° 40-2018-OS-TASTEM-S2 notificado el 22 de junio de 2018, los representantes de a ATACocha no se presentaron a la citada diligencia.

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 que la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 237-2018 del 26 de enero de 2018 queda **FIRME** en el extremo referido a la infracción al literal c) del artículo 295° del Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM, en virtud a las razones expuestas en el numeral 7 de la presente resolución.

Artículo 2°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por COMPAÑÍA MINERA ATACocha S.A.A., contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 237-2018 de fecha 26 de enero de 2018; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la citada resolución en todos sus demás extremos, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3°.- Declarar agotada la vía administrativa.



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


JESÚS FRANCISCO ROBERTO TAMAYO PACHECO
PRESIDENTE