

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 119-2024-OS/TASTEM-S2

Lima, 18 de julio del 2024

VISTO:

El Expediente N° 202300271394 que contiene el recurso de apelación interpuesto por VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A., representada por el señor Joel Díaz Lazo, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1866-2024 de fecha 5 de junio de 2024, a través de la cual se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1409-2024 de fecha 30 de abril de 2024 que la sancionó por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1409-2024 de fecha 30 de abril de 2024, la Gerencia de Supervisión Minera, en adelante GSM, sancionó a VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A., en adelante VOLCAN, con una multa de 7.71 (siete con setenta y uno centésimas) UIT, por incumplir el Reglamento de Seguridad y Salud Ocupacional en Minería aprobado por Decreto Supremo N° 024-2016-EM, conforme con el siguiente detalle:

INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
<p>Al literal b) del artículo 246 del RSSO¹</p> <p>Durante la fiscalización, se verificó que la medición de velocidad de aire en la labor TJ_940_1N, Nv. 920, era de 13.20 m/min; en tal sentido al realizar el cálculo de caudal de aire requerido en la labor subterránea, se constató que no cumplen con mantener la cantidad de aire suficiente de acuerdo con el número de trabajadores y con la capacidad efectiva de potencia (HP) del equipo con motor de combustión interna en operación, conforme al siguiente detalle:</p>	Numeral 2.1.11 del Rubro B ²	7.71 UIT

¹ RSSO

“Artículo 246.- El titular de actividad minera debe velar por el suministro de aire limpio a las labores de trabajo de acuerdo a las necesidades del trabajador, de los equipos y para evacuar los gases, humos y polvo suspendido que pudieran afectar la salud del trabajador, así como para mantener condiciones termo-ambientales confortables.

Todo sistema de ventilación en la actividad minera, en cuanto se refiere a la calidad del aire, debe mantenerse dentro de los límites de exposición ocupacional para agentes químicos de acuerdo al ANEXO 15 y lo establecido en el Reglamento sobre Valores Límite Permisibles para Agentes Químicos en el Ambiente de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2005-SA o la norma que lo modifique o sustituya. Además debe cumplir lo siguiente:

(...)

b) En todas las labores subterráneas se debe mantener una circulación de aire limpio y fresco en cantidad y calidad suficientes de acuerdo con el número de trabajadores, con el total de HPs de los equipos con motores de combustión interna, así como para la dilución de los gases que permitan contar en el ambiente de trabajo con un mínimo de diecinueve punto cinco por ciento (19.5 %) de oxígeno.”

² Resolución N° 039-2017-OS/CD

RESOLUCIÓN N° 119-2024-OS/TASTEM-S2

Labor	Velocidad (m/min)	Área (m ²)	Caudal obtenido (m ³ /min)	Caudal requerido por persona (m ³ /min)	Caudal requerido por equipo con motor petrolero (m ³ /min)	Caudal requerido total (m ³ /min)	Déficit (m ³ /min)	Cobertura (%)
Tj_940_1 N. Nv. 920	13.20	14.29	188.63	18.00 (3 personas)	406.8 (Mixer con código M-265 y capacidad efectiva de potencia 87.6 HP y Robot con código: R-87 y capacidad efectiva de potencia 48 HP)	424.8	236.17	44.4
MULTA								7.71 UIT

Como antecedentes relevantes, cabe señalar los siguientes:

- a) Del 27 de febrero al 3 de marzo de 2023, se llevó a cabo una visita de supervisión a la Unidad Minera “Carahuacra”³ de titularidad de VOLCAN, conforme consta en el Acta de Fiscalización obrante en soporte digital en el SIGED N° 202300271394, suscrita por los representantes de la administrada y de Osinergmin.
- b) Con Oficio N° 316-2023-OS-GSM/DSGM, notificado con fecha 14 de agosto de 2023, se comunicó a VOLCAN la conclusión de la actividad de fiscalización.
- c) A través del Oficio IPAS N° 24-2023-OS-GSM/DSGM, notificado con fecha 31 de octubre de 2023, se comunicó a VOLCAN el inicio del procedimiento administrativo sancionador, adjuntando el Informe de Instrucción N° 35-2023-OS-GSM/DSGM del 27 de octubre de 2023, otorgándole el plazo de siete (7) días hábiles para la presentación de sus descargos.
- d) Mediante escrito presentado con fecha 10 de noviembre de 2023, la administrada remitió sus descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- e) A través del Oficio N° 111-2024-OS-GSM/DSGM, notificado con fecha 27 de marzo de 2024, se remitió a VOLCAN el Informe Final de Instrucción N° 11-2024-OS-GSM/DSGM, otorgándole el plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de sus descargos.
- f) Con escrito presentado con fecha 5 de abril de 2024, VOLCAN formuló sus descargos al Informe Final de Instrucción N° 11-2024-OS-GSM/DSGM.
- g) El 2 de mayo de 2024 se notificó la Resolución de la Gerencia de Supervisión Minera N° 1409-2024, mediante la cual se sancionó a VOLCAN con una multa de 7.71 (siete con setenta y una centésimas) UIT por la infracción descrita en el numera 1.

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
2.1.11. Ventilación
Base legal: Arts. 251°, 254°, 246° y 252° del RSSO
Sanción: Multa hasta 400 UIT

³ La Unidad Minera “Carahuacra” se encuentra ubicada en el distrito de Yauli, Suitucancha, Huay-Huay, provincia de Yauli y departamento de Junín.

- h) Mediante escrito de registro N° 202300271394, VOLCAN interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1409-2024.
- i) A través de la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1866-2024 de fecha 5 de junio de 2024 se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1409-2024 del 30 de abril de 2024.

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Mediante escrito remitido con fecha 28 de junio de 2024, VOLCAN interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1866-2024 del 5 de junio de 2024, solicitando se declare fundado su recurso y la nulidad de la citada resolución, en atención a los siguientes fundamentos:

Sobre las acciones posteriores realizadas

- a) La recurrente señala que habiendo tomado conocimiento del supuesto hecho infractor (durante la fiscalización realizada), realizó las correcciones correspondientes, ejecutando las siguientes medidas correctivas, previo al inicio del procedimiento administrativo sancionador:

- Cambio de la línea de ventilación. Inicialmente estaba con manga de ventilación de diámetro 30", habiendo cambiado a manga de ventilación de 36" de diámetro. Asimismo, realizó un cambio total de 105 m de manga de ventilación con la finalidad de uniformizar los diámetros de las mangas de ventilación.
- Instalación de un segundo ventilador, el cual trabaja como un ventilador enseriado en el circuito de ventilación de la labor. Posterior a esta instalación, realizó una medición de la velocidad de aire, la cual tuvo como resultado 38.40 m/min (0.64 m/s), cumpliendo con la normativa vigente.
- Reemplazando la velocidad promedio nueva en la cobertura del TJ_940_1N, NV.920, se obtiene lo siguiente:

- Velocidad medida: 38.40 m/min
- Ancho de labor: 3.80 m
- Alto de labor: 4.00 m
- Factor de corrección: 0.96
- Área: 14.59 m²
- Caudal medido: 560.33 m³/min
- Requerimiento de aire por personas: 18 m³/min
- Requerimiento de aire por equipos: 406.8 m³/min
- Requerimiento de aire total: 424.8 m³/min
- Cobertura: 131.89 %

La recurrente consigna en la página 4 de su recurso de apelación la imagen "Cobertura Local". Asimismo, alega que las evidencias de las acciones realizadas fueron presentadas con sus descargos al Informe Final de Instrucción.

En ese sentido, para mejorar la cobertura de aire calculada por los agentes supervisores, instaló un segundo ventilador con la función de ser un ventilador enseriado en el circuito

RESOLUCIÓN N° 119-2024-OS/TASTEM-S2

de ventilación de la labor, haciendo que situaciones como las advertidas durante la supervisión, no vuelvan a ocurrir. Asimismo, uniformizó los diámetros de las mangas de ventilación en un total de 105 metros, mejorando la velocidad de aire hasta 38.40 m/min. Consecuentemente, calculó la cobertura actual de la labor, arrojando un valor de 131.89 %, cumpliendo así con entregar una cobertura mayor al 100% en la labor, exigida por el RSSO.

Con la evidencia de la subsanación del hecho verificado, antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, resulta de aplicación a su caso la causal eximente de responsabilidad, prevista en el literal f) del artículo 257 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante, el TUO de la Ley N° 27444.

De otro lado, agrega que, en la supuesta infracción, los agentes supervisores advirtieron el posible hecho infractor; sin embargo, este fue revertido previo inicio del procedimiento administrativo sancionador, restableciendo los efectos dañosos de continuar con dicho accionar. Menciona que, toda infracción administrativa es jurídicamente subsanable, siendo que acreditó la subsanación con las imágenes e informes presentados, tanto en este escrito como en los documentos que conforman el expediente.

Indica que ha interrumpido y/o reparado los posibles daños que podría haber causado en caso hubiese continuado con el hecho advertido por los agentes supervisores. Por lo expuesto, alega que corresponde archivar el procedimiento administrativo sancionador, según lo previsto en el marco normativo vigente, toda vez que no se ha aplicado correctamente lo dispuesto en el literal f) del artículo 257 del TUO de la Ley N° 27444.

Sobre el cálculo de multa

- b) La recurrente sostiene que, según el estándar del área de mantenimiento eléctrico, se utiliza solo 50 m del cable NYY-3-1x16mm², cable eléctrico de alimentación, hacia el ventilador auxiliar, desde el nicho de la caja arrancador; por lo que la cantidad considerada por la primera instancia no es cierta. De mantenerse la cantidad señalada, a pesar de lo indicado, solicita se demuestre que, en efecto, la cantidad de 105 m es la necesaria, y que, por dicho motivo, es la estimada por Osinergmin.

Indica que, la manga de ventilación, utilizada en la unidad minera es tipo rafia de 300 gr/m², cuyo costo unitario es 3.2 USD/m y no la cantidad considerada en la resolución de sanción. Si se mantiene dicho costo, solicita se demuestre con documentación fáctica este costo. Además, en el concepto de Supervisión de Jefe de Guardia Mina, Ingeniero de Seguridad, Ingeniero de Ventilación, el sueldo promedio es de S/ 8 000.00.

Agrega que, se debe considerar que al hacer referencia a “la supervisión”, esta no incluye toda la guardia completa en la labor objeto de supervisión, pues “la supervisión” incluye todas las labores de la operación, siendo esta efectiva en un máximo de 30 minutos por labor (revisando las herramientas de gestión, validando las órdenes de trabajo, etc.). Por otro lado, considera que el factor utilizado para calcular dicho valor debería ser el de “Hay Group”, el cual considera valores actuales y del rubro.

Por lo tanto, solicita que para efectos del cálculo de la multa se considere la situación real

de una operación minera, la que no ha sido aplicado.

- c) Por otro lado, señala que, según lo establecido en el RSSO, para el cálculo de caudal requerido (requerimiento de aire total) se debe utilizar los criterios establecidos en el Anexo 38: CALCULO DE REQUERIMIENTO DE AIRE, el cual señala como "Requerimiento de Aire Total" (punto "d" del numeral 1" utilizado cuando en la operación se utilice equipos con motor petrolero). La recurrente consigna la imagen "d) Caudal requerido por equipo con motor Petrolero (Q_{Eq})" en la página 7 de su recurso de apelación.

Sin embargo, los supervisores, al momento de realizar el cálculo de requerimiento de aire para los equipos, la cual es una variable para el cálculo de requerimiento de aire total, consideraron como disponibilidad mecánica 1(100%) y como factor de utilización 1(100%), según se muestra en la primera imagen consignada en la página 7 de su recurso de apelación.

En consecuencia, la disponibilidad mecánica y el factor considerado 1(100%) no es conforme y alineado a lo establecido legalmente, toda vez que se estaría afirmando que un equipo no tiene paradas por mantenimiento y que el mismo funciona 24 horas al día de forma continua sin ninguna parada. Precisa que, el cuadro de disponibilidad mecánica y el factor de utilización correcto y que plasma en este escrito, fue entregado durante la supervisión a los agentes supervisores. La recurrente consigna una segunda imagen en la página 7 de su recurso de apelación.

En ese sentido, considera "que su Gerencia no debería sancionarnos por un hecho que resulta necesario en una operación (pare por mantenimiento), lo cual resulta en una situación concreta y programada en la operación, no debiendo resultar los valores que se obtengan de dicha situación, como algo rutinario y pasible de afectación y daños." (Sic)

Sobre los Principios de Legalidad y Tipicidad

- d) VOLCAN señala que la resolución de sanción vulnera el Principio de Legalidad. De conformidad con lo establecido en el Reglamento aprobado por la Resolución N° 208-2020-OS/CD, esta entidad en el ejercicio de su potestad sancionadora debe sujetarse a los principios previstos en el artículo 230 de la Ley N° 27444, entre ellos el Principio de Legalidad, consagrado como uno de los derechos fundamentales de la persona en el literal d) del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú⁴.

La recurrente señala que, este derecho fundamental ha sido traducido como principio del procedimiento administrativo sancionador en el inciso 1 del artículo 230 de la Ley N° 27444, siendo que tiene dos matices legales, pues prevé la jerarquía normativa exigida para la atribución de la potestad sancionadora y la previsión de sanciones administrativas.

En ese sentido, ambos extremos solo pueden ser establecidos mediante normas con rango de ley, para que Osinergmin ejerza válidamente su potestad sancionadora⁵.

⁴ La recurrente cita al autor Francisco Carruitero conforme con lo siguiente: "el principio de legalidad constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales, debiendo configurarse bajo dicha perspectiva, en un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado democrático".

⁵ La recurrente cita al Tribunal Constitucional y al autor Morón Urbina.

Refiere que, el ordenamiento jurídico⁶ ha ido adecuándose a los criterios establecidos en la Ley N° 27444 a fin de no contravenir los principios de la potestad administrativa sancionadora, como el segundo matiz del Principio de Legalidad.

Sin embargo, ello no acontece en su caso, pues Osinergmin invoca una sanción de manera enunciativa con una supuesta multa al RSSO, no calificando la supuesta conducta posible de infracción, omitiendo una valoración expresa y legal de una supuesta infracción, la cual estaría contemplada en normas generales y específicas del sector; demostrando así su falta de valoración de los hechos que generaron el inicio del procedimiento administrativo sancionador, y la respectiva resolución de multa.

- e) VOLCAN indica que, en virtud del Principio de Tipicidad solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en la ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analógica⁷.

Sobre el particular, manifiesta que en el ejercicio de su potestad sancionadora las entidades públicas se encuentran facultadas a imponer sanciones por infracciones siempre y cuando éstas hayan sido claramente tipificadas (redactadas con precisión suficiente) y definan de manera cierta la conducta sancionable.

Además, alega que no todo incumplimiento a una norma conlleva a una sanción, ya que la Administración debe cumplir con los Principios de Legalidad y Tipicidad, lo cual no sucedió en su caso al atribuirle una supuesta infracción al literal b) del artículo 246 del RSSO. Dicha supuesta infracción ha sido enumerada solo de manera enunciativa no calificando la supuesta conducta posible de infracción, siendo un caso típico de ley sancionadora en blanco, careciendo de contenido material y sustancial por no definir la conducta sancionable, sino que a través de una enunciación vaga o genérica coloca en la autoridad administrativa la posibilidad de establecer una sanción.

El Principio de Tipicidad no solo abarca la descripción exacta de las conductas atribuidas como ilícito administrativo, sino también las sanciones que deben ser impuestas por cada una de estas lo cual no es considerado en la resolución de sanción al pretender sancionarla por una supuesta infracción al RSSO, que tiene por objeto la prevención y no establecer un procedimiento sancionador.

En consecuencia, la recurrente concluye que la resolución de sanción, el Informe Final de Instrucción y el inicio del procedimiento son nulos de pleno derecho por contravenir el inciso 4 del artículo 230 de la Ley N° 27444; incurriéndose en la causal prevista en el numeral 1 del artículo 10 de la misma ley.

Sobre otros alegatos

- f) La recurrente se reserva el derecho a ampliar sus descargos.

⁶ Como ejemplos de esa adecuación, la recurrente cita la Ley N° 27987, Ley N° 28627, Ley N° 29080, Ley N° 29338 y Ley N° 29622, respecto a la atribución de facultades sancionadoras a diferentes entidades.

⁷ Respecto al Principio de Tipicidad, la recurrente cita las Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC y el Expediente N° 5408-2005-PA/TC. De igual forma, cita al autor Morón Urbina, Juan Carlos, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Lima, 2008, p. 655.

3. A través del Memorándum N° 347-2024-OS-GSM, recibido con fecha 3 de julio de 2024, la GSM remitió los actuados a la Sala 2 del TASTEM mediante el Sistema de Gestión de Documentos Digitales - SIGED.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre las acciones posteriores realizadas

4. Respecto de lo alegado en el literal a) del numeral 2 de la presente resolución cabe señalar que, de conformidad con el literal f) del numeral 1 del artículo 257 del antes citado TUO de la Ley N° 27444 constituye una condición eximente de la responsabilidad por infracciones 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 255 del mencionado TUO⁸.

De acuerdo con ello, se tiene que la Ley no establece en modo alguno que todas las infracciones sean pasibles de subsanación, sino que la subsanación de la infracción, es decir, cuando ocurra, debe realizarse antes del inicio del procedimiento a fin de que se pueda eximir de responsabilidad al infractor, siendo importante precisar que, para la aplicación de este supuesto, lógicamente la subsanación debe ser posible de realizar.

Sobre el particular, existen infracciones por cuya naturaleza y características de la propia obligación incumplida no pueden ser subsanadas, es decir, la propia realidad es la que determina la existencia de casos en los cuales ya no es posible la subsanación. Así, en el presente caso, las mediciones efectuadas en la fiscalización reflejan condiciones únicas cuyos resultados son inmediatos (registro de hora); por lo tanto, la realización de acciones posteriores a la visita de fiscalización por parte del titular minero está orientada a dar cumplimiento ulterior a la normativa vigente, mas no podrían corregir las deficiencias en el parámetro de cobertura de aire (cantidad expresada en porcentaje) de acuerdo con el número de trabajadores y el total de HP de equipos con motores de combustión interna, verificadas al momento de la fiscalización.

Por lo expuesto, en el presente caso, no procede aplicar el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria antes de la imputación de cargos, establecido el literal f) del numeral 1 del artículo 257 del TUO de la Ley N° 27444, ya que por la propia naturaleza de la infracción en que incurrió la recurrente, esta no es pasible de ser subsanada.

De otro lado, cabe señalar que el órgano sancionador al momento de calcular la multa impuesta por la infracción imputada aplicó lo dispuesto en el literal b) del numeral 26.4 del artículo 26 del RFS, el cual prevé un factor atenuante de -5% por acciones correctivas respecto de infracciones insubsanables hasta la fecha de presentación de descargos al inicio del procedimiento sancionador⁹. En tal sentido, sí se tomaron en cuenta las acciones señaladas por la recurrente para efectos del presente caso.

⁸ "Artículo 257.- 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 255".

⁹ RFS

Conforme lo expuesto, se ha respetado el marco normativo aplicable, por lo que no corresponde el archivo del procedimiento administrativo sancionador como alega la recurrente.

Por lo tanto, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación.

Sobre el cálculo de multa

5. Respecto de lo alegado en los literales b) y c) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que, mediante Resolución N° 039-2017-OS/CD se aprobó el Cuadro de Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera, que prevé como infracción administrativa sancionable, en su numeral 2.1.11 del Rubro B, el incumplimiento a las normas de diseño, instalación, construcción, montaje, operación, proceso y control de terreno en concesiones mineras, específicamente sobre ventilación. Dicha conducta infractora es sancionada con multa de hasta 400 UIT.

Sobre el particular, el Principio de Razonabilidad regulado en el acápite 1.4 del numeral 1 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444 establece que las decisiones de la autoridad administrativa, cuando impongan sanciones, 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.

De acuerdo con el Principio de Razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la Ley N° 27444, 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. Para ello, las sanciones que determine la administración deben ser calculadas considerando determinados criterios de graduación, entre ellos, el beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción¹⁰.

Así, para la estimación del factor “beneficio ilícito 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 u 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).

“Artículo 26.- Graduación de multas

(...)

26.4 Constituyen factores atenuantes, las siguientes circunstancias de la comisión de la infracción, de corresponder:

(...)

b) Acciones correctivas respecto de infracciones insubsanables. Si hasta la fecha de vencimiento de la presentación de descargos al inicio del procedimiento sancionador el Agente Fiscalizado acredita la realización de acciones correctivas respecto de las infracciones no subsanables. El factor aplicable es -5% (...)

¹⁰ “Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

(...)

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;

(...)”.

RESOLUCIÓN N° 119-2024-OS/TASTEM-S2

Debe tenerse presente que, Osinergmin cuenta con un nivel de discrecionalidad para determinar la cuantía de la sanción aplicable dentro de los rangos mínimos y máximos establecidos para cada tipo de infracción. Sin embargo, el uso de tal discrecionalidad debe ir acompañada de una motivación que demuestre la corrección y coherencia en la aplicación de los criterios utilizados.

En este contexto, cabe señalar que el artículo 26 del Reglamento de Fiscalización y Sanción de las actividades energéticas y mineras a cargo de Osinergmin aprobado por Resolución N° 208-2020-OS/CD, en adelante el RFS, resulta aplicable en la graduación de multas en los casos en que la multa prevista por el Consejo Directivo como sanción tuviera rangos o topes de aplicación como sería, por ejemplo, los casos de la infracción prevista en el numeral 2.11.1 del Rubro B.

Es importante precisar que, para determinar la sanción impuesta por la infracción imputada, se aplicó la Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base, aprobada por la Resolución N° 120-2021-OS/CD¹¹, en concordancia con el Reglamento aprobado por la Resolución N° 208-2020-OS/CD, de conformidad con el artículo 26 del RFS. De acuerdo con el numeral 26.3 del artículo 26 del RFS, dicha Guía considera los siguientes criterios de graduación: gravedad del daño al interés público o bien jurídico protegido, perjuicio económico causado, beneficio ilegalmente obtenido, capacidad económica del agente o su grupo económico, y probabilidad de detección; y otros que resulten de aplicación.

Ahora bien, respecto a los 105 metros de cable eléctrico de alimentación hacia el ventilador auxiliar, considerados por la primera instancia en el cálculo de la sanción, se debe precisar que, de acuerdo con lo consignado en las notas de páginas 10 y 11 del Informe Final de Instrucción N° 11-2024-OS-GSM/DSGM del 27 de marzo de 2024, para el cálculo del beneficio ilegalmente obtenido se han costeado materiales, equipos y mano de obra relacionada con la instalación de un ventilador de 30000 CFM y el cambio de 105 metros de manga de ventilación para la labor observada, incluyendo 105 metros de cable NYY-3-1 x 16 mm².

Es importante indicar que, la información sobre la longitud de la manga equivalente a 105 metros, fue proporcionada por la propia recurrente en su escrito de registro N° 202300041809 de fecha 13 de marzo de 2023, cuando comunicó las acciones correctivas que realizó respecto del hecho materia de análisis y que fue constatado *in situ*, durante la fiscalización, realizada del 27 de febrero al 3 de marzo de 2023. En tal sentido, considerado lo informado por VOLCAN, se tomó en cuenta dicha data para la determinación del beneficio ilícito en el cálculo de la sanción.

Con relación al material de la manga de ventilación se debe precisar que, tal como ha sido señalado en la resolución impugnada, opinión que comparte este Tribunal, para determinar la multa se consideró mangas de polietileno de 200 gr/m² al ser de gran resistencia (y durabilidad) a las presiones generadas por el ventilador por el roce constante con la labor y

¹¹ De acuerdo con la Guía Metodológica para el Cálculo de la Multa Base aprobada por la Resolución de Consejo Directivo N° 120-2021-OS/CD, se considera la siguiente fórmula:

$$Mea = \frac{(\beta)}{p} \times A$$

Donde "Mea" es la multa estimada en el escenario ExAnte, "B" el Beneficio económico por incumplimiento derivado de la infracción (costo evitado o postergado), "p" corresponde a la probabilidad de detección, "A" los atenuantes y/o agravantes.

equipos a diferencia de la manga de ventilación tipo rafia de 300 gr/m², las cuales al no ser en su totalidad de polietileno, su resistencia y durabilidad disminuye. En tal sentido, resulta razonable el tipo de material para las mangas de ventilación en la estimación del beneficio ilícito.

De otro lado, es importante señalar que para el cálculo del costo del personal considerado en el escenario de cumplimiento se aplicó la metodología de costo evitado, estimando el costo no incurrido para contar con la participación eficiente del Jefe de Guardia Mina, Ingeniero de Seguridad e Ingeniero de Ventilación, para lo cual se estimó el sueldo de cada uno, cuya acción debió garantizar el cumplimiento de la obligación establecida la normativa, lo cual no ocurrió. Además, en cuanto a la fuente considerada en los costos del personal resulta pertinente tener presente lo dispuesto en el ítem a. del literal c) del numeral 6.2 del artículo 6° de la Guía, según el cual, para la determinación del beneficio económico se debe:

“(...) considerar el siguiente orden de prelación sobre el tratamiento de la información de costos a ser utilizada para el cálculo de la multa:

a. Los costos que disponga Osinergmin, proveniente de los procesos regulatorios en aquellas actividades que resulten aplicables, de información elaborada por empresas especializadas, o de indagaciones de precios en el mercado nacional o internacional. (...).” (Subrayado agregado)

Al respecto, conforme se desprende de los actuados, y teniendo en cuenta la disposición antes citada, en este caso se ha considerado la información que dispone Osinergmin, proveniente de la consultora Pricewaterhouse Coopers¹², que en el documento (“Salary Pack”) recoge los estudios de sueldos y salarios anuales de los principales sectores económicos del país, expresados en soles. En tal sentido, constituye una fuente objetiva y referente útil de información sobre los costos de los sueldos de los profesionales y operarios en la realización de actividades de la gran y mediana minería en un escenario de cumplimiento de la obligación normativa.

Por lo tanto, resulta válido estimar los sueldos y salarios considerados en el Salary Pack para los responsables de seguridad y especialistas encargados, como primer orden de prelación, en lugar de las boletas de pago a trabajadores y contratos de trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el ítem a. del literal c) del numeral 6.2 del artículo 6 de la Guía.

En cuanto a que se debe considerar la labor efectiva de 30 minutos, para el responsable de seguridad y especialistas encargados. Al respecto, en el cálculo de la sanción se ha considerado el criterio del período mínimo de contratación de un (1) mes, al constituir un periodo mínimo razonable para contratar a dichas personas¹³. Además, conforme ha sido señalado por la primera instancia, considerar este periodo mínimo de tiempo responde a un escenario de cumplimiento en el cual los profesionales responsables tienen el deber asegurar que la actividad se ejecute conforme con las disposiciones contenidas en el RSSO.

Por otra parte, respecto a la aplicación del Anexo N° 38 del RSSO, se debe precisar que lo

¹² Lo cual puede verificarse en el Cuadro que contiene el cálculo de la multa para la infracción imputada, tal como fue consignado en las notas 11, 12 y 13 del Informe Final de Instrucción N° 11-2024-OS-GSM/DSGM del 27 de marzo de 2024.

¹³ Como ya ha sido señalado por este Tribunal en el pronunciamiento contenido en la Resolución N° 129-2020-OS/TASTEM-S2 de fecha 3 de julio de 2020, entre otros.

indicado en el literal d) del numeral 1 del Anexo N° 38 del RSSO (caudal requerido por equipo con motor petrolero) aplica al cálculo de cobertura de aire en la mina (requerimiento de aire total); por lo tanto, esto no aplica para el cálculo de cobertura de aire en una labor subterránea (requerimiento de cobertura de aire en labor específica: TJ_940-1N, Nv.920), lo cual ha sido materia de imputación en este caso y cuya obligación normativa se encuentra prevista en el literal b) del artículo 246 del RSSO.

Además, los factores de utilización y disponibilidad mecánica señalados en el literal d) del numeral 1 del Anexo 38 del RSSO que son usados para calcular la cobertura de aire en la mina (requerimiento de aire total) se refieren a factores promedio de todos los equipos que operan en la mina en un determinado período de tiempo y no solo a un equipo como se aplica para el cálculo de requerimiento de cobertura de aire en labor específica.

En ese sentido, a efectos de calcular el requerimiento de aire en una labor específica no procede utilizar los factores de utilización y disponibilidad mecánica promedio de los equipos que operan en la unidad minera "Carahuacra", como alega VOLCAN, toda vez que estos factores promedio se utilizan para el cálculo de cobertura de mina (requerimiento total) y no para el caso de cobertura de aire de una labor como el observado en este caso.

En consecuencia, corresponde considerar el factor 1, tanto para la disponibilidad mecánica como para el factor de utilización, debido a que los equipos mixer y robot se encontraban mecánicamente disponibles y se estaban utilizando en el momento de la medición de cobertura de aire en el TJ_940-1N, Nv. 920; por lo tanto, su disponibilidad y utilización fue del 100%, tal como fue consignado en el Acta de Fiscalización y el Formato "Medición de Velocidad de Aire – Temperatura – Humedad", suscrito por la recurrente.

Conforme con lo expuesto, no es correcta la interpretación de la recurrente, al considerar que no se debería aplicar la disponibilidad mecánica y el factor de utilización como 1 (100%), toda vez que lo propuesto por VOLCAN solo es aplicable para el cálculo de cobertura de aire en la mina y no para el cálculo de cobertura de aire en una labor subterránea.

Por lo tanto, corresponde desestimar estos extremos del recurso de apelación.

Sobre los Principios de Legalidad y Tipicidad

6. En cuanto a lo indicado en los literales d) y e) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que, en concordancia con los Principios de Legalidad¹⁴ y Tipicidad¹⁵ previstos en los

¹⁴ TUO de la Ley N° 27444

"Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad".

¹⁵ "Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria. A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda. En

numerales 1 y 4 del artículo 248 del TUO de la Ley N° 27444, en los literales c) y d) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, se establece que aquellos cuentan con la función normativa, que les faculta a tipificar infracciones y aprobar su propia escala de sanciones; y la función fiscalizadora y sancionadora, que comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión¹⁶.

A su vez, a través del artículo 1 de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, se estableció que el Consejo Directivo de esta entidad se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas, graduar las sanciones, así como aprobar su respectiva escala de multas y sanciones¹⁷.

Acorde con dicho marco legal, el Consejo Directivo de OSINERGMIN emitió la Resolución N° 039-2017-OS/CD, publicada en el diario oficial El Peruano el 18 de marzo de 2017, que aprobó el Cuadro de Tipificación de Infracciones y Sanciones en Seguridad Minera, en el cual se tipifica como infracción, entre otros, los incumplimientos al RSSO, y se establece las sanciones aplicables.

En ese sentido, los requisitos de precisión y claridad en la descripción de la conducta ilícita son exigibles a aquellas normas que tipifican las infracciones imputadas a los administrados dentro del procedimiento sancionador, en la medida que son éstas las que definen aquellas actuaciones u omisiones que se encuentran prohibidas por transgredir la legislación y cuya configuración acarrea la imposición de una sanción administrativa.

la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras”.

¹⁶ Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privadas en los Servicios Públicos Ley N° 27332

“Artículo 3.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones: (...)

c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios; Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador.

d) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;”

¹⁷ Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN - Ley N° 27699

“Artículo 1.- Facultad de Tipificación

Toda acción u omisión que implique incumplimiento a las leyes, reglamentos y demás normas bajo el ámbito de competencia del OSINERG constituye infracción sancionable. Sin perjuicio de lo mencionado en el párrafo anterior, el Consejo Directivo del OSINERG se encuentra facultado a tipificar los hechos y omisiones que configuran infracciones administrativas así como a graduar las sanciones, para lo cual tomará en cuenta los principios de la facultad sancionadora contenidos en la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. La infracción será determinada en forma objetiva y sancionada administrativamente, de acuerdo a la Escala de Multas y Sanciones del OSINERG, aprobada por el Consejo Directivo; la cual podrá contemplar, entre otras, penas pecuniarias, comiso de bienes, internamiento temporal de vehículos, cierre de establecimientos y paralización de obras. El Consejo Directivo del OSINERG establecerá el procedimiento de comiso así como el destino donación o destrucción de los bienes comisados”.

RESOLUCIÓN N° 119-2024-OS/TASTEM-S2

Sobre el particular, en el presente caso, se inició procedimiento administrativo sancionador contra VOLCAN por la comisión de la infracción tipificada en el numeral 2.1.11 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 039-2017-OS/CD conforme con el siguiente detalle:

TIPIFICACIÓN	BASE LEGAL IMPUTADA	IMPUTACIÓN
ANEXO DE LA RESOLUCIÓN N° 039-2017-OS/CD	RSSO	HECHO
<p>Rubro B. Incumplimiento de disposiciones y normas técnicas de seguridad minera</p> <p>2. Incumplimiento de normas de diseño, instalación, construcción, montaje, operación, proceso y control de terreno</p> <p>2.1. En concesiones mineras</p> <p>2.1.11. Ventilación</p> <p>Base legal: Arts. 251°, 254°, 246° y 252° del RSSO Sanción: Multa hasta 400 UIT</p>	<p>“Artículo 246.- El titular de actividad minera debe velar por el suministro de aire limpio a las labores de trabajo de acuerdo a las necesidades del trabajador, de los equipos y para evacuar los gases, humos y polvo suspendido que pudieran afectar la salud del trabajador, así como para mantener condiciones termo-ambientales confortables.</p> <p>Todo sistema de ventilación en la actividad minera, en cuanto se refiere a la calidad del aire, debe mantenerse dentro de los límites de exposición ocupacional para agentes químicos de acuerdo al ANEXO 15 y lo establecido en el Reglamento sobre Valores Límite Permisibles para Agentes Químicos en el Ambiente de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2005-SA o la norma que lo modifique o sustituya. Además debe cumplir lo siguiente:</p> <p>(...)</p> <p>b) En todas las labores subterráneas se debe mantener una circulación de aire limpio y fresco en cantidad y calidad suficientes de acuerdo con el número de trabajadores, con el total de HPs de los equipos con motores de combustión interna, así como para la dilución de los gases que permitan contar en el ambiente de trabajo con un mínimo de diecinueve punto cinco por ciento (19.5 %) de oxígeno.”</p>	<p>Durante la fiscalización, se verificó que la medición de velocidad de aire en la labor TJ_940_1N, Nv. 920, era de 13.20 m/min, en tal sentido al realizar el cálculo de caudal de aire requerido en la labor subterránea, se constató que no cumplen con mantener la cantidad de aire suficiente de acuerdo con el número de trabajadores y con la capacidad efectiva de potencia (HP) del equipo con motor de combustión interna en operación.</p>

Como puede advertirse, el sub numeral 2.1.11 del numeral 2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 039-2017-OS/CD tipifica como infracciones administrativas sancionables con multa de hasta 400 UIT los incumplimientos a las normas de diseño, instalación, construcción, montaje, operación, proceso y control de terreno en concesiones mineras, específicamente sobre ventilación.

En este contexto, se verifica que, tanto el supuesto de hecho de la infracción tipificada en el sub numeral 2.1.11 del numeral 2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 039-2017-OS/CD, como la obligación cuyo incumplimiento se ha imputado a VOLCAN, contienen una descripción clara, precisa y de fácil comprensión.

Adicionalmente, y en concordancia con lo expuesto en el numeral precedente, el hecho imputado y verificado (no cumplir con mantener la cantidad de aire suficiente de acuerdo

con el número de trabajadores y con la capacidad efectiva de potencia (HP) del equipo con motor de combustión interna en operación) sí se subsume en la conducta típica descrita en el sub numeral 2.1.11 del numeral 2 del Rubro B del Anexo de la Resolución N° 039-2017-OS/CD.

En atención a las consideraciones expuestas, queda acreditado que la norma sancionadora aplicada en el procedimiento (Resolución N° 039-2017-OS/CD) cumple con las exigencias derivadas de los Principios de Legalidad y Tipicidad. Además, el hecho imputado se subsume en el tipo infractor materia de imputación.

Por lo tanto, no se ha vulnerado los Principios de Legalidad y Tipicidad, así como tampoco se ha incurrido en causal de nulidad alguna. En consecuencia, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación.

Sobre otros alegatos

7. Con relación a lo indicado en el literal f) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que a la fecha la recurrente no ha presentado alegatos adicionales a su recurso de 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 interpuesto por VOLCAN COMPAÑÍA MINERA S.A.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 1866-2024 de fecha 5 de junio de 2024 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, Sergio Enrique Cifuentes Castañeda y Luis Alberto León Vásquez.

«hchavarryr»

PRESIDENTE