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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 448-2018-OS/TASTEM-S2

Lima, 20 de noviembre de 2018

VISTO:

El Expediente N° 201700120175 que contiene el recurso de apelación interpuesto por MINERA IRL S.A., representada por el señor Oswaldo Nilton Sánchez Casas, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión de la Gran Minería N° 12-2017-OS/GSM de fecha 28 de noviembre de 2017, a través de la cual se le impuso diversos mandatos.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución N° 12-2017-OS/GSM de fecha 28 de noviembre de 2017, se impuso a MINERA IRL S.A., en adelante MINERA IRL, los siguientes mandatos hasta la obtención de las autorizaciones de construcción y funcionamiento de la Dirección General de Minería (DGM) del Ministerio de Energía y Minas (MINEM):

Nº	MANDATO
1	Paralizar el funcionamiento del Pad de Lixiviación Fase 4
2	Paralizar la construcción y funcionamiento del Pad de Lixiviación Fase 5
3	Paralizar el funcionamiento del Pad de Lixiviación dinámico

Como antecedentes relevantes, cabe señalar lo siguiente:

a) Del 04 al 07 de agosto de 2015, se realizó una visita de supervisión en geotecnia a los tajos abiertos, pilas de lixiviación y depósitos de desmonte de la Unidad Minera "Corihuarmi"[1] de MINERA IRL.

b) Del 11 al 14 de julio de 2016, se llevó a cabo otra visita de supervisión a la Unidad Minera "Corihuarmi" de titularidad de MINERA IRL, con el propósito de verificar el cumplimiento de la normativa vigente, conforme consta en el Acta de Supervisión del 14 de julio de 2016, debidamente suscrita por los representantes de la administrada y de OSINERGMIN.

[1] La Unidad Minera "Corihuarmi" se encuentra ubicada en [redacted]

c) Mediante Oficio N° 568-2017, notificado con fecha 29 de marzo de 2017, la GSM inició procedimiento administrativo sancionador contra MINERA IRL por operar el Pad de Lixiviación Fase 4 sin contar con la autorización de funcionamiento de la DGM.

d) Con Oficio Nº 861-2017, notificado con fecha 08 de mayo de 2017, se comunicó a MINERA IRL el inicio del procedimiento administrativo sancionador por construir y operar el Pad de Lixiviación Fase 5 sin contar con las autorizaciones de construcción y funcionamiento emitidas por la DGM.

e) Con fechas 03 al 07 de agosto de 2017, se llevó a cabo una supervisión programada en geotécnica a los tajos abiertos, pilas de lixiviación y depósitos de desmonte de la Unidad Minera "Corihuarmi".

ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Mediante escrito de registro N° 2017-120175, presentado con fecha 11 de diciembre de 2017, la empresa MINERA IRL interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 12-2017-OS/GSM del 28 de noviembre de 2017, solicitando se deje sin efecto[2], en atención a los siguientes fundamentos:

a) Con fecha 14 de marzo de 2015, entró en vigencia el Decreto Supremo Nº 040-2014-EM, que aprobó el Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero, cuya Cuarta Disposición Complementaria Final establece un procedimiento de Adecuación de operaciones para aquellos titulares mineros que al 12 de noviembre de 2014 hayan realizado actividades, ampliaciones y/o ejecutado proyectos de actividades mineras, tales como exploración, explotación, beneficio, cierre o actividades conexas o vinculadas a éstas y/o construido componentes o realizado modificaciones, sin haber obtenido previamente la modificación de su Certificación Ambiental.

Al respecto, para la adecuación de operaciones de la Unidad Minera Corihuarmi, presentó a la autoridad ambiental competente (Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros – DGAAM del MINEM) los siguientes documentos:

i) La solicitud de acogimiento al procedimiento de Adecuación de Operaciones con la Declaración de componentes, mediante Escrito de registro N° 2481368 de fecha 16 de marzo de 2015 (incluye las Fases 4 y 5 del Pad de Lixiviación de la Unidad Minera Corihuarmi).

ii) La Memoria Técnica Detallada de la Adecuación de la Unidad Minera Corihuarmi, mediante Escrito de registro N° 2521102 de fecha 27 de julio de 2015, que contiene entre otros aspectos: el Área de Influencia Ambiental (AIA), Línea Base Ambiental y Social actualizada, Plan de Manejo Ambiental (PMA), Plan de Compensación, Plan de Contingencias, Plan de Gestión Social, Plan de Cierre, Actividades y/o procesos y/o ampliaciones y/o componentes por regularizar (descripción de la operación, mantenimiento, entre otros), valoración económica

[2] La administrada presentó copia de los Oficios N° 839-2015-MEM-DGAAM/DNAM y N° 840-2015-MEM-DGAAM/DNAM; copia de parte del Informe de la supervisión realizada del 04 al 07 de agosto de 2015 y del Acta de Supervisión del 07 de agosto de 2015; copia del escrito N° 201500102920 remitido con fecha 05 de agosto de 2015; partes pertinentes de la presentación en el Tercer Conversatorio sobre aplicación del Nuevo Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación Minera aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-EM, en lo que corresponde al Procedimiento de Adecuación de Operaciones; y, copia del Oficio N° 1757-2015-MEM-DGAAM/DNAM.

Asimismo, presentó dos (02) cuadros de Instrumentos de Gestión Ambiental aprobados por la DGAAM del MINEM (2007 al 2015) y los Principales componentes con Autorización de Construcción y Autorización de Funcionamiento otorgados por la DGM del MINEM (2008 al 2012).

del impacto ambiental, entre otras medidas, conforme con la Resolución Ministerial N° 219-2015-MEM/DM.

Sobre el particular, manifiesta que a pesar que la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 040-2014-EM no establece obligación alguna por parte del titular de la actividad minera de comunicar a OSINERGMIN los actuados del procedimiento de Adecuación de Operaciones ante el MINEM, MINERA IRL comunicó y presentó a esta entidad lo siguiente:

i) Mediante escrito del 17 de marzo de 2015 (Expediente N° 201500002729), el acogimiento de la administrada al procedimiento de Adecuación de Operaciones efectuado ante el MINEM, donde se encuentran la Fase 4 y Fase 5 del Pad de Lixiviación, entre otros componentes mineros.

ii) Mediante escrito del 05 de agosto de 2015 (Expediente N° 201500102920), la Memoria Técnica Detallada del procedimiento de Adecuación de Operaciones de la Unidad Minera Corihuarmi, elaborada conforme a la Resolución Directoral N° 219-2015-MEM/DM y presentada al MINEM.

b) La administrada refiere que la Cuarta Disposición Complementaria Final de Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-EM solo contempla la participación de OSINERGMIN cuando es convocado por la autoridad ambiental competente, siempre que esta última apruebe la adecuación de operaciones y para efectos de otorgar un plazo perentorio al titular minero a fin de que refuerce la estabilidad de los componentes construidos que lo requieran, conforme establece el numeral 2 de la Cuarta Disposición indicada.

De otro lado, OSINERGMIN no puede iniciar procedimientos administrativos sancionadores ni disponer medidas de paralización de funcionamiento de componentes de las unidades mineras contra los titulares que se acogieron al procedimiento de Adecuación de Operaciones ante el MINEM, por cuanto la Cuarta Disposición Complementaria Final de Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-EM solo posibilita dichas medidas en materia ambiental respecto de actividades, componentes y/o proyectos que no cuentan con la modificación de la certificación ambiental y siempre que sus estudios o modificaciones hayan sido desaprobados o representen un nivel de riesgo relevante para el ambiente.

En concordancia con este argumento, el propio MINEM a través del Oficio N° 839-2015-MEM-DGAAM/DANAM solo ha requerido al OEFA información sobre los componentes a adecuarse en el marco de la Cuarta Disposición Complementaria Final de Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-EM.

c) MINERA IRL indica que el Procedimiento de Adecuación de Operaciones establecido en la Cuarta Disposición Complementaria Final de Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-EM no es igual al procedimiento de evaluación excepcional del Estudio Ambiental que regulaban los artículos 8° y siguientes del Decreto Supremo N° 078-2009-EM.

Para la aprobación del Estudio Ambiental era requisito indispensable, de acuerdo al artículo 10° del Decreto Supremo N° 078-2009-EM, que el titular minero acredite la suspensión de actividades ante la autoridad de fiscalización, que en ese momento era OSINERGMIN.

La Cuarta Disposición citada se encuentra estructurada de forma diferente: por el acogimiento al Procedimiento de Adecuación de Operaciones no hay paralización de actividades y la actuación de OSINERGMIN se limita a lo expresamente previsto en el numeral 2 de dicha norma.

De otro lado, la administrada señala que en el parágrafo 2.3 del Informe N° GSM-298-2017 que sustenta la Resolución N° 12-2017-OS-GSM se indica que la Fase 5 de la pila de lixiviación empezó a construirse en enero de 2015, de acuerdo a lo consignado en el Informe de la supervisión realizada del 11 al 14 de julio de 2016. Al respecto, cita el Informe elaborado por la empresa SC INGENIERÍA SRL:

> "Pad de Lixiviación Fase 5
> El pad de lixiviación, fase 5 no tiene autorización de construcción, hecho constatado en la supervisión operativa del 04 al 07 de agosto de 2015; asimismo, se indica que la construcción del referido componente fue iniciada en enero de 2015".

Sobre el particular refiere que en parte alguna del Acta de Supervisión del 04 al 07 de agosto de 2015 se consigna que la Fase 5 del Pad de Lixiviación empezó a construirse en enero de 2015; así en el acápite Hecho constatado N° 2, los supervisores indicaron lo siguiente:

> "2. Se constató que el titular minero viene construyendo un Pad de Lixiviación denominado Pad de Lixiviación Fase 5, ubicado en la zona contigua al suroeste del Pad de Lixiviación fase 1, 2 y 3, en las coordenadas 437525 E y 8610025 N, donde viene realizando el desbroce y acondicionamiento del suelo de fundación en un área de 11.9 hectáreas. Sin embargo, no cuenta con autorización de construcción para realizar la construcción del Pad de Lixiviación Fase 5".

En relación con este hecho, afirma que su representada en la sección Observaciones Adicionales señaló:

> "OBSERVACIONES ADICIONALES:
> Por MINERA IRL – Unidad Minera Corihuarmi:
> Con respecto a todas las observaciones realizadas por los supervisores de OSINERGMIN señalamos que nos encontramos en un proceso de adecuación operacional de acuerdo a la Cuarta Disposición del Decreto Supremo N° 040-2014-EM, el cual ha sido ingresado mediante una Memoria detallada al Ministerio de Energía y Minas el día 23 de julio de 2015 con el escrito N° 2521102 "Memoria Técnica Detallada de la Adecuación de Operaciones de la Unidad Minera Corihuarmi"; se adjunta copia del cargo de presentación al MEM. Asimismo, el mismo documento ha sido ingresado a OSINERGMIN el día 05 de agosto de 2015. Se adjunta copia del cargo de presentación".

Los componentes de la Adecuación de Operaciones de la Unidad Minera Corihuarmi califican dentro del supuesto establecido en la Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N 040-2014-EM, que dispone que "el titular minero que a la fecha de publicación de la norma cuente con un instrumento de gestión ambiental vigente y haya realizado actividades, ampliaciones y/o ejecutado proyectos de actividades mineras, tales como exploración, explotación, beneficio, cierre o actividades conexas o vinculadas a éstas y/o construido componentes o realizado modificaciones sin haber obtenido previamente la modificación de su Certificación Ambiental, (...) debe adecuar dichas operaciones. El titular deberá declarar ante la autoridad ambiental competente y el OEFA, las actividades y/o proyectos y/o componentes que a la fecha de publicación de la presente norma, se hayan ejecutado total o parcialmente, sin contar con la correspondiente modificación de su Certificación Ambiental, en el plazo improrrogable de sesenta (60) días hábiles, contados desde la entrada en vigencia de la presente norma".

Asimismo, la administrada señala que luego de la publicación del Decreto Supremo N° 040-2014-EM, la autoridad minera y específicamente la DGAAM ha realizado diversos eventos y conversatorios con los titulares mineros para la correcta implementación de la Adecuación de Operaciones[3], destacando, entre otros, el siguiente principio: i) No paralizar las obras a regularizar y se deben pagar las multas impuestas (para admitir el acogimiento a la Adecuación de Operaciones).

En consecuencia, refiere que su representada asume que las apreciaciones de esta entidad obrantes en el Informe de la Supervisión realizada del 11 al 14 de julio de 2016 podrían ser consecuencia de una interpretación inadecuadamente restrictiva de la Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-EM, en virtud de la cual dicha norma comprendería únicamente los componentes operativos o en funcionamiento al 12 de noviembre de 2014, lo cual no es acorde con lo establecido expresamente en la Disposición citada (además de los componentes ejecutados totalmente también se incluye a los proyectos, actividades, componentes ejecutados parcialmente).

d) Respecto al Pad de Lixiviación dinámico, MINERA IRL señala que, sin perjuicio de que esta entidad no es competente para dictar medidas de paralización sobre los componentes mineros comprendidos en el Procedimiento de Adecuación de Operaciones, la medida dispuesta en la Resolución N° 12-2017-OS/GSM es fáctica y jurídicamente imposible de cumplir, debido a que dicho componente no existe. Lo único que hay son instalaciones para realizar investigaciones, las mismas que forman parte del Pad de Lixiviación Fase 5, conforme indica la Memoria Técnica Detallada presentada al MINEM.

e) La administrada indica que conforme señala la Resolución N° 12-2017-OS/GSM, las supervisiones del 07 al 09 de abril de 2014, 04 al 07 de agosto de 2015, 1 al 14 de julio de 2016 y 3 al 7 de agosto de 2017 motivaron el inicio de procedimientos administrativos sancionadores; sin embargo, no tienen la condición de concluidos, archivados, ni son cosa juzgada; es decir, se encuentran en trámite. Por lo tanto, en aplicación de la presunción de inocencia que en sede administrativa se denomina Presunción de Licitud, prevista en el artículo 246° numeral 9 del TUO de la Ley N° 27444, no debió imponerse la medida de paralización.

De lo antes indicado se tiene que cuando las entidades administrativas apliquen las normas en un caso concreto deben interpretarlas conjuntamente con los principios, así como adaptarlas a las nuevas circunstancias sociales y políticas, dándole una interpretación dinámica. Lo señalado no ha sido realizado por OSINERGMIN, ya que la Resolución N° 12-2017-OS/GSM se dictó en vulneración del Principio de Presunción de Licitud, pues la empresa ha actuado conforme a sus deberes. Asimismo, debió considerarse que los hallazgos en las supervisiones fueron causados por fuerza mayor y hecho determinante de tercero.

En el presente caso, la fractura del nexo causal se dio por los diversos conflictos sociales registrados en el entorno social de nuestras operaciones mineras. La necesidad previa de los acuerdos sociales, autorizaciones de accesos a las áreas de estudios, estudios previos y el Procedimiento de Participación Ciudadana al EIA que se prolongaron más de lo previsto provocaron una situación de embalse de las operaciones mina frente al beneficio del PAD, sobrepasándose la capacidad del PAD aprobado hasta la Fase 3", lo que obligó a implementar la ampliación del PAD de lixiviación (Fase 4 y 5) y los otros componentes. Por lo expuesto, la

[3] Cita el siguiente enlace web: http://intranet2.minem.gob.pe/web/archivos/dgaam/presentaciones/DS_040_2014_EM_Area_Legal.pdf.

implementación mencionada fue causada por fuerza mayor y hecho determinante de tercero, ajenos al control directo de MINERA IRL.

f) La Ley N° 28964, Ley que transfiere competencias de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Mineras al OSINERGMIN, es invocada en forma general por la Resolución 12-2017-OS/GSM, omitiendo indicar el artículo aplicable para sustentar la medida de paralización. Al respecto, es necesario precisar que el artículo 10° referido a la paralización temporal de actividades en el área de trabajo fue derogado tácitamente por la Séptima Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, en la medida que dicho artículo facultaba la paralización temporal de las actividades en cualquier área de trabajo de la Unidad Minera, para proteger la vida y la salud de los trabajadores y medio ambiente, aspectos que ahora son de competencia del MTPE y el OEFA.

Adicionalmente, en la actualidad no existe ley o decreto legislativo que otorgue competencia a OSINERGMIN para ordenar la paralización de actividades de una Unidad Minera en materia vinculada a la seguridad de la infraestructura.

De otro lado, la Resolución N° 12-2017-OS/GSM se sustenta en el artículo 2° de la Ley N° 27699, indicando que "el OSINERGMIN se encuentra facultado para disponer la paralización de obras, así como suspender definitiva o temporalmente las actividades que se realicen en el subsector minería, que no se encuentren debidamente autorizadas de acuerdo a la legislación vigente".

Sin embargo, textualmente dicho artículo 2° establece que "el OSINERGMIN está facultado para disponer el retiro de las instalaciones, paralizaciones de obras, suspender definitivamente o temporalmente las actividades que se realicen en los subsectores de electricidad e hidrocarburos, que no se encuentren debidamente autorizadas de acuerdo a la legislación vigente o de presumirse peligro inminente para la salud de la población o riesgo grave para el medio ambiente".

En conclusión, el indicado artículo 2° dispone las facultades de esta entidad en los subsectores de electricidad e hidrocarburos, por lo que se estaría vulnerando el Principio de Legalidad, dado que dicha norma no es aplicable al caso nos ocupa, ya que delimita sus competencias a dos sectores que no son el minero.

Por otro lado, el numeral 35.1 del artículo 35° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD establece que en el marco de la supervisión o del procedimiento administrativo sancionador, el órgano instructor y el órgano sancionador, según corresponda, pueden emitir las medidas administrativas correspondientes; así como el artículo 36° del mismo cuerpo legal establece que los mandatos se emiten dentro y fuera del procedimiento administrativo sancionador, cuando sea necesario para garantizar que el agente supervisado actúe en cumplimiento de sus deberes y evitar que cometa o continúe la comisión de un ilícito administrativo sancionable.

Bajo este marco normativo, las medidas deberán aplicarse según corresponda y cuando sea necesario, siendo de aplicación los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ya que OSINERGMIN no puede desconocer los alcances de la Cuarta Disposición Complementaria Final de Decreto Supremo N° 040-2014-EM que regula la Adecuación de Operaciones, pues al encontrarse los componentes materia de paralización en proceso de adecuación, esta entidad no tiene competencia alguna para aplicar la medida de paralización.

g) MINERA IRL manifiesta que la medida de paralización dictada mediante Resolución N° 12-2017-OS/GSM también afecta la promoción de la inversión privada[4]. OSINERGMIN debe viabilizar esta inversión, encontrándose obligada por mandato de la Constitución y las leyes a acatar lo establecido en la Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-EM, norma que reconoce los cambios técnicos y ambientales producidos en la actividad minera, que han generado que se actualicen integralmente las disposiciones legales para lograr la promoción de la inversión privada, en un marco de seguridad jurídica, desarrollo sostenible y convivencia armoniosa, entre el Estado, los inversionistas del sector y la población aledaña[5].

Adicionalmente, refiere que su representada es la primera empresa que se acogió al proceso de adecuación de operaciones regulado en la Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 040-2014-EM. Al respecto, al término del plazo establecido se acogieron un total de 47 titulares mineros para la adecuación de más de 1,000 componentes mineros declarados ante el MINEM y el OEFA, conforme consta en el Oficio N° 1757-2015-MEM-DGAAM/DNAM del 21 de julio de 2015, lo que implicaría, considerando las acciones de OSINERGMIN, una paralización masiva de la actividad minera en el país.

3. A través del Memorándum N° GSM-494-2017, recibido con fecha 18 de diciembre de 2017, la GSM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis[6].

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

4. En relación a lo indicado en los literales e) y f) del numeral 2 de la presente resolución, cabe señalar que, de acuerdo al Principio de Legalidad, consagrado en el numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444, "las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho"[7].

En el presente caso, se verifica que en la Resolución N° 12-2017-OS/GSM se hace mención a la Ley N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras a esta entidad, específicamente para sustentar que por ley OSINERGMIN tiene facultades de supervisión y fiscalización del cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades del subsector de minería. En momento alguno se hace mención del artículo 10° de dicha ley.

En efecto, el sustento de las facultades para disponer la paralización de actividades se encuentra en el artículo 2° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN, publicada con fecha 16 de abril de 2002, que establece que "el OSINERG está

---

[4] MINERA IRL cita el fundamento 42 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0001-2012-PI/TC.

[5] Indica que además del Decreto Supremo N° 040-2014-EM, se han aprobado otras reformas estructurales para hacer del país un destino atractivo de inversión como el Decreto Supremo N° 054-2013-PCM "Aprueban disposiciones especiales para ejecución de procedimientos administrativos".

[6] Con Memorándum N° GSM-143-2018, recibido el 11 de abril de 2018, la GSM remite al TASTEM copia del Informe N° 035-2018-MEM-DGAMM/DNAM/B y la Resolución Directoral N° 013-2018-MEM-DGAAM referidos a la Evaluación final de la Memoria Técnica Detallada de la Unidad Minera Corihuarmi presentado por MINERA IRL al MINEM.

[7] Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
TUO de la Ley N° 27444
"Título Preliminar
Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo
(...)
1.1. Principio de Legalidad.- las autoridades administrativas deben actuar con respecto 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".

facultado para disponer el retiro de las instalaciones, paralización de obras, suspender definitiva o temporalmente las actividades que se realicen en los subsectores de electricidad e hidrocarburos, que no se encuentren debidamente autorizadas de acuerdo a la legislación vigente o de presumirse peligro inminente para la salud de la población o riesgo grave para el medio ambiente".

Sobre el particular, como se ha mencionado previamente, mediante la Ley N° 28964, publicada con fecha 24 de enero de 2007, se transfirió las facultades de supervisión minera al OSINERG, indicando expresamente en su artículo 18° que "a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, toda mención que se haga al OSINERG en el texto de leyes o normas de rango inferior debe entenderse que está referida al OSINERGMIN". Asimismo, el artículo 16° de la cita ley dispuso que "en el ejercicio de sus funciones, el OSINERGMIN goza de todas las facultades y prerrogativas establecidas en las Leyes (...) 27332 y 27699 y demás, que a la fecha de promulgación de la presente Ley goce el OSINERG".

De lo expuesto, claramente se evidencia que mediante Ley N° 28964 se estableció que OSINERGMIN durante el ejercicio de sus facultades de supervisión y fiscalización de las actividades mineras tiene las atribuciones ya establecidas en la Ley N° 27699, que contempla, conforme se ha expuesto, la facultad de disponer la paralización de obras o la suspensión de las actividades que no estén autorizadas en los subsectores de electricidad, hidrocarburos y, en virtud a la transferencia, minería.

Asimismo, cabe señalar que la derogación realizada por la Séptima Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29783[8] respecto a la Ley N° 28964 comprende solo las disposiciones referidas a la supervisión y fiscalización del cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo, que es materia de competencia del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo; manteniendo OSINERGMIN sus competencias para supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas vinculadas a la seguridad de la infraestructura en las actividades de los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2° y 3° de la Ley N° 29901[9].

Por lo tanto, no se verifica una vulneración al Principio de Legalidad, ya que la Ley N° 27699 en concordancia con la Ley N° 28964 resulta aplicable al presente caso (actividad minera).

---

[8] Ley N° 29783
Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo
"Disposiciones Complementarias Modificatorias
SÉPTIMA. Derógase la Ley 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinerg, del 24 de enero de 2007".

[9] Ley N° 29901
Ley que precisa las competencias del OSINERGMIN
"Artículo 2. Precisiones de la segunda disposición complementaria final y de la séptima disposición complementaria modificatoria de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo
Precísese que la transferencia de las competencias de fiscalización minera al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, establecida en la segunda disposición complementaria final de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, se limita únicamente a la supervisión, fiscalización y sanción en materia de seguridad y salud en el trabajo en los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos. Asimismo, entiéndase que la derogación de la Ley 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinerg, dispuesta por la séptima disposición complementaria modificatoria de la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, comprende únicamente las disposiciones referidas a la supervisión y fiscalización del cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo, que es materia de competencia del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo".

"Artículo 3. Competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin) para supervisar y fiscalizar
En concordancia con las precisiones establecidas en el artículo 2, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin) es competente para supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con las actividades de los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos; manteniendo las competencias para fiscalizar la seguridad de la infraestructura de los subsectores minería, electricidad e hidrocarburos".

Ahora bien, de conformidad con los numerales 35.1 y 35.2 del artículo 35° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN, aprobado por Resolución de Consejo de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, el órgano instructor y el órgano sancionador, según corresponda, pueden emitir las medidas administrativas correspondientes, las cuales se clasifican en: mandatos, medidas cautelares, medidas correctivas y medidas de seguridad[10].

Sobre el particular, de acuerdo al artículo 36° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, "los mandatos se emiten dentro o fuera del procedimiento administrativo sancionador, cuando sea necesario para garantizar que el Agente Supervisado actúe en cumplimiento de sus deberes o parar evitar que cometa o continúe la comisión de un ilícito administrativo sancionable, así como para coadyuvar en las investigaciones para obtener información a ser puesta a disposición del público".

Asimismo, de acuerdo al numeral 37.1 del artículo 37° del Reglamento citado, "las medidas cautelares se emiten, dentro o fuera del procedimiento administrativo sancionador, cuando exista la posibilidad que sin su adopción se ponga en peligro la eficacia de la resolución a emitir o en tanto estén dirigidas a evitar que un daño se torne en irreparable, siempre que exista verosimilitud del carácter ilegal de la causa de dicho daño".

Además, el artículo 38° del Reglamento indicado dispone que las medidas correctivas son aquellas emitidas "a fin de restablecer las cosas o situaciones alteradas por una conducta antijurídica, a su estado anterior".

Finalmente, de conformidad con el artículo 39° del Reglamento mencionado, las medidas de seguridad "se imponen dentro o fuera del procedimiento administrativo sancionador, en razón de la falta de seguridad pública constatada, al existir indicios de peligro inminente que pudieran afectar la seguridad pública, la prestación de un servicio público o la integridad de los bienes de la concesión, independientemente de la existencia o no de una infracción y de la producción de un daño".

En el caso materia de análisis, mediante la Resolución N° 12-2017-OS/GSM, se impuso a MINERA IRL los siguientes mandatos: i) paralizar el funcionamiento del Pad de Lixiviación Fase 4, ii) paralizar la construcción y funcionamiento del Pad de Lixiviación Fase 5, y iii) paralizar el funcionamiento del Pad de Lixiviación dinámico, los cuales se mantendrán vigentes hasta que la administrada obtenga las autorizaciones de construcción y funcionamiento de la DGM.

Al respecto, los mandatos impuestos se sustentan en el artículo 36° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD citado en párrafos precedentes y en lo verificado en las supervisiones realizadas a la Unidad Corihuarmi del 04 al 07 de agosto de 2015, 11 al 14 de julio de 2016 y del 03 al 07 de agosto de 2017 (funcionamiento del Pad de Lixiviación Fase 4, construcción y funcionamiento de la Fase 5 del Pad y funcionamiento del Pad de Lixiviación dinámico, todos sin contar con las autorizaciones correspondientes).

[10] Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD
Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de OSINERGMIN
"Artículo 35.- Medidas administrativas
35.1. En el marco de la supervisión o del procedimiento administrativo sancionador, el órgano instructor y el órgano sancionador, según corresponda pueden emitir las medidas administrativas correspondientes.
35.2. Son medidas administrativas los mandatos, medidas cautelares, medidas correctivas y medidas de seguridad".

Sobre el particular, cabe señalar que a la fecha de emisión de la Resolución N° 12-2017-OS/GSM el día 28 de noviembre de 2017 aún se encontraban en trámite los procedimientos administrativos sancionadores iniciados contra MINERA IRL por operar la Fase 4 del Pad de Lixiviación y por construir y operar la Fase 5 del Pad Lixiviación sin contar con las autorizaciones de la DGM[11].

En igual sentido, a la fecha de emisión de la Resolución N° 12-2017-OS/GSM (28 de noviembre de 2017), tampoco se había determinado que MINERA IRL incurrió en un ilícito administrativo sancionable por operar el Pad de Lixiviación dinámico sin la autorización de funcionamiento de la DGM.

En relación con lo indicado, de acuerdo al Principio de Presunción de Licitud, regulado en el numeral 9 del artículo 246° del TUO de la Ley N° 27444, "las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario". Al respecto, este principio de la potestad sancionadora administrativa se sustenta en el literal e) del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, que dispone como parte del derecho fundamental a la libertad y seguridad personales que "toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad".

En consecuencia, los administrados tienen el derecho a ser tratados como inocentes a lo largo de todo el procedimiento administrativo sancionador que se ha iniciado en su contra por presuntos incumplimientos a la normativa vigente; período en el cual aún se encuentra en discusión si el imputado efectivamente incurrió en la comisión de los ilícitos administrativos.

De lo señalado, y de conformidad con el Principio de Presunción de Licitud, al momento de la imposición de los mandatos materia de impugnación, no se había determinado la comisión de los ilícitos administrativos sancionables por parte de MINERA IRL (construir y operar sin autorizaciones de la DGM).

Asimismo, de la Resolución N° 12-2017-OS/GSM no se verifica sustento alguno vinculado a que las medidas de paralización impuestas garantizarán el cumplimiento de un deber de la administrada, lo cual debió ser motivado, máxime si mediante escrito de registro N° 2017-145503, remitido con fecha 08 de setiembre de 2017, MINERA IRL presentó descargos a los hallazgos encontrados en la supervisión realizada del 03 al 07 de agosto de 2017, entre ellos los referidos a la operación del Pad de Lixiviación Fase 4, la construcción y operación del Pad de Lixiviación Fase 5 y la operación del Pad de Lixiviación dinámico, sin contar con las autorizaciones de la DGM; sin embargo dichos alegatos no fueron evaluados en la resolución impugnada.

En consecuencia, las medidas dictadas mediante la Resolución N° 12-2017-OS/GSM no han sido motivadas de tal manera que califiquen como mandatos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 36° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD. Asimismo, de los fundamentos de la Resolución N° 12-2017-OS/GSM se evidencia que dichas medidas tampoco calificarían como medidas correctivas, de seguridad o medidas cautelares, de conformidad con las características de cada una de éstas, establecidas en los artículos 37°, 38° y 39° del Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

[11] Con fechas 13 y 28 de diciembre de 2017 la Gerencia de Supervisión Minera emitió las Resoluciones N° 2357-2017 y N° 2860-2017, mediante las cuales sancionó a la administrada con multas por haber incurrido en incumplimientos a los artículos 37° y 38 del RPM. Adicionalmente cabe precisar que la administrada presentó recursos de apelación con fechas 10 y 25 de enero de 2018 contra las resoluciones citadas, los cuales fueron declarados infundados por el TASTEM con fechas 21 y 05 de mayo de 2018 mediante las Resoluciones N° 122-2018-OS/TASTEM-S2 y N° 143-2018-OS/TASTEM-S2, que confirmaron las resoluciones de primera instancia en todos sus extremos y agotaron la vía administrativa.

De acuerdo al numeral 1 del artículo 10° del TUO de la Ley N° 27444[12], la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias constituye una de las causales de nulidad del acto administrativo. Por lo tanto, toda vez que en el presente caso las medidas impuestas no han sido debidamente motivadas para calificar como mandatos en concordancia con el Reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, no se ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 6° del TUO de la Ley citada[13], correspondiendo declarar fundado el recurso de apelación y la nulidad de las tres (03) medidas de paralización impuestas mediante la Resolución N° 12-2017-OS/GSM.

Sin perjuicio de lo expuesto, la primera instancia de acuerdo a sus atribuciones podrá disponer de forma inmediata las medidas de seguridad que correspondan en caso determine que existen indicios de peligro inminente en la Unidad Minera Corihuarmi por operar el Pad de Lixiviación Fase 4 y el Pad de Lixiviación Dinámico, así como por construir y operar el Pad de lixiviación Fase 5, sin contar con las autorizaciones de la DGM.

5. En virtud a lo concluido en el numeral precedente, no corresponde emitir pronunciamiento respecto a los demás alegatos del recurso de apelación presentado por MINERA IRL.

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 Único°.- Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por MINERA IRL S.A. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión de la Gran Minería N° 12-2017-OS/GSM de fecha 28 de noviembre del 2017 y, en consecuencia, la **NULIDAD** de las tres (03) medidas de paralización impuestas en dicha resolución, sin perjuicio que la primera instancia disponga las medidas de seguridad correspondientes de acuerdo a sus atribuciones.

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

[12] Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
TUO de la Ley N° 27444
"Artículo 10.- Causales de Nulidad
Son vicios del acto administrativo que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:
1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias".

[13] Decreto Supremo N° 006-2017-JUS
TUO de la Ley N° 27444
"Artículo 6.- Motivación del acto administrativo
6.1. La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado. (...)".