

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

SALA 2

RESOLUCIÓN N° 102-2016-OS/TASTEM-S2

Lima, 01 de junio de 2016

VISTO:



El Expediente N° 201200017734 que contiene el recurso de apelación interpuesto por EMPRESA ADMINISTRADORA CERRO S.A.C., representada por el señor Otto Eléspuru Nesanovich, contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 66-2016 de fecha 11 de enero de 2016, mediante la cual se le sancionó con multa por incumplir la Ley N° 28964, Ley que Transfiere Competencias de Supervisión y Fiscalización de las Actividades Mineras a OSINERG.

CONSIDERANDO:

1. Mediante Resolución N° 66-2016, la Gerencia de Fiscalización Minera, en adelante GFM, sancionó a EMPRESA ADMINISTRADORA CERRO S.A.C., en adelante ADMINISTRADORA CERRO, con una multa de 45 (cuarenta y cinco) UIT, por incumplir la Ley N° 28964; conforme al siguiente detalle:



INFRACCIÓN	TIPIFICACIÓN	SANCIÓN
Infracción al artículo 8° de la Ley N° 28964¹ Por no permitir que el supervisor designado por OSINERGMIN efectúe la supervisión a la unidad minera "Cerro de Pasco".	Rubro 2 del Anexo 1 de la Resolución N° 185-2008-OS/CD ² .	45 UIT
TOTAL		45 UIT

Como antecedentes relevantes, cabe señalar lo siguiente:

- a) Con fecha 24 de enero de 2012, personal de la empresa Geotecmin E.I.R.L., en adelante, la Supervisora se apersonó a la unidad minera Cerro de Pasco³ de titularidad de ADMINISTRADORA CERRO, a fin de realizar una supervisión regular en geomecánica.

¹ Ley N° 28964

Artículo 8.- Facilidades para la supervisión y fiscalización

Ninguna persona puede impedir a la empresa supervisora o a un funcionario, designados para estos fines, el desempeño de sus deberes, ocultar información o dar declaraciones falsas, destruir o rehusarse a entregar o a enviar cualquier documento o información relacionada a la supervisión y fiscalización. El incurrir en estos actos es causal para la aplicación de las sanciones correspondientes por parte del OSINERGMIN.

² Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS/CD

Anexo 1 - Tipificación de Infracciones Generales y Escala de Multas y Sanciones de la Supervisión y Fiscalización Minera

Rubro 2

Impedir, obstaculizar, negar o interferir con la Función Supervisora, Supervisora Específica de OSINERGMIN y/o Empresas Supervisoras.

Base legal: Art. 3° y 5° Ley N° 27332; Art. 4° Ley N° 27699; Art. 8° de la Ley N° 28964; Art. 22° de Resolución de Consejo Directivo N° 324-2007- OS/CD.

Multa: Hasta 10,000 UIT

³ La Unidad Minera Cerro de Pasco se encuentra ubicada en el distrito de Simón Bolívar, provincia y departamento de Pasco.

- b) El 03 de febrero de 2012, la Supervisora presentó un informe en el que indicó que fue impedida de efectuar la visita de supervisión que le fue encargada.
- c) Mediante Oficios N° 1801-2014⁴ y N° 136-2015-OS-GFM notificados el 29 de diciembre de 2014 y 26 de febrero de 2015, respectivamente, obrantes a fojas 20 y 60 del expediente, se dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionador.
- d) A través de los escritos presentados el 13 de enero y 05 de marzo de 2015, registrados por OSINERGMIN en el expediente N° 201200017734, ADMINISTRADORA CERRO presentó sus descargos adicionales al inicio del procedimiento sancionador.



ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

2. Mediante escrito de fecha 03 de febrero de 2016, registrado por OSINERGMIN en el Expediente N° 201200017734 ADMINISTRADORA CERRO interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 66-2016, solicitando se declare su nulidad como pretensión principal y se revoque la multa impuesta como pretensión subordinada de acuerdo a los siguientes fundamentos:

En cuanto a la competencia para sancionar de OSINERGMIN



- a) Mediante la Ley N° 29783 se otorgó al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en adelante MTPE, competencias que ejercía OSINERGMIN con relación a las fiscalizaciones de las actividades mineras y la Séptima Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29783 derogó la Ley N° 28964. Asimismo, no se aprecia ninguna precisión o diferencia sobre qué competencias tendría OSINERGMIN, sino que hace referencia de manera general a las competencias de "fiscalización minera" al MTPE.

Asimismo, se debe considerar que la supervisión que se pretendía realizar a su unidad minera el 24 de enero de 2012, ocurrió más de cinco (5) meses después de haberse transferido las competencias de fiscalización minera de OSINERGMIN al MTPE, por lo que el personal que se asistió para supervisar los aspectos de geomecánica, no contaba con las facultades vigentes para pretender llevar a cabo dicha supervisión.

Sobre la vulneración de los Principios de Legalidad y Tipicidad

- b) El Principio de Legalidad dispuesto en el literal d) del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución y el numeral 1 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, tiene dos matices legales relevantes, pues prevé la jerarquía normativa exigida para: a) la atribución de la potestad sancionadora y b) la previsión de sanciones administrativas. En tal sentido, indica que para que OSINERGMIN ejerza válidamente su potestad sancionadora, ésta debe haberle sido atribuida mediante una norma con rango de ley; y, además, las sanciones que aplique también tienen que estar previstas en normas de esta misma jerarquía.⁵

⁴ Mediante escrito del 08 de enero de 2015 la recurrente solicitó un plazo ampliatorio para presentar descargos, el cual fue concedido Oficio N° 11-2015-OS-GFM notificado el 19 de enero de 2015.

⁵ Asimismo, la recurrente cita la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00197-2010-AA, en la que se hace referencia al Principio de Legalidad, tal como se detalla a continuación:

"El principio de legalidad constituye una garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos, consagrado por la Constitución en su artículo 2°.

En este orden de ideas, argumenta que el ordenamiento jurídico nacional ha ido adecuándose a los criterios prescritos en la Ley N° 27444, para evitar contravenir los principios generales de la potestad sancionadora como el segundo matiz del Principio de Legalidad antes mencionado⁶; por lo tanto, para que OSINERGMIN pueda imponer válidamente una multa, esta sanción tendría que haber sido aprobada previamente mediante una norma con rango de ley.

Se ha transgredido el segundo de los matices referido a la reserva legal exigible para el ejercicio de la potestad sancionadora, pues se impuso una sanción en base a la Ley N° 28964, explícitamente derogada por la Ley N° 29783. Además, se hace referencia al Decreto Supremo N° 002-2012-TR de fecha 05 de febrero de 2012, que fue publicado posteriormente a la visita de los supervisores (24 de enero de 2012) el cual no tiene la jerarquía normativa exigida por el citado principio para la previsión de sanciones como las impuestas y no responde a la reserva de ley comentada, denotando la falta de competencia de OSINERGMIN para realizar la supervisión, toda vez que ha sido conferida al MTPE.

El Principio de Tipicidad, contenido en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, establece que sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en la ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analógica.⁷

Siendo así, de acuerdo a la Ley, Jurisprudencia y Doctrina respecto del Principio de Tipicidad, las entidades públicas, en el ejercicio de su potestad sancionadora, se encuentran facultadas a imponer sanciones por infracciones siempre y cuando éstas se encuentren tipificadas, "redactadas con precisión suficiente" y que "definan de manera cierta la conducta sancionable, caso contrario nos encontraríamos ante una norma sancionadora en blanco la cual es contraria al Principio de Tipicidad.

La Resolución N° 185-2008-OS/CD es una norma sancionadora en blanco y de menor jerarquía que no redacta con precisión suficiente ni define de manera cierta y precisa las conductas sancionables, remitiendo de forma genérica a las obligaciones establecidas por un conjunto indeterminado de normas.

Además, la resolución recurrida ha vulnerado el Principio de Tipicidad, al sancionar en base a la Ley N° 28964 e invocar al Decreto Supremo N° 002-2012-TR y Resolución de Consejo Directivo N° 185-2008-OS-CD, toda vez que son normas en blanco y menor jerarquía de ley, pues las normas superiores condicionan tanto en la forma de emisión de las demás y las normas inferiores deben respetar los

inciso 24, literal d) (...).

El principio de legalidad en materia sancionadora impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está determinada por la ley. Como lo ha expresado este Tribunal (Cfr. Expediente N° 010-2002-AI/TC), este principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (lex scripta), que la ley sea anterior al hecho sancionado (lex praevia), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa).

Se ha establecido, además, que "Dicho principio comprende una doble garantía: la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, que refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes; es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex praevia) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la afección responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley o norma con rango de ley". (Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional español N° 61/1990). (El subrayado es suyo).

Asimismo cita al autor MORÓN, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, 8va edición. Lima 2009, p. 687.

⁶ Como ejemplos de adecuación la recurrente menciona los siguientes:

La Ley N° 27987, Ley que faculta al Ministerio de Transportes y Comunicaciones a ejercer su potestad sancionadora en el ámbito de servicios postales; Ley N° 28627, Ley que establece el ejercicio de la potestad sancionadora del Ministerio del Interior en el ámbito funcional de la DICSCAMEC; Ley N° 29080, Ley de Creación del Registro de Agente Inmobiliario del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento; Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos y la Ley N° 29622, Ley que modifica la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

⁷ Cita a las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes N° 2050-2002-AA/TC, Fundamento N° 9 y N° 5408-2005-PA/TC, Fundamento N° 13. Además, hace referencia lo expuesto por el autor Juan Carlos Morón en su libro "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Lima 2008, p.665."

mandatos superiores y no deben contradecir las superiores de manera que resulten incompatibles con ellas, por lo que la norma inferior será, o bien no aplicada mediante el control difuso, o declarada inválida mediante el control concentrado de la jerarquía del orden jurídico. En ese sentido se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el inciso 1 del artículo 10° de la Ley N° 27444.

Con relación a que no se le notificó la Constancia de Acto de Presencia vulnerando el Principio del Debido Procedimiento

- c) No se notificó la Constancia de Acto de Presencia al inicio del presente procedimiento, tal como consta en la Cédula de Notificación N° 458-2014-GFM, en donde se indica que se adjuntaron ocho (8) folios, vulnerando el Principio del Debido Procedimiento.

Respecto al Abuso de Poder de OSINERGMIN

- d) OSINERGMIN ha violado los límites de su potestad administrativa sancionadora, pues precisamente, uno de los límites es el cumplimiento estricto de los Principios para el ejercicio de esta prerrogativa. Este actuar ilegal demuestra un ejercicio arbitrario y abusivo de la propia potestad sancionadora que OSINERGMIN ostenta, delito que se encuentra tipificado en el artículo 376° del Código Penal; en ese sentido, en caso de no ser revocada la resolución impugnada se exigirá una revisión judicial conforme el artículo 148° de la Constitución Política del Perú.

Respecto a la solicitud para que se suspenda la ejecución del acto administrativo impugnado y la posibilidad de ampliar el recurso interpuesto

- e) Señala que en aplicación del numeral 237.2 del artículo 237° de la Ley N° 27444 no podrá ejecutarse la resolución impugnada hasta que quede agotada la vía administrativa.
- f) Se reserva la posibilidad de ampliar su recurso de apelación al amparo del numeral 161.1 del artículo 161° de la Ley N° 27444.
3. A través del Memorándum N° GFM-71-2016, recibido con fecha 11 de febrero de 2016, la GFM remitió al TASTEM el expediente materia de análisis.

ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

4. En cuanto a los argumentos contenidos el literal a) del numeral 2 de la presente resolución, conviene indicar que de acuerdo al Principio de Legalidad previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar 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 conferidas⁸.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en el fundamento N° 25 de su sentencia dictada en el Expediente N° 2002-2006-PC/TC, explica que el Principio de Legalidad en el ámbito de la administración pública implica lo siguiente⁹:

⁸ Ley N° 27444.

Artículo IV.- Principios del procedimiento 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.

⁹ La sentencia Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 2002-2006-PC/TC se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica:



“25. (...) las actuaciones de los funcionarios y autoridades públicas deben desarrollarse dentro del marco normativo establecido en la ley y en la Constitución, marco que contiene sus competencias, así como los límites de su actuación, por lo que resultan arbitrarias aquellas actuaciones, entre otras, que deliberadamente omitan el cumplimiento de una mandato contenido en una ley o en un acto administrativo; omitan expedir resoluciones administrativas o dictar reglamentos, o cumplan aparente, parcial o defectuosamente tales mandatos” (Resaltado agregado)

De otro lado, el Principio de Debido Procedimiento regulado en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, establece que los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho¹⁰.



De allí que la exigencia de la legalidad y el debido procedimiento de la actuación administrativa implique que las decisiones que adoptan las entidades al interior de los procedimientos administrativos sean compatibles con el sentido de las normas que integran el ordenamiento jurídico y respondan a los procedimientos y contenido pautado por éstas.

Ahora bien, en el presente caso, con fecha **24 de enero de 2012¹¹**, la Supervisora se apersonó a la unidad minera Cerro de Pasco, a fin de realizar una supervisión regular en geomecánica. Sin embargo, ésta no pudo llevarse a cabo debido al impedimento de la recurrente. En efecto, en la Constancia de Acto de Presencia, obrante a fojas 05 del expediente, suscrita por la Supervisora y el representante de ADMINISTRADORA CERRO, esta última consignó que la competencia de supervisión y fiscalización de las actividades mineras de acuerdo a la Ley N° 29783 corresponde al al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, MTPE) y no a OSINERGMIN.

Al respecto, corresponde indicar que de acuerdo a los artículos 61° y 65° de la Ley N° 27444, las competencias de las entidades tienen su fuente en la Constitución y en la ley, por lo que su ejercicio es una obligación directa del órgano administrativo que la tiene atribuida como propia, salvo el cambio de competencia por motivos de delegación o evocación, según lo previsto en esta Ley¹².

Con relación a las competencias de OSINERGMIN, se debe precisar que con fecha **24 de enero de 2007** se publicó en el Diario Oficial El Peruano, la Ley N° 28964, mediante la cual se le transfirieron las competencias de fiscalización de las actividades mineras definidas en la Ley N° 27474, Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras, cuyo artículo 2° establecía que el ámbito de la fiscalización involucraba, entre otros, las disposiciones legales, normas técnicas y procedimientos administrativos referidos a

http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02002-2006-AC.html#_ftnref9

¹⁰ Ley N° 27444.

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: (...)

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

¹¹ A efectos de detallar de manera ilustrativa las normas aplicables al presente caso se ha procedido a subrayar la fecha de publicación de las mismas.

¹² Ley N° 27444.

Artículo 61.- Fuente de competencia administrativa

61.1 La competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan.

Artículo 65.- Ejercicio de la competencia

65.1 El ejercicio de la competencia es una obligación directa del órgano administrativo que la tenga atribuida como propia, salvo el cambio de competencia por motivos de delegación o evocación, según lo previsto en esta Ley.

aspectos de seguridad e higiene minera¹³.

Posteriormente, **el 20 agosto 2011** se publicó la Ley N° 29783 en la cual a través de su Segunda y Séptima Disposición Complementaria Final, se dispuso la transferencia de competencias de fiscalización de las actividades mineras previstas en la Ley N° 28964, al MTPE y; asimismo, la derogación de la referida ley¹⁴.

Con fecha **06 de enero de 2012** la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia, en virtud a la consulta remitida por el presidente del Consejo Directivo de OSINERGMIN respecto a las competencias de OSINERGMIN según los alcances de la Ley N° 29783, expidió la Consulta Jurídica N° 002-2012-JUS-DNAJ, cuyo numeral 48 del Rubro II.5 señala los alcances de las transferencias de competencias dispuesta por citada Ley, la aludida entidad concluyó, entre otros temas, que sólo se transfirieron al MTPE las competencias de supervisión y fiscalización sobre disposiciones en seguridad y salud en el trabajo; por lo que OSINERGMIN conservó aquellas referidas a las disposiciones en seguridad de la actividad minera, dejando claro que sus competencias no estaban referidas únicamente a la seguridad de la infraestructura¹⁵.

En dicho contexto, el **25 de febrero del 2012** se publicó el Decreto Supremo N° 002-2012-TR, mediante el cual el MTPE precisó que las competencias transferidas del OSINERGMIN a dicha entidad son relativas a la supervisión, fiscalización y sanción de las normas de seguridad y salud en el trabajo de las actividades de energía y minas.

Con fecha **12 de julio de 2012** se publicó la Ley N° 29901, Ley que precisa competencias del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN), en cuyo artículo 2° definió el alcance de las citadas disposiciones de la Ley N° 29783, acotó que la transferencia de competencias se limitó únicamente a la supervisión, fiscalización y sanción en materia de seguridad y salud en el trabajo en el subsector minero, por lo que la derogación de la Ley N° 28964 sólo se refirió a la supervisión y fiscalización de las disposiciones legales y técnicas en dicho ámbito¹⁶.

Asimismo, por medio del artículo 3° y la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29901, se estableció que dicho Organismo es competente para supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas, entre otras, con la actividad minera; manteniendo las

¹³ Ley N° 28964.

Artículo 2.- De la transferencia de funciones al organismo competente

Transfírense las competencias de fiscalización minera, establecidas en la Ley N° 27474, Ley de Fiscalización de las Actividades Mineras, al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería.

Ley N° 27474.

Artículo 2°.- Ámbito de aplicación de la ley

Las disposiciones legales, normas técnicas y procedimientos administrativos, aplicables en la labor a que se refiere el artículo anterior corresponden a:

1. Normas de seguridad e higiene mineras. (...)

¹⁴ Ley N° 29783

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

SEGUNDA. Transfírense las competencias de fiscalización minera, establecidas en la Ley 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al Osinerg, al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (...)

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.

¹⁵ La Consulta Jurídica N° 002-2012-JUS-DNAJ de fecha 06 de enero de 2012 de la Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia se encuentra disponible en: <http://spji.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2007/Enero/24/CJ-002-2012-JUS-DNAJ.pdf>

¹⁶ Ley N° 29901.

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

Precítese 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.

competencias para fiscalizar la seguridad de la infraestructura del mencionado subsector. Y, que, mediante Decreto Supremo se aprobaría el listado de funciones técnicas bajo el ámbito de competencia del OSINERGMIN¹⁷.

En tal sentido, con Decreto Supremo N° 088-2013-PCM, publicado con fecha **10 de agosto de 2013**, se aprobó el listado de funciones técnicas del OSINERGMIN, cuyo numeral 6 del Anexo 2, establece como función técnica del regulador la de supervisar y fiscalizar el cumplimiento de obligaciones sobre seguridad de las actividades mineras; así como de las disposiciones legales y normas técnicas relacionadas con la gestión de la seguridad de la infraestructura, instalaciones, y de las operaciones mineras; lo cual es ratificado por el artículo 2° de la citada disposición reglamentaria¹⁸.

Como puede advertirse, de acuerdo a la secuencia cronológica de las normas expuestas, a la fecha de la visita de supervisión, esto es el 24 de enero de 2012, la norma vigente, es decir, la Ley N° 29783 indicaba en su Segunda y Séptima Disposición Complementaria Final, la transferencia de competencias de fiscalización de las actividades mineras previstas en la Ley N° 28964 al MTPE, sin hacer distinción de materias dentro de las actividades mineras mencionadas; por lo que resulta razonable que la empresa recurrente haya considerado que OSINERGMIN hubiese perdido competencia para supervisar y fiscalizar, en el ámbito nacional, el cumplimiento de las disposiciones legales y técnicas relacionadas con la actividad minera previstas en la Ley N° 28964.

En efecto, recién mediante la Ley N° 29901, publicada el 12 de julio de 2012 se precisaron las competencias OSINERGMIN y se definió el alcance de lo dispuesto en la Ley N° 29783, estableciendo que la derogación de la Ley N° 28964 sólo se refirió a la supervisión y fiscalización de las disposiciones legales y técnicas en materia de seguridad y salud en el trabajo en el subsector minero.

Sobre el particular, el numeral 1 del artículo 3° de la Ley N° 27444, establece, como requisito de validez de los actos administrativos, que estos deben ser emitidos por el órgano facultado en razón de la materia. Por su parte, el numeral 5 del artículo 3° de la citada Ley, señala que éstos deben ser emitidos en estricto cumplimiento del procedimiento administrativo previsto.¹⁹

¹⁷ Ley N° 29901.

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.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Funciones técnicas del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN)

En un plazo no mayor a sesenta días, a propuesta del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) y mediante decreto supremo, con el voto favorable del Consejo de Ministros, se aprobará el listado de funciones técnicas que quedan bajo la competencia de este organismo.

¹⁸ Decreto Supremo N° 088-2013-PCM.

Artículo 2.- Disposiciones legales y técnicas materia de competencia del OSINERGMIN.-

Las disposiciones legales y técnicas en las actividades de los sectores de energía y minería materia de competencia de OSINERGMIN están referidas a los aspectos de seguridad de la infraestructura, las instalaciones y la gestión de seguridad de sus operaciones; y, cuando corresponda, a la calidad. Tales disposiciones incluyen los aspectos indicados en los Anexos aprobados en el artículo 1 del presente Decreto Supremo (...)

Anexo 2

SECTOR MINERO

Funciones Técnicas

(...) 4. Supervisar, en el ámbito de su competencia las actividades mineras en los siguientes aspectos:

- Geomecánica (...)

¹⁹ Ley N° 27444

*Artículo 3°.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión. (...)*

5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser convalidado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación. (...)*.

RESOLUCIÓN N° 102-2016-OS/TASTEM-S2

Asimismo, los numerales 1 y 2 del artículo 10° de la Ley N° 27444, disponen como causal de nulidad del acto administrativo, la contravención a la ley o el defecto u omisión de alguno de sus requisitos de validez. Siguiendo este orden de ideas, no son acordes al ordenamiento jurídico los actos administrativos que se encuentren sustentados en el incumplimiento de las normas contenidas en la citada Ley y las que vulneran los Principios Administrativos, como Legalidad y Debido Procedimiento, lo cual constituye un vicio de nulidad.²⁰

Siendo así, este Órgano Colegiado considera que en el presente procedimiento administrativo sancionador se ha incurrido en las causales de nulidad previstas en los numerales 1 (contravención a la ley) y 2 (defecto u omisión de alguno de los requisitos de validez del acto administrativo) del artículo 10° de la Ley N° 27444, al haberse realizado la diligencia de supervisión cuando no estaba claro si OSINERGMIN mantenía competencia para ello.

En este orden de ideas, corresponde declarar fundado el recurso de apelación interpuesto, así como la nulidad y archivo definitivo del procedimiento administrativo sancionador contenido en el Expediente N° 201200017734, en tanto que el vicio se presentó desde la visita de supervisión realizada el 24 de enero de 2012, lo que acarrea también la nulidad de todo lo actuado con posterioridad.

En virtud a la nulidad declarada carece de objeto emitir pronunciamiento respecto a los argumentos expuestos en los literales b) al d) del numeral 2 de la presente resolución.

Respecto a la solicitud para que se suspenda la ejecución del acto administrativo impugnado y la posibilidad de ampliar el recurso interpuesto

5. En cuanto a lo expuesto en el literal e) del numeral 2, es importante indicar que efectivamente, la resolución impugnada recién será ejecutable al finalizar este procedimiento administrativo sancionador, con la notificación del presente acto administrativo.
6. Sobre lo citado en el literal f) del numeral 2, se debe señalar que hasta la fecha ADMINISTRADORA CERRO no ha efectuado la ampliación de los argumentos expuestos en su recurso de apelación.

De conformidad con el numeral 1 del artículo 19° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de OSINERGMIN, aprobado por Resolución N° 067-2008-OS/CD y sus modificatorias, y toda vez que no obra en el expediente administrativo mandato judicial alguno al que este Tribunal deba dar cumplimiento.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por EMPRESA ADMINISTRADORA CERRO S.A.C. contra la Resolución de Gerencia de Supervisión Minera N° 66-2016 de fecha 11 de enero de 2016 y, en consecuencia, declarar la **NULIDAD** del presente procedimiento administrativo sancionador contenido en el Expediente N° 201200017734, así como disponer su **ARCHIVO DEFINITIVO**, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

²⁰ 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.

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo

14. (...)"



Artículo 2°.- Declarar agotada la vía administrativa.

Con la intervención de los señores vocales: Mario Antonio Nicolini del Castillo, Héctor Adrian Chávarry Rojas y Víctor Jesús Revilla Calvo.

**MARIO ANTONIO NICOLINI DEL CASTILLO
PRESIDENTE (e)**