



Rosa Carrillo



Julia Álvarez



**Breves comentarios a lineamientos del TASTEM:
Suficiencia probatoria en infracciones sobre magnitudes
físicas, y periodo para el cálculo del beneficio ilícito**



Rosa María Carrillo Salazar es abogada por la Universidad de Lima y egresada de la Maestría en Derecho Civil de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Por otro lado, Julia Rosa Álvarez Figueroa es abogada por la Universidad de San Martín de Porres. Ambas son especialistas en Derecho Administrativo Sancionador.

Las opiniones y/o comentarios vertidos por las autoras en el presente artículo se efectúan a título personal.

1. INTRODUCCIÓN

La actividad de fiscalización del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante, “Osinergmin”) tiene como fundamento esencial verificar de forma permanente que el desarrollo de las actividades bajo su ámbito de supervisión respete el marco normativo que las regula. De acuerdo con ello, Osinergmin despliega acciones de fiscalización que, mayormente, implican inspeccionar el cumplimiento de magnitudes físicas previstas en normas técnicas, tales como la longitud, velocidad, presión, etc. Por ello, resulta indispensable garantizar que la realización de estas actividades de fiscalización cumpla con el marco legal establecido para dicho fin, el cual contempla, entre otros, el deber de la autoridad de verificar los hechos que sustentan sus decisiones.

Por consiguiente, una vez que el órgano sancionador determina la existencia de responsabilidad administrativa, debe imponer al agente infractor la sanción que

corresponda. Para tal efecto, debe aplicar la tipificación pertinente la cual, en su mayoría de veces, establece sanciones de naturaleza pecuniaria, es decir, multas.

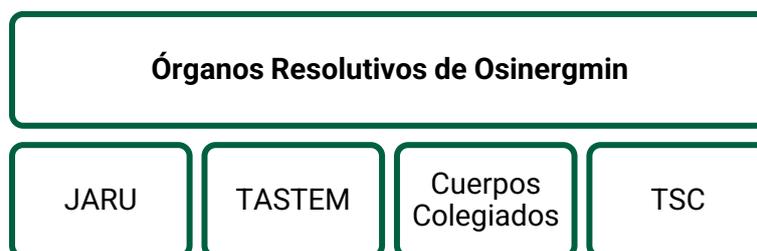
Las acciones antes indicadas: fiscalizar y sancionar, muchas veces son cuestionadas por los agentes fiscalizados, quienes optan por recurrir a las decisiones del órgano sancionador para que sean revisadas en segunda y última instancia administrativa.

En atención a lo expuesto, consideramos pertinente comentar en el presente artículo dos criterios desarrollados por el Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería (en adelante, el “TASTEM”), la última instancia administrativa de Osinergmin, relacionados específicamente con las acciones de fiscalizar y sancionar.

De manera previa al desarrollo de los comentarios, brindaremos algunos alcances relacionados con la organización y funciones de los órganos resolutores de Osinergmin, del cual forma parte el TASTEM, lo que permitirá tener una aproximación al marco normativo que regula su actuación.

2. ALCANCES SOBRE LOS ÓRGANOS RESOLUTIVOS

Conforme se ha previsto normativamente, los organismos reguladores cuentan con tribunales administrativos que forman parte de su estructura orgánica y constituyen los denominados órganos resolutores¹. En el caso de Osinergmin, los órganos resolutores² son los siguientes: los Cuerpos Colegiados de Solución de Controversias (en adelante, “CC”), el Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, “TSC”), la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios (en adelante, “JARU”) y, como ya se adelantó, el TASTEM.



Tales órganos se caracterizan por contar con plena autonomía en el ejercicio de sus funciones. Es decir, no se encuentran subordinados jerárquicamente al ningún órgano del Osinergmin y actúan con independencia de los administrados. Asimismo, su actuación se rige por la normativa vigente, así como por los

¹ Ver artículo 9 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores.

² Ver artículo 48 del Reglamento de Organización y Funciones de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2016-PCM y el artículo 3 del Reglamento de los Órganos Resolutores de Osinergmin aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD.

principios y fuentes del derecho administrativo establecidos en el Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General), aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS³, en adelante (“el TUO de la Ley N° 27444”). Más aún, la última modificación del artículo 9 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, refuerza el carácter de los pronunciamientos de los tribunales administrativos al establecer de forma expresa que son de obligatorio cumplimiento y constituyen precedentes vinculantes en materia administrativa, cuando corresponda⁴.

Ahora bien, tal como se ha previsto en el Reglamento de los Órganos Resolutivos de Osinergmin, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 044-2018-OS/CD, el TASTEM puede conformar una Sala Plena, consistente en la reunión de la totalidad de sus vocales titulares y suplentes, con la finalidad de uniformizar los criterios que aplican, pudiendo aprobar lineamientos y precedentes de observancia obligatoria sobre la materia de su competencia⁵.

Resulta oportuno indicar que, según lo establecido en el Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444⁶, aquellos actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de forma general el sentido de la legislación constituyen precedentes de observancia obligatoria. De acuerdo con ello, este tipo de pronunciamientos tienen carácter vinculante, por lo que deben ser aplicados al resolver casos similares.

Por su parte, los lineamientos, también llamados criterios resolutivos, no tienen carácter vinculante al no constituir precedentes de observancia obligatoria. No obstante, brindan a los administrados predictibilidad en las decisiones que adopta la administración, ya que a través de estos se orienta su actuación ante una determinada casuística de naturaleza recurrente o relevante.

El TASTEM es un tribunal administrativo especializado que cuenta con dos Salas: i) Sala 1, competente para atender recursos de apelación en temas de electricidad y gas natural, y; ii) Sala 2, competente para atender recursos de apelación en temas de hidrocarburos líquidos y minería. Cada Sala del TASTEM cuenta con tres vocales titulares designados por concurso público y por un periodo de tres años. Asimismo, cuenta con dos vocales suplentes que pueden ejercer funciones en cualquiera de las Salas, por ausencia del vocal titular.

³ Ver artículo 4 del Reglamento de los Órganos Resolutivos de Osinergmin, citado en la nota 1.

⁴ Ver artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1555.

⁵ Ver numeral 24.1 del artículo 24 del Reglamento de los Órganos Resolutivos de Osinergmin y numeral 26.6 del 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.

⁶ Ver Artículo VI del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444.



El Reglamento de los Órganos Resolutivos de Osinergmin ha previsto que la Sala Plena del TASTEM adopta decisiones en materias transversales a todas las Salas. Asimismo, la reunión de los vocales titulares de una de las Salas y los vocales suplentes pueden conformar una Sala Plena para la adopción de criterios en materia de su exclusiva competencia⁷. Ello significa que cada Sala del TASTEM puede establecer sus propios criterios únicamente en materias que son de su competencia, en tanto que, para establecer criterios que son de aplicación transversal a ambas Salas es necesaria la realización de una Sala Plena en la que participan todos los vocales titulares y los suplentes.

De acuerdo con las funciones previstas en el Reglamento de los Órganos Resolutivos de Osinergmin, el TASTEM resuelve como segunda y última instancia administrativa recursos de apelación sobre lo siguiente: i) Sanciones en temas de energía y minería; ii) Imposición de medidas administrativas (mandatos, medidas correctivas, medidas de seguridad, medidas cautelares y medidas de carácter provisional); iii) Medidas de suspensión o cancelación del registro de hidrocarburos, y; iv) Resoluciones vinculadas con el Procedimiento para la Atención y Disposición de Medidas ante Situaciones de Riesgo Eléctrico Grave, aprobadas por la Resolución de Consejo Directivo N° 107-2010-OS/CD⁸. Adicionalmente, el TASTEM resuelve las quejas por defectos de tramitación que formulen los administrados, en cuyo caso, el pronunciamiento que emite es irrecurrible.

Los órganos resolutivos de Osinergmin cuentan con una Secretaría Técnica (en adelante, “STOR”) que le brinda apoyo técnico, legal y administrativo, y tiene entre sus funciones proponer la realización de las Salas Plenas y publicar los lineamientos y precedentes de observancia obligatoria que aprueben.

Del mismo modo, cada órgano resolutivo cuenta con una Secretaría Técnica Adjunta encargada, principalmente, de la gestión para la atención de los recursos de apelación, así como para las sesiones que se llevan a cabo regularmente. Conforme se ha previsto en el Reglamento de los Órganos Resolutivos, la gestión realizada por el Secretario Técnico Adjunto implica, entre otras funciones,

⁷ Ver numeral 24.3 del artículo 24 del Reglamento de los Órganos Resolutivos.

⁸ Ver artículo 16 del Reglamento de los Órganos Resolutivos de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 044-2018-OS/CD.

preparar toda la documentación necesaria para el despacho de los procedimientos a su cargo que serán presentados en sesión.

En cuanto a los lineamientos o criterios resolutivos aprobados por el TASTEM, es pertinente mencionar que el 28 de diciembre de 2018 se aprobó el Compendio de Lineamientos Resolutivos TASTEM 2018, en el que, luego de una revisión, se actualizaron los lineamientos emitidos por el TASTEM a esa fecha. No obstante, con posterioridad, se han emitido nuevos lineamientos; y actualmente se tienen siete criterios transversales y ocho criterios específicos vigentes, estos últimos emitidos por la Sala Plena de la Sala 2 en materia de hidrocarburos y minería⁹.

Ahora bien, presentado el marco en el cual el TASTEM desarrolla sus funciones, procederemos a comentar dos criterios transversales emitidos por dicho Tribunal Administrativo relacionados con las funciones de fiscalización y sanción de Osinergmin.

3. COMENTARIOS A LOS LINEAMIENTOS RESOLUTIVOS

3.1. Suficiencia probatoria en las infracciones relativas a magnitudes físicas

Criterio resolutivo: *"Es nulo el procedimiento administrativo sancionador por contravención al principio del debido procedimiento, cuando la infracción por el incumplimiento de distancias mínimas de seguridad, estándares de velocidad de aire, dimensiones de instalaciones, construcciones, entre otros, no se motive sobre la base de un Acta de Supervisión en la que se consignen los medios probatorios de los que se verifique lo siguiente: i) el lugar donde se realizó la medición, ii) la fecha y hora del muestreo, iii) la identificación del instrumento de medición utilizado con su correspondiente certificado de calibración (de ser el caso), iv) la técnica de medición empleada en función a la magnitud física a verificar, v) breve descripción del procedimiento y/o técnica seguidos para realizar la medición y vi) el resultado obtenido".*

En el presente caso, el TASTEM verificó, en vía de apelación, diversos procedimientos administrativos sancionadores tanto de energía como de minería, en los que se sancionó por el incumplimiento de los siguientes aspectos:

- Distancias mínimas de seguridad
- Estándares de velocidad de aire
- Dimensiones de instalaciones, construcciones, entre otros similares.

⁹ Los lineamientos resolutivos del TASTEM se encuentran disponibles en el siguiente enlace web: http://www.osinerg.gob.pe/seccion/institucional/acerca_osinergmin/stor/tastem/lineamientos-resolutivos

Al respecto, conforme al Compendio de Lineamientos Resolutivos de Osinergmin, publicado en su web, al evaluar los expedientes sancionadores se encontró que no constaban, de manera fehaciente, los resultados de las mediciones obtenidas o la identificación de los instrumentos utilizados.

Sobre el particular, acorde con el principio del debido procedimiento, previsto en el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444, los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento, que comprende, entre otros, el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho¹⁰. Además, el numeral 4) del artículo 3 del citado TUO de la Ley N° 27444 establece como requisito de validez de los actos administrativos su debida motivación en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico¹¹. De esta manera, cuando el tipo infractor por el que se sanciona a un administrado que fue sujeto a una fiscalización por parte del regulador es el del incumplimiento a las diversas magnitudes físicas establecidas en una norma técnica, adquiere especial relevancia motivar esa supuesta infracción con todos los medios de prueba idóneos que respalden que, efectivamente, se cometió.

En ese sentido, el TASTEM ha considerado acertadamente que el acta de fiscalización en la que se verifica el supuesto hecho infractor por incumplimientos, tales como distancias, longitud, tiempo, velocidad, caudal, temperatura, presión, intensidad luminosa, y otros similares, debe contemplar información completa, suficiente y veraz, para lo cual se ha desarrollado en el lineamiento los aspectos que deben motivarse en la sanción, para que esta sea válida y no devenga nula.

¹⁰ **Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Decreto Supremo N° 004-2019-JUS**

Título Preliminar

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

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

(...)”

¹¹ **“Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos**

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4.- **Motivación.-** El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

(...)”

Al respecto, la información mínima que deben contener las actas de fiscalización que sustentan una ulterior sanción es la siguiente:

- Lugar donde se realizó la medición.
- Fecha y hora del muestreo.
- Identificación del instrumento de medición utilizado y, cuando corresponda, el certificado de calibración.
- Breve descripción del procedimiento y/o técnica seguidos para realizar la medición.
- Resultado obtenido.

Es preciso señalar que, si bien en el caso de los certificados de calibración se hace la atinencia de que proceden como medio probatorio cuando corresponda, es necesario explicar dicha excepcionalidad.

Cuando se trata, por ejemplo, de un procedimiento de medición de distancias de la línea de Cauville en minería subterránea con relación a las paredes más cercanas (que en este caso es de un metro por cada lado de la línea) no es necesario tener un instrumento debidamente calibrado, pues dicha medición podría válidamente realizarse con una wincha. Sin embargo, si la medición que se realiza en minería subterránea es respecto a la velocidad de aire, el instrumento a utilizar sí debe tener un certificado de calibración emitido por la autoridad competente ya que debe garantizarse la exactitud de los resultados que arroje.

En ese sentido, si el fiscalizador no consigna el certificado o la identificación del instrumento que garantice que el mismo se encuentre calibrado, la empresa fiscalizada podrá levantar dicha observación en el acta de fiscalización a su favor.

Otro ejemplo, ocurriría con la relacionada a la verificación del medidor que arroja resultados de las lecturas efectuadas para proceder a las facturaciones del servicio de energía eléctrica, para lo cual, en el caso exista algún cuestionamiento al consumo facturado, los usuarios pueden solicitar el certificado de aferición de la instalación inicial que garantice que las mediciones en el consumo son las correctas. Además, en ese caso, las pruebas al medidor, como las del contraste son efectuadas por contratistas autorizados e inscritos en el Inacal para garantizar su imparcialidad en la toma de la prueba, lo cual debe estar consignado en las actas de fiscalización cuando se determine algún incumplimiento a estas garantías contempladas en la norma.

Finalmente, con relación al lineamiento, consideramos que correspondería precisar la referencia al lugar de la medición, ya que en algunos casos no solo se realiza en un espacio físico en concreto, sino en diversos puntos necesarios para la medición. Es el caso de las cotas de presas de relaves, donde para determinar

una cota recrecida sin autorización es necesario medir en diversos puntos del eje de la corona de la presa y verificar cada punto recrecido, así como determinar un promedio del resultado del recrecimiento de dichos puntos.

3.2. Periodo a considerar para el cálculo del beneficio ilícito en las sanciones impuestas

Criterio resolutivo: “La determinación del beneficio ilícito debe considerar el periodo comprendido desde la fecha de la comisión de la infracción, o de su detección, hasta la fecha de inicio del procedimiento administrativo sancionador, así como el periodo comprendido desde esa fecha hasta la fecha del cálculo de la multa y su correspondiente actualización.

Asimismo, deberá considerarse lo siguiente:

- i. El periodo comprendido desde el inicio del procedimiento administrativo sancionador hasta el cálculo de la multa no deberá exceder el plazo de caducidad del procedimiento; y,*
- ii. El periodo comprendido desde la comisión de la infracción hasta el cálculo de la multa no deberá exceder el plazo de prescripción.”*

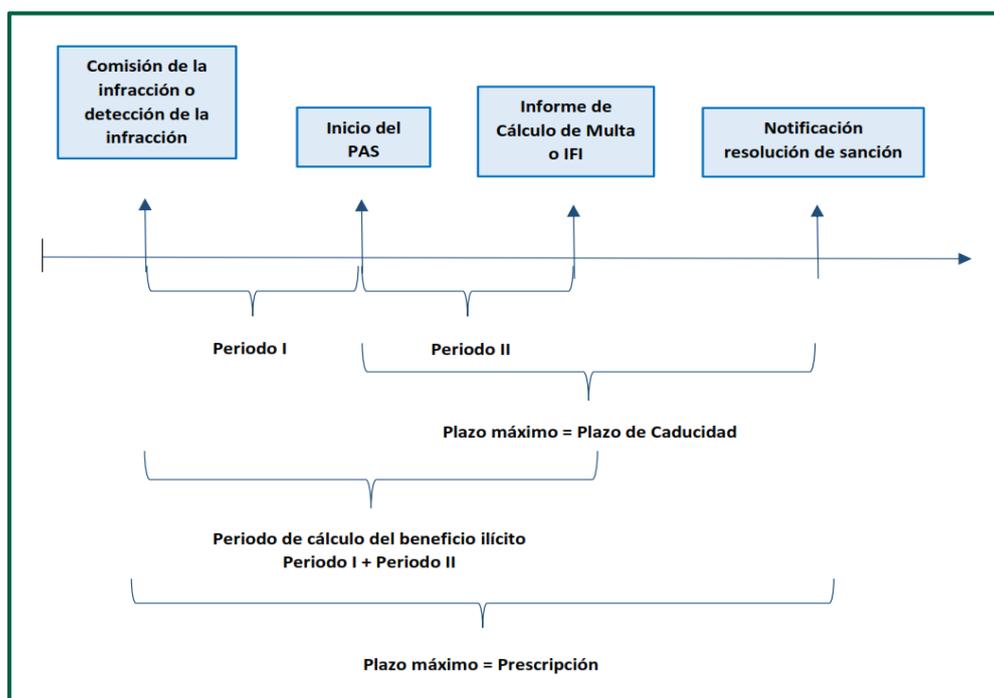
El lineamiento nace a partir del cuestionamiento efectuado en los recursos de apelación a las sanciones de multa impuestas en diversos procedimientos administrativos sancionadores que fueron revisados en segunda instancia. En particular, los administrados cuestionaban el periodo considerado para la determinación del beneficio ilícito el cual – a su entender- era excesivo, especialmente en aquellos casos en los que el procedimiento sancionador fue iniciado algunos años después de cometida o verificada la infracción, lo que sumado al tiempo que demoraba la tramitación del procedimiento hasta la emisión de la resolución, resultaba -a criterio de los administrados, en una sanción arbitraria que vulneraba el principio de razonabilidad.

En un primer momento, el TASTEM consideró que el plazo máximo para determinar el beneficio ilícito era el periodo con el que contaba la administración para resolver los procedimientos sancionadores, es decir, nueve meses o, en caso de haberse dispuesto una ampliación del plazo, doce meses. Por el contrario, luego de revisar los aspectos económicos¹² que conllevan encontrarse en una situación de infracción o inobservancia del marco normativo que es materia de

¹² Tal como fuera señalado en el desarrollo del lineamiento en comentario, se tomó en cuenta la metodología de cálculo de la multa desarrollada en los Documentos de Trabajo Nos. 10, 18 y 20 elaborados por la Gerencia de Políticas y Análisis Económico de Osinergmin, precisándose que el beneficio ilícito no solo comprende el costo (evitado o postergado) que el administrado dejó de invertir para cumplir oportunamente con la obligación a su cargo, sino que también comprende el aprovechamiento económico que continuó manteniéndose en el tiempo por no haber corregido su conducta.

supervisión de Osinergmin, se determinó que el periodo para establecer el beneficio ilícito no solamente debe contemplar el plazo para resolver el procedimiento, sino que, además, debe tomarse en cuenta el momento en que es cometida la infracción o en que esta es verificada.

De acuerdo con ello, el TASTEM aprobó el lineamiento resolutivo según el cual para la determinación del beneficio ilícito se debe considerar el periodo comprendido desde la comisión de la infracción o su detección hasta la fecha de inicio del procedimiento sancionador, así como el periodo comprendido desde esa fecha hasta la fecha de cálculo de multa. Del mismo modo, el lineamiento precisó que el periodo desde el inicio del procedimiento sancionador hasta la fecha de cálculo de la multa no debe exceder el plazo de caducidad y, que el periodo desde la comisión de la infracción hasta el cálculo de multa no debe exceder el plazo de prescripción.



Fuente: Criterio Resolutivo TASTEM 7¹³

Las consideraciones económicas tomadas en cuenta para la adopción del criterio, especialmente el periodo desde que es cometida o verificada la infracción hasta el inicio del procedimiento sancionador, básicamente se fundamentan en que el agente infractor mantiene su conducta ilícita evitando incurrir en costos para adecuar su conducta a la normativa del sector. Dicha situación representa una ganancia ilícita para el infractor, dado que realizará sus operaciones inobservando la normativa que regula sus actividades.

¹³ Disponible en el enlace web indicado en la nota 10.

Sin embargo, es importante observar que dicha situación puede modificarse cuando el agente infractor adecúa su conducta a las normas antes de que la administración establezca la sanción, situación en la cual el periodo para el cálculo del beneficio ilícito puede reducirse. En efecto, ante dicho supuesto debe considerarse el momento en que es cometida o detectada la infracción hasta el momento en que el administrado adecúa su conducta.

Finalmente, es de notar que, si bien el lineamiento recurre a las figuras de la caducidad y la prescripción para establecer el tiempo máximo que debe considerarse en el cálculo del beneficio ilícito, se debería tener en cuenta también que el procedimiento administrativo sancionador no concluye con la emisión del informe final de instrucción, en el que el órgano instructor efectúa el cálculo de la multa. Puesto que, el procedimiento sancionador culmina con la notificación de la resolución de sanción, que es un momento posterior al informe final de instrucción.

Por lo tanto, al tomarse como referencia la fecha de cálculo de multa (informe final de instrucción), no debería entenderse que hasta ese momento haya transcurrido el plazo de caducidad o de prescripción. Ello, toda vez que el procedimiento sancionador aún no concluye ya y se encuentra pendiente el pronunciamiento del órgano sancionador. Este sería un aspecto que consideramos podría precisarse en el lineamiento.
