



El Programa de Cumplimiento como factor atenuante de responsabilidad en los sectores de energía y minería

José Antonio Del Risco

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y asociado del área regulatoria de Santiváñez Abogados. Cuenta con una especialización en Derecho de la Energía y Minería en el Programa de Extensión Universitaria de OSINERGMIN, y una Segunda Especialidad en Derecho Administrativo por la PUCP.

Uno de los mayores beneficios que tienen los programas de cumplimiento normativo o *compliance* es que las empresas puedan implementar un sistema de prevención de infracciones, de tal forma que ello les permita deslindar su responsabilidad frente a la comisión de una falta o infracción. Como es de amplio conocimiento, este tipo de programas ha tenido bastante éxito en el ámbito del Derecho Penal.

Por ejemplo, en el ámbito penal empresarial, la Ley N° 30424¹ establece que

¹ “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional”, publicada el 21 de abril de 2016.

las personas jurídicas podrían llegar a eximirse de responsabilidad penal si demuestran que contaban con un modelo de prevención eficaz antes de la comisión del delito. Ello permite afirmar que, si se adopta un programa de cumplimiento debidamente implementado, se puede excluir la responsabilidad penal de la empresa, al evidenciar que se tomaron medidas razonables para prevenir conductas ilícitas por parte de sus trabajadores.

Sin embargo, cuando nos encontramos en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, estos programas han venido siendo ignorados por parte de las entidades públicas peruanas, salvo valiosas excepciones como es el caso del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI).

Para desarrollar esta idea, es necesario mencionar que, actualmente, los programas de cumplimiento normativo no son considerados por el régimen administrativo general como un factor atenuante o eximente de responsabilidad. Basta con revisar el artículo 257 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG). El numeral 2 de este artículo considera las siguientes condiciones atenuantes de responsabilidad por infracciones:

- a) Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador, el administrado reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito. En los supuestos en que la sanción aplicable sea una multa, esta se reducirá hasta un monto no menor de la mitad de su importe.*
- b) Otros que se establezcan por norma especial.*

Si algo se puede desprender de forma evidente, producto de una lectura del citado artículo, es que se ha optado por transferir a los regímenes especiales la regulación específica de los factores atenuantes de responsabilidad administrativa. En otras palabras, serán las propias entidades (que cuenten con potestad fiscalizadora y sancionadora) las que estarán encargadas de tipificar cuáles son los factores atenuantes.

Actualmente, el tipo de norma más común que ha recogido los factores eximentes y atenuantes son los Reglamentos de Fiscalización y Sanción de las entidades públicas. A pesar de ello, en la gran mayoría de los regímenes sectoriales todavía no se ha podido efectivizar la utilización de programas de

cumplimiento como una herramienta que tengan los administrados para ser eximidos de responsabilidad, o atenuar el monto de las eventuales sanciones.

La excepción viene a ser representada por el INDECOPI, tal como lo hemos indicado anteriormente. Por ejemplo, el 30 de noviembre de 2019, se publicó el Decreto Supremo N° 185-2019-PCM, mediante el cual se aprobó el Reglamento que promueve y regula la implementación voluntaria de programas de cumplimiento normativo en materia de protección al consumidor y publicidad comercial.

Esta norma tiene la finalidad de complementar la regulación del Código de Protección y Defensa del Consumidor² en relación a los criterios de graduación de las sanciones administrativas. Uno de estos criterios se configura, precisamente, cuando el proveedor acredite que cuenta con un programa efectivo para el cumplimiento de la regulación contenida en materia de protección del consumidor.

Asimismo, podemos observar otro ejemplo en el área de libre competencia. En marzo de 2020, INDECOPI aprobó, en calidad de *soft law*, la Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia³, en cuyo Anexo D podemos encontrar el Flujograma para analizar la implementación de un Programa de Cumplimiento como posible atenuante de la multa.

De acuerdo con dicho flujograma, la implementación de un Programa de Cumplimiento podrá ser considerada como atenuante de una multa si cumple con los siguientes requisitos: (i) si se contaba con el Programa al momento de incurrir en la conducta anticompetitiva; (ii) si la conducta se configuró sin la participación de la alta dirección de la empresa; (iii) si la conducta fue reportada al INDECOPI antes del inicio de una investigación; y (iv) si el Programa cuenta con los componentes esenciales previstos en la Guía.

Sin embargo, lo que viene ocurriendo en el régimen administrativo sancionador del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (en adelante,

² Ley N° 29571, publicada el 2 de septiembre de 2010.

³ La Guía puede encontrarse en el siguiente enlace:

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2131129/Gu%C3%ADa%20de%20Programas%20de%20Cumplimiento%20de%20las%20Normas%20de%20Libre%20Competencia.pdf?v=1629901602>

OSINERGMIN) resulta preocupante, pues, pese a que cuenta con una norma que considera al programa de cumplimiento normativo como un factor atenuante de responsabilidad administrativa, en la práctica, hasta el día de hoy, ningún administrado puede acogerse a dicho atenuante.

Ello se debe a que el organismo regulador, aun cuando existe un mandato expreso, no ha emitido ninguna disposición, guía o lineamiento que establezca el alcance y contenido de dichos programas, lo cual genera un impacto económico indirecto en los administrados al estar impedidos de reducir las multas que les imponen.

Ahora bien, desde el 2007 hasta la actualidad, OSINERGMIN ha contado con cinco Reglamentos de Fiscalización y Sanción. Estos fueron aprobados, respectivamente, por las siguientes Resoluciones:

- Resolución 324-2007-OS-CD
- Resolución 205-2009-OS-CD
- Resolución RCD 171-2013-OS-CD
- Resolución 040-2017-OS-CD
- Resolución 208-2020-OS-CD (Reglamento vigente)

Si revisamos todas las normas enumeradas, se puede concluir que, si bien todas incorporan criterios atenuantes para graduar la sanción, en ninguno de los Reglamentos derogados se ha considerado el Programa de Cumplimiento como una condición atenuante.

No fue sino hasta la aprobación de la Resolución N° 208-2020-OS-CD (en diciembre de 2020) que se incluyó esta causal. Es así que, actualmente, el artículo 26.4 del Reglamento de Fiscalización y Sanción de las actividades energéticas y mineras a cargo de OSINERGMIN regula los siguientes factores atenuantes de responsabilidad administrativa, en el marco de un procedimiento sancionador:

- a) Reconocimiento de responsabilidad, en función a la oportunidad en que se realice el mencionado reconocimiento*
- b) Acciones correctivas respecto de infracciones insubsanables.*
- c) Subsanación posterior al inicio del procedimiento administrativo sancionador*
- d) Programa de Cumplimiento*

En cuanto al Programa de Cumplimiento, el artículo señalado menciona que se podrá acceder al factor atenuante de responsabilidad en el siguiente caso:

Si el Agente Fiscalizado acredita haber implementado un programa efectivo de cumplimiento normativo que involucre a la conducta infractora, conforme a las disposiciones para su aplicación emitidas por el Consejo Directivo, y a los lineamientos resolutivos del respectivo órgano sancionador, según corresponda.

Como se puede observar, aunque para algunos resulte discutible, lo cierto es que la norma ha establecido un mandato hacia el OSINERGMIN, el cual consiste en aprobar los documentos normativos o lineamientos pertinentes, a fin de que puedan regular los alcances, requisitos y demás elementos a considerar al elaborar e implementar el Programa de Cumplimiento. Sin la emisión previa de dichos instrumentos, resulta imposible la aplicación práctica de este factor atenuante de responsabilidad.

Ahora bien, el órgano sobre el cual recae el mandato no solo es el Consejo Directivo, sino también los órganos sancionadores correspondientes a través de la emisión de lineamientos. Dentro de este tipo de órganos, claramente, se encuentran las Divisiones de Supervisión que tiene OSINERGMIN, ya sea la de electricidad, hidrocarburos líquidos, gas natural, minería, así como la propia División de Supervisión Regional, encargada de coordinar con las Oficinas Regionales que imponen sanciones de primera instancia. Sin embargo, también podríamos considerar como órgano sancionador al Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería (TASTEM), al ser el órgano revisor de las sanciones y medidas administrativas a nivel de segunda instancia.

Pese a la obligatoriedad de la norma, el “Programa de Cumplimiento” como atenuante de responsabilidad aún no ha sido desarrollado por el OSINERGMIN. Recordemos que el Reglamento de Fiscalización y Sanción vigente fue publicado el 18 de diciembre de 2020, y entró en vigencia el 13 de junio de 2021. Es decir, han pasado más de cuatro años desde la publicación de la norma, y todavía no se han emitido los lineamientos, guías o disposiciones que permitan a los administrados acogerse al mencionado factor atenuante.

Actualmente, solo se cuenta con la propuesta normativa denominada “Disposiciones para la aplicación del Programa de Cumplimiento Normativo en materia de calidad de la prestación del servicio público de electricidad”⁴, la cual establece un margen de descuento entre el 10% y 5% dependiendo de la infracción imputada. Lo curioso es que OSINERGMIN sabe que se encuentra obligado a emitir dichos lineamientos y disposiciones, y ello ha sido reconocido expresamente en la parte considerativa de la mencionada propuesta normativa, como se aprecia a continuación:

Que, bajo dicho marco legal, en el “Reglamento de Fiscalización y Sanción de las actividades energéticas y mineras a cargo de Osinergmin”, aprobado por Resolución N° 208-2020-OS/CD, se ha previsto que constituye un factor atenuante de graduación de sanciones que el Agente Fiscalizado acredite haber implementado un programa efectivo de cumplimiento normativo que involucre a la conducta infractora, conforme a las disposiciones para su aplicación emitidas por el Consejo Directivo y a los lineamientos resolutivos del respectivo órgano sancionador, según corresponda.

Sin perjuicio de lo anterior, esta propuesta (que nunca llegó a aprobarse) solo está enfocada en incentivar la realización de acciones para la mejora de la calidad en el proceso de facturación, cobranza y atención al usuario. Pero si dicho proyecto de disposiciones solo se enfoca en ello, ¿qué sucede con los demás aspectos que se encuentran sujetos a supervisión y sanción en los sectores de energía y minería, en sus distintos tipos de actividades? Esta situación, evidentemente, viene vulnerando el derecho al debido procedimiento por parte de los administrados, al no poder acogerse a este atenuante de responsabilidad administrativa como resultado de la ausencia del desarrollo del mismo por parte de OSINERGMIN.

Sin embargo, también se vulnera el principio de razonabilidad del procedimiento sancionador, el cual se encuentra regulado en el artículo 248.3 del TUO de la LPAG. Según este artículo, “*las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación: [...] g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor*”.

⁴ Se puede acceder al proyecto normativo a través del siguiente enlace:

<https://www.gob.pe/institucion/osinergmin/informes-publicaciones/4423594-ria-propuesta-disposiciones-para-la-aplicacion-del-programa-de-cumplimiento-normativo-en-materia-de-calidad-de-la-prestacion-del-servicio-publico-de-electricidad>

Siguiendo lo anterior, es razonable afirmar que la autoridad debe tener en cuenta que la intencionalidad o el grado de descuido en la conducta del administrado constituyen elementos relevantes para determinar la proporcionalidad de la sanción. En el caso de personas jurídicas, más allá de la intención directa de sus representantes, la evaluación de responsabilidad debe considerar si la infracción se originó en un defecto de organización, es decir, en la falta de mecanismos internos eficaces para prevenir incumplimientos normativos.

En ese sentido, la culpabilidad de una empresa no se mide únicamente por la intención subjetiva, sino por su capacidad de estructurarse adecuadamente para actuar conforme al ordenamiento jurídico. Es por ello que son importantes los programas de cumplimiento normativo, pues permiten demostrar que el administrado realizó todas las medidas internas para prevenir la configuración de la infracción, y con ello solicitar un atenuante o incluso un eximente de responsabilidad.

Volviendo al caso que nos ocupa, como ya se ha señalado, lamentablemente, a la fecha OSINERGMIN aún no ha emitido la norma correspondiente o algún lineamiento en cumplimiento del artículo 26 del Reglamento de Fiscalización y Sanción. Frente a esta situación, y sin perjuicio de otro procedimiento que se pudiera iniciar, existe una alternativa constitucionalmente viable: la presentación de una acción de cumplimiento, conforme al proceso de cumplimiento regulado en el Nuevo Código Procesal Constitucional⁵.

Al respecto, considero que a través de este camino se podría obtener un pronunciamiento jurisdiccional que ordene a OSINERGMIN cumplir con su Reglamento de Fiscalización y Sanción, y así poder contar con disposiciones y lineamientos que regulen el programa de cumplimiento normativo en los sectores de energía y minería.

En conclusión, aunque el marco normativo vigente reconoce al Programa de Cumplimiento como un factor atenuante de responsabilidad administrativa en el ámbito de energía y minería, su inaplicabilidad práctica evidencia un incumplimiento por parte de OSINERGMIN que afecta directamente los derechos de los administrados. En ese sentido, resulta imprescindible que se

⁵ Ley N° 31307, publicada el 23 de julio de 2021.

aprueben de manera urgente los lineamientos y disposiciones pendientes, a fin de garantizar un procedimiento sancionador razonable y conforme al debido procedimiento.

Agosto de 2025