

**CRITERIOS RESOLUTIVOS GENERALES DEL TRIBUNAL DE APELACIONES DE SANCIONES EN  
TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA – TASTEM**

**2019**

<b>CRITERIO RESOLUTIVO TASTEM 4: CÓMPUTO DEL PLAZO DE CADUCIDAD – REVISIÓN</b>
--

**Antecedentes**

- Una de las novedades que introdujo la última modificación a la Ley del Procedimiento Administrativo General fue la institución de la caducidad en los procedimientos administrativos sancionadores, prevista en el artículo 259° del vigente Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en adelante el T.U.O. de la Ley N° 27444, el cual señala lo siguiente:

*“Artículo 259.- Caducidad administrativa del procedimiento sancionador*

- 1. El plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses contado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos. Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento. La caducidad administrativa no aplica al procedimiento recursivo. Cuando conforme a ley las entidades cuenten con un plazo mayor para resolver la caducidad operará al vencimiento de este.*
  - 2. Transcurrido el plazo máximo para resolver, sin que se notifique la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado administrativamente el procedimiento y se procederá a su archivo.*
  - 3. La caducidad administrativa es declarada de oficio por el órgano competente. El administrado se encuentra facultado para solicitar la caducidad administrativa del procedimiento en caso el órgano competente no la haya declarado de oficio.*
  - 4. En el supuesto que la infracción no hubiera prescrito, el órgano competente evaluará el inicio de un nuevo procedimiento sancionador. El procedimiento caducado administrativamente no interrumpe la prescripción.*
  - 5. La declaración de la caducidad administrativa no deja sin efecto las actuaciones de fiscalización, así como los medios probatorios que no puedan o no resulten necesarios ser actuados nuevamente. Asimismo, las medidas preventivas, correctivas y cautelares dictadas se mantienen vigentes durante el plazo de tres (3) meses adicionales en tanto se disponga el inicio del nuevo procedimiento sancionador, luego de lo cual caducan, pudiéndose disponer nuevas medidas de la misma naturaleza en caso se inicie el procedimiento sancionador.”*
- Asimismo, a fines del año 2018, este Tribunal aprobó el lineamiento relacionado con la caducidad, el mismo que señala lo siguiente:

*“Para determinar si el procedimiento administrativo sancionador ha caducado corresponde verificar si la resolución sancionadora ha sido no solo emitida sino también notificada al administrado dentro del plazo de nueve meses o de hasta doce meses si se produjo una ampliación de plazo. La resolución que amplía el plazo debe encontrarse motivada y también debe ser notificada dentro de los nueve meses.*

*El plazo de caducidad se computa desde que fue notificado el inicio del procedimiento administrativo sancionador e incluye el plazo de cinco días hábiles previsto en la normativa para la notificación de los actos administrativos.*

*Asimismo, en los procedimientos administrativos sancionadores en los que se haya producido un vicio que acarrea la nulidad, el cómputo del plazo de caducidad se reanuda desde el momento en que el vicio se produjo.”*

- En ese sentido, la Sala Plena del TASTEM considera que es necesario evaluar el lineamiento antes citado en atención a aquellos procedimientos sancionadores en los cuales se ha declarado la nulidad parcial en el extremo referido a la sanción impuesta y devuelto los actuados a la primera instancia para que efectúe una nueva graduación de la sanción.

#### **Desarrollo**

- En el supuesto en que se haya declarado la nulidad absoluta de la resolución recurrida, no queda la menor duda que, en aplicación del criterio adoptado, la autoridad de primera instancia debe emitir la nueva resolución dentro del plazo que queda para que concluya el periodo de nueve meses o de doce, según fuera el caso. El no hacerlo conlleva a la irremediable caducidad del procedimiento y el archivamiento del mismo.

No obstante, en caso se haya declarado la nulidad parcial en el extremo referido a la sanción impuesta, no hay la misma claridad con respecto al plazo que tiene la primera instancia para emitir la nueva resolución de determinación de multa.

- En ese sentido, es preciso determinar lo siguiente:
  - a) Si la resolución de primera instancia que se emite para realizar un nuevo cálculo de la multa al haberse declarado la nulidad parcial por dicho extremo, está sujeta al plazo de caducidad a que se refiere el artículo 259° del T.U.O. de la Ley N° 27444.
  - b) Fijar cuál sería el plazo máximo para que la primera instancia emita un nuevo pronunciamiento por el extremo de la multa cuya nulidad fue declarada por la segunda instancia.
- Al respecto, los vocales de la Sala Plena del TASTEM entienden que al confirmar la responsabilidad administrativa del infractor y declarar la nulidad sólo en el extremo referido a la determinación de la sanción que debe aplicarse, se produce el agotamiento de la vía administrativa respecto de la responsabilidad administrativa, por cuanto ésta ya ha sido materia de pronunciamiento por parte del Tribunal. Por lo tanto, el cuestionamiento a dicho pronunciamiento sólo puede efectuarse a través del proceso contencioso administrativo, de acuerdo con el artículo 148 de la Constitución Política.

Lo anterior resulta particularmente relevante, toda vez que cuando una materia ha adquirido la calidad de acto firme (en caso el procedimiento concluya en primera instancia) o cuando ha agotado la vía administrativa, esta no puede volver a ser examinada en sede administrativa.

En el caso bajo análisis, al haberse agotado la vía administrativa respecto de la responsabilidad administrativa, quedaría pendiente únicamente que la primera instancia se vuelva a pronunciar sobre la determinación de la sanción. Para ello, la primera instancia no podría estar sujeta al plazo de caducidad, por cuanto, de excederse dicho plazo, correspondería archivar el procedimiento administrativo e iniciar uno nuevo, a pesar de que lo resuelto sobre la responsabilidad administrativa del infractor solo puede ser cuestionada vía proceso contencioso administrativo.

En consecuencia, a criterio de este Tribunal, la determinación de la sanción por parte de la primera instancia no puede encontrarse sujeta al plazo de caducidad. El plazo con el que contaría la primera instancia para ello es el plazo de prescripción, es decir, en tanto la autoridad competente se encuentre habilitada para ejercer la potestad sancionadora. Ello, de conformidad con lo establecido por el numeral 31.1 del artículo 31 del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD<sup>1</sup>.

#### **Criterio resolutivo**

*“Para determinar si el procedimiento administrativo sancionador ha caducado corresponde verificar si la resolución sancionadora ha sido no solo emitida sino también notificada al administrado dentro del plazo de nueve meses o de hasta doce meses si se produjo una ampliación de plazo.*

*La resolución que amplía el plazo debe encontrarse motivada y también debe ser notificada dentro de los nueve meses. El plazo de caducidad se computa desde que fue notificado el inicio del procedimiento administrativo sancionador e incluye el plazo de cinco días hábiles previsto en la normativa para la notificación de los actos administrativos.*

*Asimismo, en los procedimientos administrativos sancionadores en los que se haya producido un vicio que acarrea la nulidad, el cómputo del plazo de caducidad se reanuda desde el momento en que el vicio se produjo.*

***No opera la caducidad para procedimientos administrativos sancionadores en los que se haya determinado la nulidad parcial en el extremo referido al cálculo de la multa, debiendo la primera instancia emitir el pronunciamiento respecto de este extremo dentro del plazo de prescripción.”***

---

<sup>1</sup> Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a Cargo de Osinergmin – Resolución N° 040-2017-OS/CD.

“Artículo 31.- Prescripción y Caducidad

31.1 La potestad sancionadora de Osinergmin para determinar la existencia de infracciones administrativas, así como para imponer de manera definitiva la multa o sanción que corresponda, prescribe a los cuatro (4) años. El referido plazo se cuenta hasta la notificación de la resolución al Agente Supervisado. (...)”

**CRITERIO RESOLUTIVO TASTEM 5: NOTIFICACIÓN PREVIA AL INICIO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DEL ACTA DE FISCALIZACIÓN Y/O EL DOCUMENTO QUE HAGA SUS VECES**

**Antecedentes**

- Las Salas del Tastem han venido tramitando recursos de apelación interpuestos contra resoluciones de sanción derivadas de procedimientos de supervisión, en gabinete y/o campo, en los cuales se ha advertido que, previamente al inicio de los procedimientos administrativos sancionadores, no se ha notificado al agente supervisado las actas de supervisión y/o informes de supervisión, según sea el caso, conteniendo los hallazgos o resultados de la actividad de supervisión.

**Desarrollo**

- Sobre el particular, cabe señalar que el inciso 4) del numeral 241.2 del artículo 241° del T.U.O. de la Ley N° 27444<sup>2</sup>, establece que las autoridades competentes, en el ejercicio de la actividad de fiscalización, tienen el deber de entregar al administrado una copia del Acta de Fiscalización, o documento que haga sus veces, al finalizar la diligencia de inspección, consignando de manera clara y precisa las observaciones que formule el administrado.

Asimismo, de acuerdo con el numeral 244.1 del artículo 244° del T.U.O. de la Ley N° 27444, el Acta de Fiscalización, o documento que haga sus veces, es el documento que registra las verificaciones de los hechos constatados objetivamente<sup>3</sup>.

Además, de conformidad con el numeral 5 del artículo 242° del T.U.O. de la Ley N° 27444, son derechos de los administrados fiscalizados, presentar documentos, pruebas o argumentos adicionales con posterioridad a la recepción del acta de fiscalización<sup>4</sup>.

Adicionalmente, según el numeral 245.1 del artículo 245° del T.U.O. de la Ley N° 27444, las actuaciones de fiscalización podrán concluir en: i) la certificación o constancia de

<sup>2</sup> Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

“Artículo 241.- Deberes de las entidades que realizan actividad de fiscalización

(...)”

241.2 Las autoridades competentes tienen, entre otros, los siguientes deberes en el ejercicio de la actividad de fiscalización:

1. Previamente a las acciones y diligencias de fiscalización, realizar la revisión y/o evaluación de la documentación que contenga información relacionada con el caso concreto objeto de fiscalización.
2. Identificarse a requerimiento de los administrados, presentando la credencial otorgada por su entidad, así como su documento nacional de identidad.
3. Citar la base legal que sustente su competencia de fiscalización, sus facultades y obligaciones, al administrado que lo solicite.
4. Entregar copia del Acta de Fiscalización o documento que haga sus veces al administrado al finalizar la diligencia de inspección, consignando de manera clara y precisa las observaciones que formule el administrado.
5. Guardar reserva sobre la información obtenida en la fiscalización.
6. Deber de imparcialidad y prohibición de mantener intereses en conflicto.”

<sup>3</sup> Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

“Artículo 244.- Contenido mínimo del Acta de Fiscalización

244.1. El Acta de Fiscalización o documento que haga sus veces, es el documento que registra las verificaciones de los hechos constatados objetivamente (...)”

<sup>4</sup> Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

“Artículo 242.- Son derechos de los administrados

Son derechos de los administrados fiscalizados:

(...)”

5. Presentar documentos, pruebas o argumentos adicionales con posterioridad a la recepción del acta de fiscalización.”

conformidad de la actividad desarrollada por el administrado; ii) la recomendación de mejoras o correcciones de la actividad desarrollada por el administrado; iii) la advertencia de la existencia de incumplimientos no susceptibles de ameritar la determinación de responsabilidades administrativas; iv) la recomendación del inicio de un procedimiento con el fin de determinar las responsabilidades administrativas que correspondan; v) la adopción de medidas correctivas y vi) otras formas según lo establezcan las leyes especiales.

- Por otro lado, conforme el numeral 1) del artículo 257° del T.U.O. de la Ley N° 27444, constituye condición eximente de responsabilidad por infracciones:

*“(…)*

*f. La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos (…)”*

- Por lo tanto, debe ponerse a conocimiento previo de los administrados los hechos constatados, considerando que el numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar del T.U.O. de la Ley N° 27444<sup>5</sup> dispone que el procedimiento administrativo se sustenta, entre otros, en el Principio de Legalidad, en virtud del cual las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho.

#### **Criterio resolutivo**

*“Corresponde declarar la nulidad, a pedido de parte o de oficio, en aquellos casos en los que se advierta que, previamente al inicio del procedimiento administrativo sancionador, no se haya puesto en conocimiento del agente supervisado el acta de supervisión o el documento que haga sus veces, que contienen los resultados de la supervisión realizada”.*

---

<sup>5</sup> Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

“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:

1.1 Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, a la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que le fueron conferidas.”

## CRITERIO RESOLUTIVO TASTEM 6: RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN CASOS DE FUSIÓN POR ABSORCIÓN

### **Antecedentes:**

- **Procedimiento administrativo sancionador - Expediente N° 201800009371**

Seguido contra la Empresa Minera Los Quenuales S.A., se advirtió que en el momento en que se detectaron las presuntas infracciones, durante la supervisión efectuada del 6 al 10 de octubre de 2017, el titular de la unidad minera era la empresa Contonga Perú S.A.C.

Posteriormente, Contonga Perú S.A.C y Empresa Minera Quenuales S.A. acordaron la fusión por absorción de aquella por parte de esta última, entrando en vigencia dicho acuerdo el 2 de enero de 2018, cuando aún no se había iniciado un procedimiento administrativo sancionador.

La Empresa Minera Los Quenuales alegó que conforme al Principio de Causalidad no correspondía el inicio del procedimiento sancionador ni la sanción a su empresa, toda vez que este se inició el 7 de agosto de 2018, cuando la empresa Contonga Perú S.A.C. se había extinguido al ser absorbida.

Además, que a la fecha de entrada en vigencia la fusión no existía ninguna obligación de Contonga Perú originada de alguna infracción detectada en la supervisión realizada del 6 al 10 de octubre de 2018 que configurase un pasivo a transferir a Empresa Minera Los Quenuales, toda vez el procedimiento sancionador recién se inició el 7 de agosto de 2018.

- Considerando lo antes expuesto, podríamos plantear los siguientes escenarios:
  - i) La extinción de la sociedad en virtud de una absorción ocurre luego de que se le efectuó una visita de supervisión y antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador.
  - ii) La extinción de la sociedad absorbida ocurre luego de que se le inició un procedimiento administrativo sancionador.

En ese sentido, a efectos de determinar la responsabilidad administrativa en los casos de reorganización societaria (fusión por absorción) y resguardar el bien jurídico protegido como lo es la seguridad de la infraestructura de los agentes supervisados por Osinergmin, consideramos conveniente presentar el criterio resolutivo que se desarrollará en los siguientes párrafos.

### **Desarrollo:**

- Al respecto, el literal c) del artículo 17° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin aprobado por la Resolución N° 040-2017-OS/CD, dispone que corresponde archivar la instrucción cuando el agente supervisado hubiese fallecido o cuando se haya extinguido, no resultando aplicable dicha disposición en caso de reorganización societaria, según la normativa de la materia.

Sobre el particular, el artículo 344° de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, establece lo siguiente:

*“Artículo 344.- Concepto y formas de fusión*

*Por la fusión dos o más sociedades se reúnen para formar una sola cumpliendo los requisitos prescritos por esta ley. Puede adoptar alguna de las siguientes formas:  
(...)*

*2. La absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas.*

*En ambos casos los socios o accionistas de las sociedades que se extinguen por la fusión reciben acciones o participaciones como accionistas o socios de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, en su caso”. (Subrayado agregado)*

Asimismo, resulta de utilidad citar al autor Alonso Morales Acosta, quien al referirse a la fusión por absorción ha señalado lo siguiente<sup>6</sup>:

*“La transmisión del bloque patrimonial a título universal significa la transmisión del activo y pasivo de todas las sociedades incorporadas o absorbidas:*

*(...) creándose una confusión de patrimonios que pudiendo tener expresión en el inventario contable de la fusionada, figuran o son susceptibles de figurar en el balance de fusión de la misma como activos o pasivos; así como otros derechos y deberes incapaces de reflejo contable (...)’.*

*En conclusión, lo que ocurre por la fusión es que la fusionante (incorporante o absorbente) hace suya la situación jurídica de la fusionada”. (Subrayado agregado)*

Adicionalmente, con relación a la transmisión a título universal del patrimonio en las fusiones, el autor Juan Manuel Gómez Porrúa sostiene lo siguiente<sup>7</sup>:

*“La exigencia de la transmisión a título universal en la fusión encuentra su fundamento en una razón que apela a la seguridad jurídica, por cuanto que tal transmisión es la que, en mayor medida, satisface la seguridad del tráfico. (...) Pues, en tal caso, la sociedad resultante, al adquirir el patrimonio íntegro de la sociedad fusionada como un todo, sucedería a esta en todas sus relaciones tanto dominiales como obligacionales, con independencia de que tales relaciones hubiesen sido o no tenidas en cuenta a la hora de realizar la transmisión.” (Subrayado agregado)*

- De acuerdo a lo expuesto, la Sala 2 del TASTEM consideró que el patrimonio de Contonga Perú S.A.C asumido por Empresa Minera Los Quenuales S.A. a título universal sí incluyó los derechos y obligaciones que se generaron con posterioridad a la fusión como consecuencia de las acciones realizadas por Contonga Perú S.A.C. cuando era titular de la Unidad Minera Contonga S.A.C. Así, por ejemplo, los hechos verificados por la autoridad administrativa que constituyan infracciones a la normativa vigente, esto es, el incumplimiento de obligaciones a las que se encontraba sujeta la absorbida, constatadas por la autoridad y que pudieran generar la imposición de cargas tales como la aplicación de las sanciones previstas por ley.
- De otro lado, de acuerdo al Principio de Causalidad, previsto en el numeral 8 del artículo 248° del T.U.O. de la Ley N° 27444, según el cual *“la responsabilidad debe recaer en quien realiza*

<sup>6</sup> Morales Acosta, Alonso, “Concentración empresarial: fusión, escisión y otras formas de reorganización de sociedades”, en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, N° 48, p. 95.

<sup>7</sup> Gómez Porrúa, Juan Manuel, *La fusión de sociedades anónimas en el derecho español y comunitario*, La Ley, Madrid, 1991, p. 49.

la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable”, cabe indicar que si bien es posición doctrinaria referida a que “(...) la asunción de la responsabilidad debe corresponder a quien incurrió en la conducta prohibida por la ley, y por tanto no podrá ser sancionado por hechos cometidos por otros”<sup>8</sup>, en casos relacionados con la responsabilidad administrativa en fusiones por absorción, dicha posición no tiene carácter absoluto en salvaguarda del interés público.

Sobre el particular, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de la Unión Europea del 5 de marzo de 2015, en el asunto C-343/13 señala lo siguiente:

*“Si no se transmite a la sociedad absorbente la responsabilidad por infracciones de la sociedad absorbida consistente en el pago de una multa por dichas infracciones, se vería desprotegido el interés del Estado miembro cuyas autoridades competentes impusieron tal multa (...) si se excluyera la transmisión de dicha responsabilidad, una fusión constituiría un medio para que una sociedad escapara de las consecuencias de las infracciones que hubiera cometido, en perjuicio del Estado miembro de que se trata o de otros eventuales interesados. (...) Además, nada impide a la sociedad absorbente ordenar la realización de una auditoría pormenorizada de la situación económica y jurídica de la sociedad que pretende absorber para obtener, junto con los documentos e información disponibles en virtud de las disposiciones legislativas, una visión más completa de las obligaciones de la citada sociedad”.*

Además, cabe indicar que en las sentencias recaídas en los expedientes N° 0005-2005-CC/TC y 0008-2015-CC/TC el Tribunal Constitucional ha reconocido al “Criterio de previsión de consecuencias”, del modo siguiente:

*“La función pacificadora de la jurisdicción constitucional obliga a esta a comprender que nunca la pretendida corrección técnico-jurídica de una sentencia es capaz de legitimarla constitucionalmente, si de ella deriva la inseguridad, la incertidumbre y el caos social. De allí que sea deber, y no mera facultad del Tribunal Constitucional, ponderar las consecuencias de sus resoluciones, de modo tal que, sin perjuicio de aplicar la técnica y la metodología interpretativa que resulte conveniente a la litis planteada, logre verdaderamente pacificar la relación entre las partes, y contribuir a la certidumbre jurídico-constitucional e institucional de la sociedad toda.”<sup>9</sup>*

*“Si bien el Tribunal debe declarar la inconstitucionalidad de las normas en función a su incompatibilidad con la Constitución, y no en función a sus efectos, también reconoce que uno de los principios de interpretación constitucional es el de previsión de consecuencias, según el cual no debe ignorar el efecto de sus fallos, debiendo adoptar las medidas que resulten indispensables para mitigar los efectos negativos de sus decisiones.”<sup>10</sup> (Subrayado agregado)*

Dicho criterio sustenta la importancia de evaluar las consecuencias jurídicas de las decisiones que emitan los operadores jurídicos, con la finalidad de evitar la inseguridad e incertidumbre jurídica, así como la trasgresión de los bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos, que

---

<sup>8</sup> Morón Urbina, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444*, Gaceta Jurídica, Tomo II, octubre 2017, p. 436.

<sup>9</sup> Sentencia recaída en el expediente N° 0005-2005-CC/TC. Foja 59.

<sup>10</sup> Sentencia recaída en el expediente N° 0008-2015-CC/TC. Foja 18.

en el ámbito administrativo garantice la protección del interés general con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general<sup>11</sup>.

- En atención a lo expuesto, la no atribución de responsabilidad a los titulares por los incumplimientos incurridos por la empresa absorbida generaría el archivo del procedimiento (al no existir un agente responsable), en detrimento del bien jurídico que en este caso protege el Estado peruano (seguridad de la infraestructura y gestión de las operaciones) a través de la actividad fiscalizadora y sancionadora que Osinergmin realiza<sup>12</sup>.

Además, considerar como válido el argumento respecto al cual la empresa absorbente no sería responsable por los hallazgos que se detectaron a la empresa absorbida, implicaría generar un incentivo para que los agentes supervisados recurran a dicha figura para eludir su responsabilidad administrativa.

- Por otro lado, cabe precisar que las empresas absorbentes, ***deben encontrarse en condiciones de actuar con la debida diligencia y realizar acciones conducentes a contar con información completa sobre la situación de las absorbidas, considerando que estas últimas están sujetas a supervisiones regulares por parte de OSINERGMIN, las cuales deberían estar en sus archivos documentarios.***

En consecuencia, con el fin de salvaguardar este interés primordial del Estado, no procedería disponer el archivo del procedimiento administrativo sancionador iniciado a la empresa absorbente de aquella empresa que fue materia de la supervisión en la que se detectó el incumplimiento de la normativa vigente de los sectores de competencia de Osinergmin. En ese sentido, corresponderá atribuir responsabilidad administrativa a la empresa absorbente, a quien no se le estaría sancionando por la conducta de una empresa ajena a ella, sino la de una cuya situación jurídica asumió en virtud de la fusión por absorción, la cual incluía el cumplimiento permanente de las obligaciones previstas en la normativa vigente; por lo tanto, no constituiría una vulneración al Principio de Causalidad regulado en el numeral 8 del artículo 248° del T.U.O. de la Ley N° 27444.

### **Criterio resolutivo**

*“En los procedimientos sancionadores de competencia de Osinergmin será responsable administrativamente el titular que absorbió a la empresa que cometió infracción (es) administrativa(s) verificada(s) en una supervisión; en tanto existe continuidad económica de la infractora a través del patrimonio que es asumido por la empresa absorbente.”*

---

<sup>11</sup> El artículo III del Título Preliminar de la Ley N° 27444 y modificatorias describe la finalidad de la Ley N° 27444 y modificatorias.

<sup>12</sup> De conformidad con la Ley N° 29901.

## CRITERIO RESOLUTIVO TASTEM 7: PERIODO A CONSIDERAR PARA EL CÁLCULO DEL BENEFICIO ILÍCITO EN LAS SANCIONES IMPUESTAS

### Antecedentes:

- Con relación a la estimación del beneficio ilícito para determinar la sanción y la observancia de los plazos contemplados en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, el TUO de la LPAG) y en el Reglamento de Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD (en adelante, el Reglamento de Sanción de Osinergmin) se han venido presentando recursos de apelación que contienen cuestionamientos al cálculo de la multa efectuado por la primera instancia relacionados con los plazos tomados en cuenta a efectos de establecer el beneficio ilícito en favor del administrado.

Así, en varios procedimientos administrativos sancionadores, vinculados con el sub sector hidrocarburos, los administrados han expresado su disconformidad debido a que la primera instancia determinó el cálculo de la multa considerando periodos excesivos que resultan arbitrarios y vulneran el Principio de Razonabilidad, a efectos de establecer el beneficio ilícito.

### Desarrollo

- Atendiendo a los serios cuestionamientos planteados en los recursos de apelación y considerando únicamente el plazo máximo de duración de los procedimientos sancionadores previsto expresamente en el artículo 259 del TUO de la LPAG, así como en el numeral 28.2 del artículo 28 del Reglamento de Sanción de Osinergmin, se estimaron los alegatos formulados por los administrados, determinándose que para el cálculo del beneficio ilícito se debió considerar el plazo máximo para resolver el procedimiento sancionador, esto es, el plazo de nueve (9) meses, tal como se prevé en las normas citadas<sup>13</sup>.
- Sin embargo, al efectuar una evaluación más exhaustiva considerando la metodología de cálculo de multa desarrollada en los Documentos de Trabajo Nos. 10, 18 y 20 elaborados por la Gerencia de Políticas y Análisis Económico de Osinergmin<sup>14</sup>, se advierte que el beneficio ilícito no se compone únicamente del costo que la administrada dejó de invertir para cumplir oportunamente con la obligación infringida detectada con ocasión de la supervisión, sino también de aquel aprovechamiento económico que continuó manteniéndose en el tiempo, por no haberse corregido la conducta. En efecto, el beneficio ilícito no sólo comprende los

<sup>13</sup> Ver Resoluciones Nos. 438 y 439-2018-OS/TASTEM-S2 en las que el Tribunal observó que la primera instancia había considerado un plazo de veintiocho (28) meses a efectos de establecer el beneficio ilícito, transcurridos desde la fecha de la comisión de la infracción hasta la fecha del cálculo de la multa. Asimismo, ver Resolución N° 475-2018-OS/TASTEM-S2 en el que la primera instancia consideró un plazo de veintidós (22) meses transcurridos desde la fecha de comisión de la infracción hasta la fecha del cálculo de la multa. Finalmente, ver Resolución N° 027-2019-OS/TASTEM-S2 en el que la primera instancia consideró un plazo de cuarenta (40) meses transcurridos desde la fecha de la comisión de la infracción hasta la fecha de cálculo de la multa.

<sup>14</sup> Ver Documentos de Trabajo Nos. 10, 18 y 20 disponibles en el portal web de Osinergmin en los siguientes enlaces:

[https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro\\_documental/Institucional/Estudios\\_Economicos/Documentos\\_de\\_Trabajo/Documento\\_de\\_Trabajo\\_10.pdf](https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Documentos_de_Trabajo/Documento_de_Trabajo_10.pdf)

[https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro\\_documental/Institucional/Estudios\\_Economicos/Documentos\\_de\\_Trabajo/Documento\\_de\\_Trabajo\\_18.pdf](https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Documentos_de_Trabajo/Documento_de_Trabajo_18.pdf)

[https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro\\_documental/Institucional/Estudios\\_Economicos/Documentos\\_de\\_Trabajo/Documento\\_de\\_Trabajo\\_20.pdf](https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/Institucional/Estudios_Economicos/Documentos_de_Trabajo/Documento_de_Trabajo_20.pdf)

costos evitados o postergados sino también el beneficio generado como consecuencia del aprovechamiento ilícito en favor del infractor durante el tiempo que se mantenga dicho ilícito.

De ahí que resulte razonable, en el caso de infracciones que no fueron subsanadas por el infractor, que el factor “B” sea determinado sobre la base de los costos evitados generados desde la comisión de la infracción hasta la fecha de cálculo de la multa. Ello, toda vez que, al no realizarse inversión alguna para el cumplimiento de la obligación, el aprovechamiento económico se extiende, cuando menos, hasta la fecha de cálculo de la multa.

- Ahora bien, a efectos del cálculo de la multa debe observarse el plazo que tiene la autoridad para tramitar el procedimiento administrativo sancionador el cual está contemplado en el artículo 259 del TUO de la LPAG, así como en el numeral 28.2 del artículo 28 del Reglamento de Sanción de Osinergmin. De acuerdo con dichas normas, la resolución que sanciona o archiva el procedimiento debe ser emitida en el plazo máximo nueve (9) meses, contados desde el inicio del procedimiento administrativo sancionador pudiendo, de manera excepcional, ser ampliado como máximo por tres (3) meses mediante resolución debidamente sustentada<sup>15</sup>.

Asimismo, debe tenerse presente, según el numeral 5 del artículo 255 del TUO de la LPAG, que la autoridad instructora formula el Informe Final de Instrucción, en el cual, entre otros aspectos, determina la sanción propuesta de manera motivada<sup>16</sup>.

- En ese orden de ideas, si bien se viene señalando que en el caso de las infracciones que no fueron subsanadas por el infractor, el beneficio ilícito debe considerarse hasta la fecha del cálculo de la multa, debe tenerse en cuenta que este periodo no puede exceder el plazo contemplado para la caducidad del procedimiento. En efecto, el Informe Final de Instrucción

<sup>15</sup> Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

“Artículo 259.- Caducidad del procedimiento sancionador

1. El plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses contado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos. Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento. La caducidad no aplica al procedimiento recursivo.

Cuando conforme a ley las entidades cuenten con un plazo mayor para resolver la caducidad operará al vencimiento de éste. (...)”

Reglamento De Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin – Resolución N° 040-2017-OS/CD

“Artículo 28.- Plazos

(...)

28.2 El órgano sancionador tiene un plazo de nueve (9) meses contados a partir del inicio del procedimiento administrativo sancionador para emitir la resolución que sanciona o archiva el procedimiento. De manera excepcional, dicho plazo puede ser ampliado como máximo por tres (3) meses, mediante resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación de plazo, debiendo notificarse al Agente Supervisado. (...)”

<sup>16</sup> Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

“Artículo 255. Procedimiento sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a las siguientes disposiciones:

(...)

5. Concluida, de ser el caso, la recolección de pruebas, la autoridad instructora del procedimiento concluye determinando la existencia de una infracción y, por ende, la imposición de una sanción; o la no existencia de infracción. La autoridad instructora formula un informe final de instrucción en el que se determina, de manera motivada, las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de sanción; y, la sanción propuesta o la declaración de no existencia de infracción, según corresponda.

Recibido el informe final, el órgano competente para decidir la aplicación de la sanción puede disponer la realización de actuaciones complementarias, siempre que las considere indispensables para resolver el procedimiento.

El informe final de instrucción debe ser notificado al administrado para que formule sus descargos en un plazo no menor de cinco (5) días hábiles.

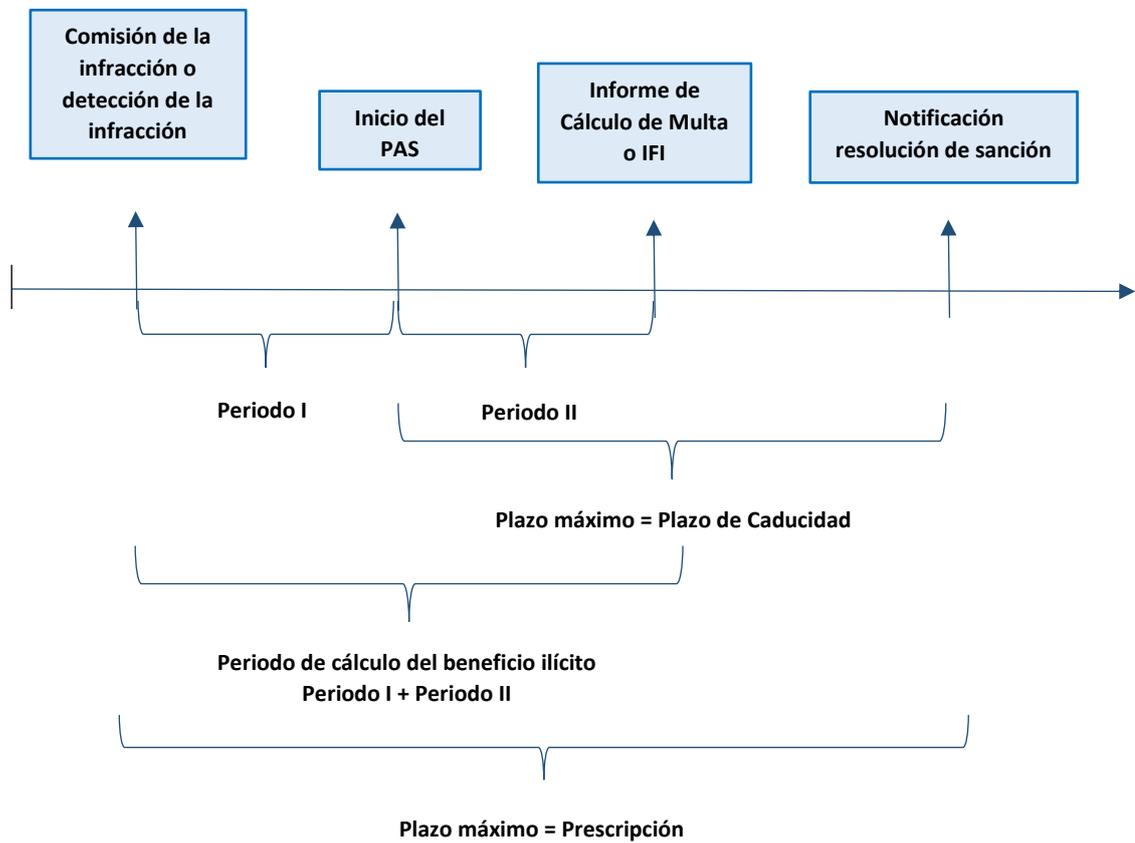
(...)”

en el que se propone el cálculo de la multa, al constituir un documento que forma parte del procedimiento sancionador, no debe ser emitido excediendo el plazo máximo para la tramitación del procedimiento.

Por lo tanto, de la evaluación efectuada se desprende que para la determinación del beneficio ilícito deben considerarse los siguientes periodos:

- i) Primer periodo: El tiempo transcurrido desde la comisión o detección de la conducta infractora hasta el inicio del procedimiento administrativo sancionador, y;
- ii) Segundo periodo: El tiempo transcurrido desde el inicio del procedimiento administrativo sancionador hasta la fecha del cálculo de la multa, que, en ningún caso, podrá exceder el plazo legal de nueve (9) meses con el que cuenta la administración para determinar la sanción, el cual podrá ser ampliado excepcionalmente por tres (3) meses.

Veamos los periodos antes citados en el gráfico siguiente:



- Debe tenerse presente que en el cómputo del primer periodo se considera que, desde la comisión o detección de la infracción hasta el inicio del procedimiento sancionador, los administrados obtienen un beneficio ilícito por la falta de inversión al no haber adecuado sus operaciones conforme con la normativa del sector aplicable. Dicha situación evidencia una ganancia ilícita obtenida a favor del administrado infractor, quien durante dicho periodo realiza sus operaciones infringiendo la norma.

Resulta oportuno mencionar, de acuerdo con el concepto de sanción óptima propuesto por Polinsky y Shavell (1994) sobre el que se basa el documento de trabajo “Sistemas de Supervisión y Esquemas de Sanciones en el sector hidrocarburos”<sup>17</sup> elaborado por la Gerencia de Políticas y Análisis Económico de Osinergmin, si la agencia reguladora comete errores en la estimación de los valores monetarios del daño y los beneficios ilícitos, podría ser económicamente rentable cometer infracciones si los beneficios esperados exceden los costos probables (incluyendo el daño).

Por lo tanto, resulta válido que, para la determinación de la sanción, el periodo en mención sea incluido como parte del costo evitado; teniendo en cuenta, además, que los agentes del sub sector hidrocarburos cuentan con capacidad técnica y económica, por lo que tienen conocimiento de las normas a las que se encuentran sujetos y, de ser el caso, pueden subsanar los ilícitos en que incurran y adecuar sus operaciones para cumplir con el marco legal que les es aplicable<sup>18</sup>.

- En virtud de lo expuesto, se concluye que el cálculo del beneficio ilícito deberá contemplar los dos (2) periodos antes señalados, lo cual es conforme con la Metodología General de Cálculo de las Sanciones aprobada en la Resolución de Gerencia General N° 352 y desarrollada en los Documentos de Trabajo Nos. 10, 18 y 20 elaborados por la Gerencia de Políticas y Análisis Económico de Osinergmin.

#### **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.”*

---

<sup>17</sup> Ver Documento de Trabajo N° 10, página 47.

<sup>18</sup> Dicho criterio interpretativo ha sido recogido en las Resoluciones Nos. 289, 316 y 325-2019-OS/TASTEM-S2, de fecha 14 de octubre, 11 y 18 de noviembre de 2019, respectivamente.