



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

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM

Lima, 28 de diciembre de 2018

CONSIDERANDO:

Que, de acuerdo con el artículo 57 del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2016-PCM, el Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería - Tastem, es el órgano resolutorio de Osinergmin encargado de resolver, en segunda y última instancia administrativa, los recursos administrativos de apelación interpuestos contra las resoluciones que imponen sanciones en temas de energía y minería;

Que, asimismo, el artículo 50 del mencionado ROF de Osinergmin establece que la organización y el funcionamiento de los órganos resolutorios se detallan en sus respectivos reglamentos;

Que, a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 044-2018-OS/CD, se aprobó el vigente Reglamento de los Órganos Resolutorios de Osinergmin, cuyo Capítulo IV contempla las disposiciones que regulan el funcionamiento del Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería - Tastem;

Que, de acuerdo con el numeral 16.4 del artículo 16 del vigente Reglamento de los Órganos Resolutorios de Osinergmin, Tastem está facultado para aprobar lineamientos y precedentes de observancia obligatoria;

Que, desde la creación de Tastem, este órgano resolutorio ha aprobado diversos lineamientos y criterios resolutorios (Resoluciones N° 001-2013-OS-STOR-TASTEM del 20 de setiembre de 2013 y N° 001-2016-OS-STOR-TASTEM del 21 de setiembre de 2016 y Acuerdos de Sala Plena de fechas 3 de octubre de 2017, 19 de diciembre de 2017, 18 de mayo de 2018, 15 de junio de 2018, 10 de julio de 2018 y 27 de noviembre de 2018) en el ámbito de su competencia;

Que, luego de haber transcurrido cinco años desde la publicación de los primeros lineamientos resolutorios, y atendiendo a los cambios normativos introducidos a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, a través del Decreto Legislativo N° 1272, publicado el 21 de diciembre de 2016, el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, publicado el 20 de marzo de 2017 y el Decreto Legislativo N° 1452, publicado el 16 de setiembre de 2018, los vocales reunidos en Salas Plenas de la Sala 1, de la Sala 2 y del Tastem, efectuaron una revisión de los lineamientos y criterios aprobados, en el ámbito de sus respectivas competencias; a fin de publicar un compendio de los lineamientos resolutorios vigentes y actualizados, que pueda ser consultado por los administrados. Ello, en aplicación de los principios de uniformidad y predictibilidad previstos en los numerales 1.14 y 1.15 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444;

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM

Que, en la sesión de Sala Plena del 11 de diciembre de 2018, el Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería – Tastem, revisó los lineamientos resolutivos de aplicación transversal a las dos Salas que lo conforman acordando la actualización de los siguientes criterios resolutivos: i) Suficiencia probatoria en las infracciones relativas a magnitudes físicas, aprobado por Resolución de Sala Plena N° 001-2016-OS-STOR-TASTEM, ii) Alcances del reconocimiento de infracciones en procedimientos sancionadores iniciados sin indicar el monto de la multa a ser impuesta, aprobado por Acuerdo de Sala Plena del 3 de octubre de 2017, iii) Prohibición de la reforma peyorativa en el procedimiento sancionador, aprobado por Acuerdo de Sala Plena del 19 de diciembre de 2017; y, iv) Cómputo del plazo de caducidad, aprobado por Acuerdo de Sala Plena del 10 de julio de 2018;

Que, en la sesión de Sala Plena de la Sala 2, del 28 de diciembre de 2018, se efectuó la revisión de los lineamientos resolutivos referidos a las actividades de minería e hidrocarburos líquidos, acordando dejar sin efecto los siguientes lineamientos resolutivos aprobados por Resolución de Sala Plena del Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería N° 001-2013-OS-STOR-TASTEM: i) Tramitación de expedientes en los que existe responsabilidad solidaria; ii) Los estudios técnicos previos a la construcción de una presa de relaves vinculados a la etapa de exploración y desarrollo; iii) Obligación de las unidades de transporte de contar con certificado de conformidad; iv) Verificación de la veracidad de información contenida en declaraciones juradas; v) Aplicación de los criterios específicos de sanción aprobados por la Gerencia General para la determinación de sanciones (criterios específicos de Hidrocarburos); así como el lineamiento resolutivo aprobado por Resolución de Sala Plena del Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería N° 001-2016-OS-STOR-TASTEM: Imposición de medidas de seguridad de suspensión de registro;

Que, asimismo, en la sesión de Sala Plena del Tastem, se acordó dejar sin efecto los siguientes lineamientos resolutivos aprobados por Resolución de Sala Plena del Tastem N° 001-2013-OS-STOR-TASTEM: i) El cálculo de los costos evitados y postergados que deben tomarse en cuenta para la determinación de la multa; ii) La aplicación del factor de intencionalidad; iii) La suscripción de actas de supervisión o fiscalización; iv) La colaboración como criterio atenuante en la determinación de sanciones; así como el lineamiento resolutivo aprobado por Resolución de Sala Plena del Tastem N° 001-2016-OS-STOR-TASTEM: Aplicación del artículo 9 del Procedimiento de Queja de Osinergmin;

De conformidad con el numeral 16.4 del artículo 16° del Reglamento de los Órganos Resolutivos de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 044-2018-OS/CD, y con el voto favorable de los señores vocales Luis Alberto Vicente Ganoza de Zavala, Salvador Rómulo Salcedo Barrientos, Ricardo Mario Alberto Maguiña Pardo, Héctor Adrián Chávarry Rojas, José Luis Harnes Bouroncle, Víctor Jesús Revilla Calvo y Luis Eduardo Ramírez Patrón;

SE RESUELVE:

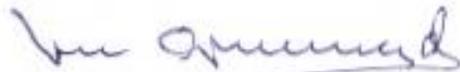
Artículo 1.- Aprobar el Compendio de Lineamientos Resolutivos del Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería – Tastem.

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-05/STOR-TASTEM

Artículo 2.- Disponer la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano.

Artículo 3.- Encargar a la Secretaría Técnica de los Órganos Resolutivos la publicación en el portal institucional de Osinergmin, del Compendio de Lineamientos Resolutivos del Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería – Tastem, que recoja los siguientes criterios aprobados mediante el Acuerdo de Sala Plena de la Sala 1 del Tastem de fecha 18 de mayo de 2018, los Acuerdos de Sala Plena de la Sala 2 del Tastem de fechas 15 de junio de 2018 y 27 de noviembre de 2018 y el Acuerdo de Sala Plena del Tastem de fecha 11 de diciembre de 2018:

- i. Obligatoriedad de disposiciones sobre controles metrológicos de medidores de gas.
- ii. Reconocimiento de la conducta infractora en el caso de responsabilidad solidaria entre el titular minero y el contratista minero.
- iii. Recrecimiento de depósitos de relaves sin autorización.
- iv. Suficiencia probatoria en las infracciones relativas a magnitudes físicas.
- v. Alcances del reconocimiento de infracciones en procedimientos sancionadores iniciados sin indicar el monto de la multa a ser impuesta.
- vi. Prohibición de la reforma peyorativa en el procedimiento administrativo sancionador.
- vii. Cómputo del plazo de caducidad.



LUIS ALBERTO VICENTE GANOZA DE ZAVALA
Presidente
Sala Plena del Tastem

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM

- I. Obligatoriedad de disposiciones sobre controles metrológicos de medidores de gas.
- II. Reconocimiento de la conducta infractora en el caso de responsabilidad solidaria entre el titular minero y el contratista minero
- III. Recrecimiento de depósitos de relaves sin autorización.
- IV. Suficiencia probatoria en las infracciones relativas a magnitudes físicas.
- V. Alcances del reconocimiento de infracciones en procedimientos sancionadores iniciados sin indicar el monto de la multa a ser impuesta.
- VI. Prohibición de la reforma peyorativa en el procedimiento administrativo sancionador.
- VII. Cómputo del plazo de caducidad.

**COMPENDIO DE LINEAMIENTOS RESOLUTIVOS DEL TRIBUNAL DE APELACIONES DE
SANCIONES EN TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA - TASTEM**

**CRITERIOS RESOLUTIVOS ESPECÍFICOS DE LAS SALAS 1 Y 2 DEL TRIBUNAL DE APELACIONES DE
SANCIONES EN TEMAS DE ENERGÍA Y MINERÍA – TASTEM**

**CRITERIO RESOLUTIVO N° S1-1: OBLIGATORIEDAD DE DISPOSICIONES SOBRE CONTROLES
METROLÓGICOS DE MEDIDORES DE GAS**

Al respecto, se evaluaron los siguientes aspectos:

- El órgano sancionador de Osinergmin ha determinado responsabilidad administrativa en las empresas concesionarias de gas natural que instalaron medidores de gas que no cuentan con la aprobación de modelo ni con la verificación inicial, situación detectada durante las supervisiones muestrales correspondientes al periodo de abril de 2014 a setiembre de 2016. Ello ha originado que sean sancionadas por infringir el literal a) del artículo 71° del Texto Único Ordenado del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, que exige el cumplimiento de la normativa sobre control metrológico.
- Por su parte, los administrados sostienen que resultaría material y legalmente imposible exigir que los medidores de gas instalados cuenten con el control metrológico, entre otros argumentos, porque:
 - (i) La conducta imputada como infracción (no cumplir con la normativa de control metrológico de los medidores de gas), es una actividad que corresponde a los proveedores titulares de los diversos tipos y modelos de medidores y no a las concesionarias de distribución.
 - (ii) Las obligaciones de control metrológico (aprobación de modelo y verificación inicial) son exigibles recién a partir del 2015, toda vez que, recién en dicho año se efectuó la primera aprobación de modelo u homologación de aprobación de modelo, y a que también en dicho año se reconoció al primer organismo acreditado para efectuar la verificación inicial de medidores de gas.
 - (iii) La compra de medidores fue efectuada en el año 2013 y 2014, antes de que resultaran exigibles las obligaciones referidas al control metrológico, sin perjuicio que los equipos de medición adquiridos contaban con homologación internacional.
- Sobre esta materia y a modo de ilustración se verifican las siguientes disposiciones normativas:
 - **Resolución del Servicio Nacional de Metrología N° 001-2012/SNM-INDECOPI** (publicada en el diario oficial El Peruano, el 18 de marzo de 2012)

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM

Según se indica en sus considerandos, las normas metrológicas aprobadas a dicha fecha requerían que su implementación se realice a través de la aprobación de modelo¹ y la verificación inicial², respetando la oportunidad propia de estos controles. Asimismo, se señala que, para garantizar el adecuado control metrológico de los medios de medición de agua potable y energía eléctrica que se instalen en el país, es necesario establecer disposiciones sobre su periodicidad y los términos en que pueden aceptarse en el país los certificados de aprobación de modelo realizados en el extranjero.

Así, en el artículo 1 se estableció que la aprobación de modelo, la verificación inicial y la verificación periódica de los medidores de energía eléctrica y de agua potable son obligatorias y deben realizarse conforme a las normas metrológicas peruanas vigentes.

Sobre la aprobación del modelo, en los artículos 2 y 3, se dispone que la aprobación del modelo realizada en el Perú está a cargo del Servicio Nacional de Metrología de acuerdo a sus capacidades de medición, teniendo los certificados de aprobación de modelo una vigencia de diez (10) años. Por su parte, los certificados de aprobación de modelo procedentes del extranjero corresponden ser homologados por el Servicio Nacional de Metrología, para lo cual debe presentarse ante dicha autoridad una solicitud adjuntando los certificados y los informes que muestren los resultados de las pruebas a las que han sido sometidos por los organismos autorizados en el país de origen.

Respecto de la verificación inicial, los artículos 5 y 6, establecen que puede ser realizada en el país de origen a través de organismos autorizados previamente reconocidos por el Servicio Nacional de Metrología, cuya relación se publica y actualiza en el portal electrónico del Indecopi; o puede ser realizada en el Perú por organismos acreditados ante el Servicio Nacional de Acreditación.

El artículo 7 dispuso un plazo de seis (6) meses para que resultara exigible la homologación de los certificados de aprobación de modelo emitidos en el extranjero y el reconocimiento de organismos autorizados en el extranjero y los organismos acreditados en el Perú. Dicho plazo fue prorrogado por Resolución N° 004-2012/SNM-INDECOPI hasta el 28 de diciembre de 2012.

Esta norma, tal como expresamente lo establecía, resultaba aplicable a los medidores de agua potable y energía eléctrica.

- **Literal a) del artículo 71° del Texto Único Ordenado del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos** (modificado por Decreto Supremo N° 009-2012-EM, publicado en el diario oficial El Peruano el 5 de mayo de 2012)³

¹ Sobre la aprobación de modelo se indica que es la investigación metrológica de uno o más prototipos de medios de medición y como tal debe ser anterior a su comercialización.

² Sobre la verificación se indica que es la ejecución de un número determinado de operaciones, establecidas en la norma metrológica correspondiente, sobre un medio de medición con la finalidad de determinar su correcto funcionamiento para el uso destinado. Así, la verificación inicial de un medio de medición debe realizarse antes de su instalación.

³ El Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos fue aprobado por Decreto Supremo N° 042-99-EM, y su Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo N° 040-2008-EM.

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM

Tal como se indica en los considerandos del Decreto Supremo N° 009-2012-EM, al ser el Servicio Nacional de Metrología del INDECOPI en esa época el ente rector de la metrología nacional en el campo científico, industrial y legal conforme a las normas de la materia, y teniendo a su cargo establecer las normas sobre metrología legal, resultaba necesario que los medidores de gas natural, a ser instalados en las acometidas, cuenten con la aprobación del Servicio Nacional de Metrología del Indecopi. Por tanto, dicha obligación fue incorporada en el literal a) del artículo 71 del TUO del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos⁴.

Es importante señalar que, tal como lo establece el artículo 1 del referido Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos⁵, sus disposiciones norman lo referente a la actividad del servicio público de distribución de gas natural por red de ductos.

Asimismo, la Segunda Disposición Transitoria del Decreto Supremo N° 009-2012-EM, que introdujo la modificación al literal a) del artículo 71 del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, estableció que, en tanto no se cuente con modelos de medidores de gas aprobados por el Servicio Nacional de Metrología del Indecopi, el concesionario definiría las características técnicas que debe tener el medidor, el cual debía registrar los consumos conforme con la precisión establecida por las normas de la Organización Internacional de Metrología Legal (OIML) y tener homologación internacional.

A la fecha de emisión de esta disposición, únicamente se encontraba vigente la norma aprobada por el Servicio Nacional de Metrología para los medidores de agua potable y energía eléctrica.

- **Resolución del Servicio Nacional de Metrología N° 007-2012/SNM-INDECOPI** (publicada en el diario oficial El Peruano el 30 de diciembre de 2012)

Esta resolución aprobó, con carácter obligatorio, la Norma Metrológica Peruana 016:2012 *“Medidores de Gas. Parte 1: Requisitos metrológicos y técnicos. Parte 2: Controles metrológicos y ensayos de funcionamiento”* (en adelante **NMP 016:2002**).

En sus artículos 2 y 3⁶, estableció el plazo de un (1) año para efectos de la implementación y cumplimiento de la NMP 016:2002, dentro del cual sería de aplicación la recomendación

⁴ **“Artículo 71.-** La Acometida e Instalaciones Internas se rigen por los siguientes principios:
a) La Acometida

(...)

Los medidores de gas natural a ser utilizados en las acometidas, deberán cumplir con las disposiciones emitidas por el Servicio Nacional de Metrología del INDECOPI. (...)”

⁵ **“Artículo 1°.-** Las disposiciones del presente Reglamento norman lo referente a la actividad del servicio público de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, incluyendo los procedimientos para otorgar Concesiones, para fijar las Tarifas, normas de seguridad, normas sobre protección del Ambiente, disposiciones sobre la autoridad competente de regulación, así como normas vinculadas a la fiscalización”.

⁶ **“Artículo 2°.-** El plazo para la implementación y el cumplimiento de la norma metrológica peruana NMP 016:2012 es de un año contado a partir de la publicación de la presente resolución. Las empresas concesionarias o prestadoras de servicios de gas son responsables de la correcta aplicación de esta medida. En tanto no entre en vigencia esta norma, podrá admitirse transitoriamente las evaluaciones de modelo realizadas sobre la base de la Recomendación Internacional OIML R31.

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM

internacional OIML; sin embargo, transcurrido dicho plazo, los nuevos medidores de gas a instalarse debían cumplir con las exigencias de control metrológico. Asimismo, responsabilizó a las empresas concesionarias o prestadoras de servicios de gas de la correcta aplicación de la NMP 016:2002.

En su artículo 5⁷, estableció que la aprobación de modelo y la verificación inicial para los medidores de gas, necesarias para la aplicación de la NMP 016:2012, se rigen por lo dispuesto en la Resolución N° 001-2012/SNM-INDECOPI⁸, incluyendo las reglas relativas a la homologación de certificados emitidos en el extranjero y de reconocimiento de verificación inicial en el país de origen, las cuales serían exigibles en el plazo de un (1) año. Este plazo venció el 30 de diciembre de 2013.

- **Resolución del Servicio Nacional de Metrología N° 001-2014/SNM-INDECOPI** (publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de enero de 2014)

Conforme se indica en los considerandos de esta resolución, la autoridad recibió consultas sobre los alcances de la Resolución N° 001-2012/SNM-INDECOPI, por lo que tal como lo señala en el artículo 1 consideró necesario complementar y precisar la normativa emitida en materia de medidores de agua, energía eléctrica y gas.

Así, en el artículo 2⁹, amplió el alcance obligatorio de la referida Resolución N° 001-2012/SNM-INDECOPI, respecto de los controles metrológicos de aprobación de modelo, verificación inicial y verificación periódica a los medidores de gas, con arreglo a la norma metrológica peruana vigente.

Sobre los certificados de aprobación de modelo de los medidores de agua potable, energía eléctrica y gas, procedentes del extranjero, así como los informes que muestren los resultados de las pruebas a las que han sido sometidos, el artículo 3¹⁰ estableció que deben ser homologados por el Servicio Nacional de Metrología, ya sea que se otorguen por el órgano competente del país donde ha sido emitido o por organismos competentes en el país de origen, de acuerdo a la norma metrológica peruana vigente.

Artículo 3°. - Los medidores de gas nuevos que se instalen en el país vencido el plazo de implementación de la norma metrológica peruana NMP 016:2012 deberán cumplir con las exigencias establecidas en ella.”

⁷ “**Artículo 5°.** - La aprobación de modelo y la verificación inicial, necesarias para la aplicación de la Norma Metrológica Peruana NMP 016-2012 se rige por lo dispuesto en la Resolución N° 001-2012-SNM-INDECOPI del Servicio Nacional de Metrología, incluyendo las reglas relativas a la homologación de certificados emitidos en el extranjero y de reconocimiento de verificación inicial en el país de origen. Dichas reglas serán exigibles en el plazo de un año, contando a partir de la publicación de la presente resolución. En el transcurso de este periodo los certificados de aprobación de modelo y verificación inicial emitidos sobre la base de la Recomendación Internacional OIML R31, podrán continuarse empleando en el país.”

⁸ Publicada en el diario oficial El Peruano el 18 de marzo de 2012.

⁹ “**Artículo 2°.-** Amplíese el alcance de obligatoriedad de los controles metrológicos de aprobación de modelo, verificación inicial y periódica a los medidores de gas con arreglo a la norma metrológica peruana vigente”.

¹⁰ “**Artículo 3°.-** Los certificados de aprobación de modelo de los medidores de agua potable, energía eléctrica o gas procedentes del extranjero y los informes que muestren los resultados de las pruebas a las que han sido sometidos, deberán ser homologados por el Servicio Nacional de Metrología, ya sea que se otorguen por el órgano competente del país donde ha sido emitidos o por organismos competentes en el país de origen, de acuerdo a la norma metrológica peruana vigente”.

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM

Sobre la verificación inicial, el artículo 4¹¹ dispuso que debe ser realizada por organismos autorizados por el Servicio Nacional de Metrología, pudiendo otorgar dichas autorizaciones a fábricas de medidores de agua potable, energía eléctrica o gas que cuenten con autorización del organismo oficial competente o por un organismo acreditado.

- De la normativa reseñada precedentemente, se desprende que, para dar cumplimiento al literal a) del artículo 71 del Reglamento de Distribución de Gas Natural, las concesionarias de distribución de gas natural deben cumplir con las disposiciones de la NMP 016:2012 (aplicable a los medidores de gas natural), que a su vez se remitió a la Resolución N° 001-2012/SNM-INDECOPI (en lo referido a las reglas relativas a la homologación de certificados emitidos en el extranjero y de reconocimiento de verificación inicial en el país de origen) y que fue posteriormente precisada por la Resolución N° 001-2014/SNM-INDECOPI (en cuanto a los alcances de la homologación y reconocimiento a cargo del Servicio Nacional de Metrología).
- Así, si bien la NMP 016:2002 (norma metrológica para medidores de gas) estableció que sería exigible a partir del 31 de diciembre de 2013 remitiéndose para su aplicación a las disposiciones de la Resolución N° 001-2012/SNM-INDECOPI (norma metrológica para medidores de energía y agua), con posterioridad a ello, el propio Servicio Nacional de Metrología emitió Resolución N° 001-2014/SNM-INDECOPI ampliando el alcance obligatorio de la referida Resolución N° 001-2012/SNM-INDECOPI a los medidores de gas y haciendo precisiones respecto a los supuestos en los que resultaba aplicable la homologación del certificado de aprobación de modelo así como a la verificación inicial para todos los medidores.
- Por tanto, considerando sistemáticamente las disposiciones emitidas por el Servicio Nacional de Metrología, es posible concluir que, a partir del 24 de enero de 2014, las concesionarias de distribución de gas natural, en cumplimiento del literal a) del artículo 71 del TUO del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, y en su calidad de responsables del cumplimiento de las disposiciones de control metrológico, previamente a instalar un medidor de gas en el suministro de un usuario deben contar con:
 - (i) La aprobación del modelo emitida en el Perú por el Servicio Nacional de Metrología; o la aprobación de modelo emitido en el extranjero homologado por el Servicio Nacional de Metrología. La homologación se aplica ya sea que el certificado haya sido emitido por el propio órgano competente del país o por organismos competentes en el país de origen; y
 - (ii) La verificación inicial a través de organismos acreditados o a fábricas de medidores autorizadas por el Servicio Nacional de Metrología.
- Es pertinente indicar que de acuerdo con el literal e) del numeral 45.2 del artículo 45 del Decreto Legislativo N° 1033 (publicado el 25 de junio de 2008), que aprobó la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual- Indecopi, el Servicio Nacional de Metrología tenía desde entonces la función de emitir certificaciones metrológicas.

¹¹ *“Artículo 4°.- La verificación inicial deberá ser realizada por organismos autorizados por el Servicio Nacional de Metrología. El Servicio Nacional de Metrología podrá otorgar dichas autorizaciones a fábricas de medidores de agua potable, energía eléctrica o gas que cuenten con autorización del organismo oficial competente o por un organismo acreditado. En ambos casos, los interesados deberán solicitar al Servicio Nacional de Metrología la evaluación correspondiente para obtener el reconocimiento como organismo autorizado para efectuar la verificación inicial de medidores”.*

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM

- Posteriormente, mediante Ley N° 30224 se crea el Sistema Nacional para la Calidad y el Instituto Nacional de Calidad - Inacal, estableciéndose la transferencia progresiva de, entre otros, el Servicio Nacional de Metrología que formaba parte del Indecopi¹². Dicha transferencia de funciones se produjo a partir del 1 de junio de 2015.
- El literal I) del artículo 40 del Reglamento de Organización y Funciones de Inacal¹³, establece que la Dirección de Metrología tiene, entre otras funciones, la de realizar calibraciones y verificaciones de los instrumentos de medición y verificaciones de los patrones secundarios. Cabe añadir que la referida Ley N° 30224, en su artículo 37, establece que para los servicios de calibración que brinda la Dirección de Metrología se toma en cuenta el principio de subsidiaridad del Estado.
- Del portal institucional del Inacal, puede apreciarse que, el entonces Servicio Nacional de Metrología a cargo del Indecopi, homologó certificados de aprobación de modelo para medidores de gas y emitió certificados de aprobación de modelo de gas, en atención a las solicitudes de los interesados presentadas en el año 2014¹⁴.
- Del mismo modo, para efectos de la verificación inicial de los medidores de gas, si bien del portal institucional del Inacal se aprecia que recién en marzo de 2015 se autoriza a la primera Unidad de Verificación Metrológica¹⁵, también puede apreciarse en dicho portal que, a falta de organismos autorizados, las concesionarias solicitaban desde el año 2012 el servicio de calibración de medidores de gas al Servicio Nacional de Metrología del Indecopi¹⁶.
- Por las consideraciones expuestas, resultan inexactos los argumentos planteados por las concesionarias sancionadas, referidos a:
 - (i) Que la conducta imputada como infracción relacionada al incumplimiento de la normativa de control metrológico de los medidores de gas no corresponde a las concesionarias de distribución sino a los proveedores titulares de los diversos tipos y modelos de medidores.

Al respecto, el literal a) del artículo 71 del TUO del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, establece que los medidores de gas a ser instalados en los suministros de los usuarios deben cumplir con las disposiciones de la autoridad de metrología, siendo las disposiciones de dicho reglamento las que rigen las actividades del servicio público de gas natural a cargo de las concesionarias de distribución.

¹² Artículo 2 de la Resolución Ministerial N° 169-2015-PRODUCE.

¹³ Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2015-PRODUCE, modificado por Decreto Supremo N° 008-2015-PRODUCE.

¹⁴ http://www.inacal.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/5/jer/aprobaciondemodelo/files/Homologacion_Gas_2018-05-31.pdf
https://www.inacal.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/5/jer/aprobaciondemodelo/files/Modelos_Aprobados_Gas_2017-09-04.pdf

¹⁵ https://www.inacal.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/5/jer/verificacioninicial/files/Listado_UVM_GAS_2017-12-20_INACAL.pdf

¹⁶ <https://aplicaciones.inacal.gob.pe/dm/>

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM

- (ii) Que las obligaciones de control metrológico solo pueden ser exigibles recién a partir del año 2015, en la medida que recién en dicho año se habría realizado la primera aprobación/homologación de modelo y autorizado al primer organismo para la verificación inicial.

Sobre el particular, considerando lo dispuesto por el ente rector de metrología nacional en el artículo 2 de la Resolución N° 001-2014/SNM-INDECOPI, resulta exigible para las concesionarias de distribución de gas la obligación de contar con la aprobación de modelo u homologación de aprobación de modelo y la verificación inicial de los medidores que instale en los suministros de sus usuarios a partir del 24 de enero de 2014.

En efecto, la concesionaria en su calidad de responsable del cumplimiento de las normas de control metrológico debía exigir a sus proveedores el cumplimiento de la normativa exigida para los equipos de medición que adquiría o, de lo contrario, realizar los trámites correspondientes ante el Servicio Nacional de Metrología, ahora Dirección de Metrología, para dar cumplimiento a dicha normativa.

- (iii) Que los medidores fueron adquiridos en los años 2013 y 2014 y contaban con homologación internacional.

Al respecto, corresponde indicar que independientemente de la fecha de adquisición de los equipos de medición, la obligación a cumplir por parte de las concesionarias de distribución está referida a la instalación de dichos equipos en los suministros de sus usuarios a partir del 24 de enero de 2014.

En efecto, la instalación de medidores de gas que contaran con homologación internacional únicamente estuvo permitida durante el periodo de adecuación que se otorgó mediante la NMP:016-2012 (que venció el 30 de diciembre de 2013). Sin embargo, considerando dicha norma y la Resolución N° 001-2014-SNM-INDECOPI, se concluye que, a partir del 24 de enero de 2014, los nuevos medidores de gas que instalen las concesionarias de distribución en los suministros de sus usuarios deben cumplir con las exigencias de control metrológico.

Criterio Resolutivo

“De acuerdo con el literal a) del artículo 71° TUO del Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos, los medidores de gas natural a ser instalados en los suministros de los usuarios deben cumplir con las disposiciones de control metrológico aprobadas por la autoridad competente, obligación que es exigible a las concesionarias de distribución de gas natural.

Para tal efecto, resultan de aplicación las disposiciones aprobadas por Resolución del Servicio Nacional de Metrología N° 001-2012/SNM-INDECOPI publicada el 18 de marzo de 2012, que se remite a la Resolución del Servicio Nacional de Metrología N° 007-2012/SNM-INDECOPI publicada el 30 de diciembre de 2012, y que fue complementada y precisada por la Resolución del Servicio Nacional de Metrología N° 001-2014/SNM-INDECOPI publicada el 23 de enero del 2014.

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM

En tal sentido, constituye una infracción sancionable al amparo de la normativa antes señalada, la instalación de medidores de gas natural a partir del 24 de enero de 2014, que no cuenten con la aprobación de modelo u homologación de aprobación de modelo y con la verificación inicial, conforme a las disposiciones emitidas por la autoridad competente en control metrológico.”

CRITERIO RESOLUTIVO N° S2-1: RECONOCIMIENTO DE LA CONDUCTA INFRACTORA EN EL CASO DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA ENTRE EL TITULAR MINERO Y EL CONTRATISTA MINERO

Al respecto, se evaluaron los siguientes aspectos:

- Con fecha 21 de diciembre de 2016 se publicó en el diario oficial El Peruano, el Decreto Legislativo N° 1272, mediante el cual se modificó la Ley del Procedimiento Administrativo General y se derogó la Ley del Silencio Administrativo. En lo que al procedimiento administrativo sancionador se refiere, el Decreto Legislativo N° 1272 modificó los atenuantes de responsabilidad, los que se encuentran recogidos en el numeral 2 del artículo 255 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG):

“Artículo 255.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

(...)

1. Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

a. Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito.

En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.

b. Otros que se establezcan por norma especial”.

- Considerando la adecuación dispuesta por el Decreto Legislativo 1272, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD se aprobó el Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin que, en el artículo 25, estableció lo siguiente:

“Artículo 25°.- Graduación de multas

25.1 En los casos en que la multa prevista por el Consejo Directivo como sanción tenga rangos o topes de aplicación, se utilizan, según sea el caso, los siguientes criterios de graduación:

(...)

g) Circunstancias de la comisión de la infracción. Para efectos del cálculo de la multa se consideran los siguientes factores atenuantes:

g.1) El reconocimiento del Agente Supervisado, de forma expresa y por escrito, de su responsabilidad, efectuado hasta antes de la emisión de la resolución de sanción generará que la multa se reduzca hasta un monto no menor de la mitad de su importe, teniendo en cuenta lo siguiente:

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM

- g.1.1) -50%, si el reconocimiento de responsabilidad se presenta hasta la fecha de presentación de descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador.*
- g.1.2) -30%, si el reconocimiento de responsabilidad se presenta luego de la fecha de presentación de descargos al inicio del procedimiento administrativo sancionador, y hasta la fecha de presentación de descargos al Informe Final de Instrucción.*
- g.1.3) -10%, si el reconocimiento de responsabilidad se presenta luego de la fecha de presentación de descargos al Informe Final de Instrucción, y hasta antes de la emisión de la resolución de sanción.*

El reconocimiento de responsabilidad por parte del Agente Supervisado debe efectuarse de forma precisa, concisa, clara, expresa e incondicional, y no debe contener expresiones ambiguas, poco claras o contradicciones al reconocimiento mismo; caso contrario, no se entenderá como un reconocimiento.

El reconocimiento de responsabilidad respecto a una infracción, por la que además se presenten descargos, se entenderá como un no reconocimiento, procediendo la autoridad a evaluar los descargos”.

- En la tramitación de los procedimientos sancionadores en temas mineros que son puestos a conocimiento de la Sala 2 del TASTEM se han presentado situaciones en las que el órgano sancionador además de la determinación de responsabilidad del titular minero, determina responsabilidad solidaria del contratista minero; y se presentan los siguientes supuestos respecto del reconocimiento para la aplicación del beneficio de reducción de la multa:
 - 1) El titular minero y la contratista minera reconocen su responsabilidad en la comisión de la infracción administrativa.
 - 2) Uno de los administrados reconoce su responsabilidad en la comisión de la infracción, mientras que el otro presenta descargos frente a la imputación de cargos.
 - 3) Ninguno de los administrados presenta descargos frente a la imputación de cargos, pero sólo uno de ellos reconoce su responsabilidad en la comisión de la infracción.
 - 4) Habiéndose otorgado el beneficio de reducción de multa por reconocimiento del titular minero y la contratista minera, uno de los dos impugna la resolución de sanción.
- A fin de determinar la decisión que corresponde adoptar frente a los supuestos antes listados, corresponde considerar que la incorporación de la figura del reconocimiento acompañada de un beneficio de reducción de la multa, tiene por finalidad dar un incentivo al agente que se sabe responsable a optar por la conclusión anticipada del procedimiento administrativo sancionador.
- En ese mismo sentido, el Consejo Directivo estableció en el artículo 25° del Reglamento aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD, beneficios diferenciados para el reconocimiento de la conducta infractora en función del momento en que se produce dicho reconocimiento. Así tendrá un beneficio mayor si el reconocimiento se produce hasta la fecha de presentación de descargos y el beneficio será menor si se produce antes de la resolución de sanción. Es decir, mejor será el beneficio que consiga el agente supervisado en tanto más avanzado el estado del procedimiento.

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM

- Asimismo, para que cumpla su finalidad, el Consejo Directivo estableció en el artículo antes citado, las características que debía tener el reconocimiento de la responsabilidad de la infracción: ser preciso, conciso, claro, expreso, incondicional y sin expresiones ambiguas ni contradicciones.
- En efecto, si bien el reconocimiento tiene por finalidad originar la conclusión anticipada del procedimiento, no se encuentra recogido en el artículo 195 del TUO de la LPAG como uno de los supuestos que pone fin al procedimiento, razón por la cual el mencionado artículo 25° del Reglamento aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD prevé que, si a pesar de efectuarse el reconocimiento se presentan descargos, corresponde a la autoridad a evaluarlos descargos. En este supuesto, al proseguir el procedimiento en el que se evaluará y determinará su responsabilidad en la comisión de la infracción, habrá perdido el beneficio de reducción de la multa.
- En este mismo sentido, para un estado posterior al procedimiento al de la presentación de descargos, la Sala Plena del TASTEM, en la Sesión Plena del 3 de octubre de 2017, acordó como criterio resolutivo que si a pesar de reconocer la comisión de la infracción, el administrado apela la resolución sancionadora, el recurso de apelación corresponderá ser evaluado por el TASTEM, sin perjuicio de la pérdida del beneficio de la reducción de la multa.
- Por tanto, de una interpretación *ratio legis* y sistemática sobre el beneficio de la reducción de la multa que genera el reconocimiento de la conducta infractora, si debido a la solidaridad establecida en la ley para los agentes minero se determinan dos responsables, el beneficio normado solo operará si ambos responsables reconozcan la comisión de la infracción.
- Asimismo, es pertinente añadir que, dado que la norma establece beneficios diferenciados en función al estado del procedimiento en que sea presentado el reconocimiento, para que éste opere en el caso de responsabilidad solidaria del titular minero y del contratista minero, el reconocimiento que ambos realicen debe darse en el mismo estado del procedimiento.

Criterio resolutivo:

“En los procedimientos administrativos sancionadores en los que se determine la responsabilidad solidaria del titular minero y de la contratista minera, solo corresponde otorgar el beneficio de reducción de multa por reconocimiento de la conducta infractora, si el reconocimiento es efectuado por ambos agentes en el mismo estado del procedimiento y cumpliendo con los requisitos de ser preciso, conciso, claro, expreso, incondicional y sin contradicciones”.

CRITERIO RESOLUTIVO N° S2-2: RECRECIMIENTO DE DEPÓSITOS DE RELAVES SIN AUTORIZACIÓN

Problemática

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM

El artículo 37° del Reglamento de Procedimiento Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, modificado por Decreto Supremo N° 037-2017-EM¹⁷, establece que la construcción de depósitos de relaves o de plataformas de lixiviación, podrá ser ejecutada en más de una etapa, cada una de las cuales deberá ser autorizada por la Dirección General de Minería o Gobierno Regional, según corresponda, previo informe técnico favorable del Ministerio de Energía y Minas, a través de la Dirección General de Minería.

En el marco de las labores de supervisión realizadas por la Gerencia de Supervisión Minera de Osinergmin, a efectos de verificar el cumplimiento del citado artículo 37° del Reglamento de Procedimientos Mineros, aprobado mediante Decreto Supremo N° 037-2017-EM, la Sala 2 del Tastem ha verificado que -en algunos procedimientos administrativos- los hechos imputados no se encuentran suficientemente acreditados con los elementos probatorios correspondientes.

Así, la Sala 2 del Tastem ha verificado las siguientes omisiones en el acta de supervisión o en el informe de supervisión, que sirven de sustento al órgano instructor y al órgano sancionador para el inicio del procedimiento administrativo sancionador y para la determinación de la responsabilidad en la comisión de la infracción imputada, respectivamente:

- El acta de supervisión no consigna la cota de construcción o de recrecimiento verificado en campo, limitándose a indicar que el titular minero ha excedido el límite de construcción o recrecimiento autorizado.
- Cuando en el acta de supervisión sí está consignada la cota verificada en campo, en dicho documento ni en el informe de supervisión se sustenta:
 - a) Cómo fue determinado el valor de la cota: con la medición en los diferentes puntos del depósito o con el valor promedio de todos ellos.
 - b) Que los instrumentos o equipos utilizados para la medición se encuentren debidamente calibrados, cuando corresponda.

Normativa aplicable

De acuerdo con el numeral 237.1 del artículo 237 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444¹⁸ (en adelante, TUO de la LPAG) la

¹⁷ Reglamento de Procedimiento Mineros, aprobado por Decreto Supremo N° 018-92-EM, modificado por Decreto Supremo N° 037-2017-EM.

“Artículo 37.- Autorización de construcción

37.1. *Entregados los avisos conforme a lo dispuesto en el artículo anterior y de no mediar oposición, la Dirección General de Minería o Gobierno Regional luego de evaluada la solicitud, expide el acto administrativo correspondiente al proyecto de la concesión de beneficio y de ser el caso autoriza la construcción de la planta de beneficio, los depósitos de relaves y/o plataformas (PAD) de lixiviación y otros componentes.*

(...)

37.3 *La construcción y funcionamiento de los componentes de la planta de beneficio, los depósitos de relaves y/o plataformas (PAD) de lixiviación, puede ser aprobada por la Dirección General de Minería o Gobierno Regional en más de una etapa, en caso así sea requerido por el solicitante.*

(subrayado agregado)

¹⁸ Decreto Supremo N° N° 006-2017-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

“Artículo 237.- Definición de la actividad de fiscalización

237.1 *La actividad de fiscalización constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados,*

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM

actividad de fiscalización constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo de gestión del riesgo y de tutela de los bienes jurídicos protegidos.

Bajo dicho marco, los incisos 3 y 6 del numeral 238.2 del artículo 238 del TUO de la LPAG¹⁹ dispone que la Administración Pública, en el ejercicio de la actividad de fiscalización, entre otros, está facultada para:

- Realizar inspecciones -con o sin previa notificación- en los locales o bienes de las personas naturales o jurídicas objeto de la fiscalización.
- Utilizar en las acciones y diligencias equipos que consideren necesarios, estando obligados los administrados a permitir el uso de sus propios equipos cuando sea indispensable para la labor de fiscalización.

Asimismo, el inciso 5 del numeral 242.1 del artículo 242 del TUO de la LPAG²⁰ prevé la obligación de registrar en un documento la verificación de los hechos constatados objetivamente, estableciendo incluso su datos mínimos. Esta disposición se encuentra recogida en el artículo 13 del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de Osinergmin, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

De otro lado, en el marco de los principios del procedimiento administrativo sancionador, el numeral 2 del artículo 246 del TUO de la LPAG²¹ contempla el principio del debido

derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos. (...)."

¹⁹ **"Artículo 238.- Facultades de las entidades que realizan actividad de fiscalización**

(...)

238.2. La Administración Pública en el ejercicio de la actividad de fiscalización está facultada para realizar lo siguiente:

(...)

3. Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales y/o bienes de las personas naturales o jurídicas objeto de las acciones de fiscalización, respetando el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio cuando corresponda.
6. Utilizar en las acciones y diligencias de fiscalización equipos que consideren necesarios. Los administrados deben permitir el acceso de tales equipos, así como permitir el uso de sus propios equipos, cuando sea indispensable para la labor de fiscalización.

(...)"

²⁰ **"Artículo 242.- Contenido mínimo del Acta de Fiscalización**

242.1. El Acta de Fiscalización o documento que haga sus veces, es el documento que registra las verificaciones de los hechos constatados objetivamente y contiene como mínimo los siguientes datos:

1. Nombre de la persona natural o razón social de la persona jurídica fiscalizada.
2. Lugar, fecha y hora de apertura y de cierre de la diligencia.
3. Nombre e identificación de los fiscalizadores.
4. Nombres e identificación del representante legal de la persona jurídica fiscalizada o de su representante designado para dicho fin.
5. Los hechos materia de verificación y/u ocurrencias de la fiscalización.
6. Las manifestaciones u observaciones de los representantes de los fiscalizados y de los fiscalizadores.
7. La firma y documento de identidad de las personas participantes. Si alguna de ellas se negara a firmar, se deja constancia de la negativa en el acta, sin que esto afecte su validez.
8. La negativa del administrado de identificarse y suscribir el acta.

242.2. Las Actas de fiscalización dejan constancia de los hechos verificados durante la diligencia, salvo prueba en contrario".

²¹ Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

"Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

(...)

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM

procedimiento, según el cual no se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento. Al respecto, el inciso 2 del numeral 1.1 del Artículo I del Título Preliminar del TUO de la LPAG²², comprende entre las garantías del debido procedimiento, el obtener una decisión motivada.

Asimismo, de acuerdo con el numeral 4 del artículo 3, concordado con el numeral 6.1 del artículo 6 del TUO de la LPAG²³, uno de los requisitos de validez del acto administrativo es que éste debe estar motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico, exigiéndose que la motivación del acto administrativo sea expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados en relación al caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que, con referencia directa a los anteriores, justifican el acto adoptado.

Cabe añadir que conforme lo prevé el principio de verdad material²⁴, recogido en el numeral 1.11 del Artículo I del Título Preliminar del TUO de la LPAG, la autoridad administrativa competente debe verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual debe adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley.

Desarrollo

El incumplimiento al artículo 37 del Reglamento de Procedimientos Mineros puede derivarse de las siguientes conductas:

- Construir o recrecer un depósito de relaves a una cota mayor que la autorizada por la autoridad competente.

2. Debido Procedimiento: No se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento.”.

²² **“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.

(...)”

²³ **“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”

²⁴ **“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo**

1.11. Principio de Verdad Material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM

- Construir o recrecer un depósito de relaves con un tipo de relave distinto del autorizado por la autoridad competente.

En ese sentido, a efectos de que el órgano sancionador determine la responsabilidad del titular minero en la comisión de la infracción imputada por el órgano instructor, deben encontrarse indubitadamente demostrados los hechos que configuran la conducta infractora.

Consecuentemente, si se imputa la construcción o recrecimiento excediendo el límite autorizado, resulta indispensable que ello sea constatado en la diligencia y consignado en la respectiva acta de supervisión.

Además, dado que el valor de la cota se determina mediante mediciones en distintos puntos del mismo depósito de relave, resulta importante que el método de medición que se utilice sea descrito en el acta de supervisión. Es decir, no basta consignar únicamente un nivel de cota que, evaluada individualmente, se encuentre fuera del límite autorizado, sino que debe indicarse los valores de todos aquellos puntos en que se efectuaron mediciones.

Adicionalmente, dado que la cota se determina con instrumentos de medición, a fin de verificar la confiabilidad del resultado, el equipo con el que fue realizada la medición debe calibrarse cuando corresponda.

Consecuentemente, si los documentos resultantes de la actividad de supervisión que sustentan el procedimiento administrativo sancionador, no consignan debidamente los hechos verificados en la inspección de campo, tal como lo exige el artículo inciso 5 del numeral 242.1 del artículo 242 del TUO de la LPAG y el artículo 13 del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de Osinergmin, la resolución que determina la responsabilidad del titular minero por incumplimiento al artículo 37 del Reglamento de Procedimientos Mineros no se encontrará debidamente motivada, al no desprenderse de una relación concreta y directa de los hechos probados en el caso específico, tal como lo prevé el numeral 6.1 del artículo 6 del TUO de la LPAG.

Criterio Resolutivo

“Para acreditar el incumplimiento de la obligación de no construir o recrecer fuera de la cota autorizada o con un tipo de relave distinto del autorizado, resulta necesario que el órgano sancionador haya verificado, con la documentación emitida en la actividad de supervisión lo siguiente, según corresponda:

- (i) En cuanto al nivel de la cota: que haya sido consignada por cada punto de medición.*
- (ii) En cuanto a la confiabilidad de la medición: que se identifique el instrumento de medición utilizado y el certificado de calibración cuando corresponda*

Si en la supervisión de campo se omitió realizar o consignar las actuaciones indicadas, no podrá considerarse suficientemente demostrado el nivel de la cota reportada, la adecuada medición y, consecuentemente, no estará probada la infracción imputada respecto del incumplimiento al artículo 37 del Reglamento de Procedimientos Mineros, al no encontrarse debidamente motivada la resolución que impone la sanción, disponiéndose el archivo del procedimiento administrativo sancionador”.

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

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM

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

**CRITERIO RESOLUTIVO TASTEM 1: SUFICIENCIA PROBATORIA EN LAS INFRACCIONES
RELATIVAS A MAGNITUDES FÍSICAS**

Antecedentes:

Se han presentado ante Tastem algunos procedimientos administrativos sancionadores, en los que se sanciona por el incumplimiento de distancias mínimas de seguridad, estándares de velocidad de aire, dimensiones de instalaciones, construcciones, entre otros, sin que conste fehacientemente los resultados de las mediciones obtenidas o la identificación de los instrumentos utilizados.

Desarrollo:

De acuerdo con el principio del debido procedimiento, previsto en el numeral 1.2 del Artículo IV del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (en adelante, TUO de la LPAG), 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 derecho²⁵.

Al respecto, el numeral 4) del artículo 3 del TUO de la LPAG²⁶ establece como requisito de validez de los actos administrativos su debida motivación en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. A su vez, el numeral 6.1 del artículo 6 del citado TUO de la LPAG²⁷ señala que la motivación del acto administrativo debe ser expresa, mediante una

²⁵ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL - DECRETO SUPREMO N° 006-2017-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:

(...)

1.2. 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.

(...)”

²⁶ **“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.

(...)”

²⁷ **“Artículo 6.- Motivación del acto administrativo**

6.1 La motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM

relación concreta y directa de los hechos probados relevantes al caso específico y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

En este contexto, cabe resaltar lo expresado por el Tribunal Constitucional sobre la importancia de la motivación de las resoluciones administrativas en el fundamento 9) de la sentencia recaída en el Expediente N° 0091-2005-PA/TC²⁸, en el cual indica lo siguiente:

“(...) el derecho a la motivación de las resoluciones administrativas es de especial relevancia. Consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de todo administrado a que las sentencias estén motivadas, es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican. (...)”

La motivación de la actuación administrativa, es decir, la fundamentación con los razonamientos en que se apoya, es una exigencia ineludible para todo tipo de actos administrativos. imponiéndose las mismas razones para exigirla tanto respecto de actos emanados de una potestad reglada como discrecional. (...)”

En esa medida, este Tribunal debe enfatizar que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad, en la medida en que es una condición impuesta por la Ley 27444. Así, la falta de fundamento racional suficiente de una actuación administrativa es por sí sola contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo.” (Subrayados agregados)

Por su parte, el principio de verdad material regulado en el numeral 1.11 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG²⁹, prevé que la autoridad administrativa debe verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

De allí que, en el ámbito de los procedimientos administrativos sancionadores, constituye deber de la autoridad realizar todas las actuaciones probatorias que resulten necesarias para acreditar la ocurrencia de los hechos imputados a título de infracción; más aún, cuando la insuficiencia probatoria o duda razonable sobre la configuración del ilícito debe derivar en el archivo del procedimiento en función de la presunción legal de licitud que

(...)”

²⁸ La sentencia Tribunal Constitucional dictada en el Expediente N° 0091-2005-PA/TC se encuentra disponible en la siguiente dirección electrónica:

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00091-2005-AA.html>

²⁹ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL - DECRETO SUPREMO N° 006-2017-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:

(...)

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

(...)”

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM

reviste el actuar del administrado, de acuerdo al principio de presunción de licitud previsto en el numeral 9) del artículo 246 del citado TUO de la LPAG³⁰.

Por tanto, la autoridad administrativa no puede motivar o sustentar sus decisiones en hechos respecto de los cuales no existe certeza de acuerdo a los medios probatorios obrantes en el expediente administrativo y mucho menos en fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto³¹.

En ese sentido, conviene resaltar la importancia de los medios de prueba en los procedimientos administrativos sancionadores iniciados por incumplimiento de magnitudes físicas establecidas en las normas técnicas, tales como longitud, tiempo, velocidad, caudal, temperatura, presión, intensidad luminosa, etc.; toda vez que éstos deben aportar información completa, suficiente y veraz sobre las mediciones que sustentan las infracciones por incumplimiento de estos parámetros, que permitan motivar adecuadamente las resoluciones sancionadoras.

En este contexto, a efectos de garantizar la debida motivación de las resoluciones y el derecho de defensa de los administrados, en caso de infracciones relativas al incumplimiento de magnitudes definidas en normas técnicas, los medios probatorios deben aportar la siguiente información mínima:

- 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.

Dicha información permitirá dar el sustento probatorio requerido al incumplimiento imputado de distancias mínimas de seguridad, estándares de velocidad de aire, dimensiones de instalaciones, construcciones, entre otros.

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

³⁰ **"Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**
(...)

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.
(...)"

³¹ **"Artículo 6.- Motivación del acto administrativo**
(...)

6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.
(...)"

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM

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".

CRITERIO RESOLUTIVO TASTEM 2: ALCANCES DEL RECONOCIMIENTO DE INFRACCIONES EN PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES INICIADOS SIN INDICAR EL MONTO DE LA MULTA A SER IMPUESTA

Antecedentes:

Se han presentado ante el Tastem, recursos de apelación interpuestos contra la resolución emitida por el órgano sancionador, pese a que con anterioridad el administrado reconoció la comisión de la infracción imputada.

Al respecto, se ha advertido diversos supuestos vinculados al beneficio de descuento de la multa en función a la oportunidad en que el administrado formula su reconocimiento de la comisión de la infracción y a la oportunidad en que toma conocimiento de la multa a ser impuesta.

Desarrollo:

- La modificatoria introducida por el Decreto Legislativo N° 1272, otorga a los administrados un beneficio de hasta 50% de descuento en la multa si estos reconocen la comisión de la infracción. Sin embargo, la norma no le otorga a dicho reconocimiento los efectos de un acto que pone fin al procedimiento, al no incorporarlo en los supuestos previstos en el artículo 195° del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Por tanto, no correspondería interpretar dicha norma restrictivamente, pues ello limitaría el derecho de los administrados a impugnar.
- En tal sentido, si -a pesar de haber reconocer la comisión de la infracción- el administrado formula descargos al informe final de instrucción, corresponde continuar con el trámite del procedimiento. Sin embargo, a efectos de determinar si mantiene o pierde el beneficio del descuento en la multa, corresponderá al órgano sancionador verificar dos aspectos:
 - i) Si al reconocer la infracción el administrado conocía el monto de la multa a ser impuesta o solo conocía el tope que podría alcanzar; y
 - ii) Si sus descargos se circunscriben al monto de la multa o también cuestiona la determinación de su responsabilidad en la comisión de la infracción.
- Así, los administrados no deberían perder el beneficio si mantienen su reconocimiento en la comisión de la infracción y solo cuestionan el importe de la multa que no conocían al efectuar el reconocimiento. Por el contrario, perderían el beneficio si no solo cuestionan la multa impuesta sino también la determinación de su responsabilidad en la comisión de la infracción;

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM

o incluso si solo cuestionan el importe de la multa, pero tenían conocimiento de su importe cuando reconocieron la infracción.

- De interpretarse que aún sin conocer el importe de la multa, el reconocimiento formulado por los administrados abarcaría también la multa a ser posteriormente calculada, podría desincentivarse a que los administrados reconozcan la infracción en la etapa de formulación de descargos, dada la incertidumbre que tendrían sobre la multa a ser determinada posteriormente en el informe final de instrucción.
- Finalmente, en los casos en que en la propuesta del informe final de instrucción se proponga una multa y la misma se incremente por parte de la autoridad sancionadora, no se perderá el beneficio del reconocimiento si solo el extremo del incremento de la multa es cuestionado, pues en virtud del Principio de Confianza Legítima las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos³².

Criterio resolutivo:

“Si a pesar de reconocer la comisión de la infracción, el administrado presenta descargos, corresponde al órgano sancionador su tramitación, al no habersele otorgado normativamente los efectos de un acto que pone fin al procedimiento administrativo. Sin embargo, mantendrá o perderá el beneficio del descuento del 50% de la multa por haber reconocido la infracción, en función de los siguientes supuestos:

- i) El administrado perderá el beneficio si al presentar sus descargos cuestiona la determinación de su responsabilidad en la comisión de la infracción.*
- ii) El administrado perderá el beneficio si cuestiona la multa impuesta pese a que esta se encontraba determinada o era determinable por el administrado, al haberse publicado metodologías o criterios específicos que permitían su cálculo en el caso concreto.*
- iii) El administrado mantendrá el beneficio cuando al momento de efectuar el reconocimiento, la multa no había sido determinada ni era determinable, aunque posteriormente cuestione su importe al presentar sus descargos al informe final de instrucción.*

³² LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL - 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:

(...)

1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima. - *La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener. Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.*

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.

(...)”

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM

iv) *El administrado mantendrá el beneficio cuando únicamente cuestione el incremento de la multa impuesta respecto de la determinada en el inicio del procedimiento sancionador o en el informe final de instrucción”.*

CRITERIO RESOLUTIVO TASTEM 3: PROHIBICIÓN DE LA REFORMA PEYORATIVA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Antecedentes:

Se han elevado ante Tastem recursos de apelación referidos a procedimientos administrativos sancionadores en los cuales, luego de haberse declarado la nulidad de las multas impuestas por no encontrarse suficientemente motivadas, los órganos sancionadores las recalcularon e impusieron multas superiores a las que se consignaron en las resoluciones que fueron declaradas nulas.

Desarrollo:

- El marco normativo aplicable (artículo 256 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Decreto Supremo N° 006-2017-JUS; y el artículo 27 del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin, Resolución N° 040-2017-OS/CD), establece la prohibición de la reforma en peor, sin hacer mención expresa a la aplicación de dicha figura de manera indirecta.
- La doctrina internacional en materia penal se encuentra dividida en dos posiciones con relación a la prohibición de la reforma peyorativa indirecta: la tesis del riesgo previsible libremente asumido³³ y la tesis de la maximización de la eficacia del derecho al recurso³⁴.

³³ Argumentos a favor de la tesis del riesgo previsible libremente asumido:

- **Resultado o riesgo previsible asumido libremente:** al impugnar, el acusado acepta libremente la posibilidad de un gravamen mayor que el derivado de la resolución invalidada, y constituye un resultado que el acusado, antes de deducir su recurso, pudo prever y asumir libremente, por lo que no se afecta su derecho de defensa.
- **Inexistencia de la sentencia de primer juicio:** pues la nulidad implica que la sentencia y sus efectos desaparecen, por lo que no existen fundamentos para asignar ultractividad a las penas fijadas en la sentencia anulada).

³⁴ Argumentos a favor de la tesis de la maximización de la eficacia del derecho del recurso:

- **Mayor eficacia del derecho al recurso:** Transformaría en ilusorio e ineficaz el derecho al recurso, que afecta el derecho de defensa, si el afectado con una sentencia que estima injusta decide no recurrir para no arriesgarse a perder lo ya ganado en el juicio.
- **Exclusión de la lógica de ganar para perder:** Carece de razonabilidad pensar que se pueda “ganar para perder”, o sea, que el condenado gane su recurso, logre la anulación de la condena en su contra, consiga un nuevo juicio y, como paradójico resultado de su triunfo, vea empeorada su situación inicial, pues la nueva condena terminará siendo más grave que la anulada, gracias a su exclusivo impulso.
- **Ejercicio libre y tranquilo del derecho a recurrir:** El argumento del “resultado o riesgo previsible” es incompatible con el reconocimiento del derecho al recurso en los términos del artículo 8°, numeral 2), literal h) de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues la existencia de este riesgo lesionaría el derecho de defensa, en la medida en que plantea la posibilidad de que el imputado prefiera asumir las consecuencias injustas de una sentencia coaccionado por el temor de que ellas se agraven aún más como consecuencia de su actividad recursiva.
- **Objeto defensivo de los recursos:** La finalidad específica de los recursos es la obtención de una ventaja o resultado más favorable para el imputado. En este sentido, cuando el recurso se interpone por la defensa, el objetivo no es otro que obtener la modificación de la sentencia en su favor, sin correr ningún riesgo, de lo contrario, se introduciría un elemento disuasorio para el ejercicio del derecho a los recursos legalmente establecidos en la ley, incompatible con la tutela judicial efectiva.

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM

- Respecto de la materia en evaluación, se aprecia que el Consejo Directivo de Osiptel confirmó la imposición de una multa mayor a la inicialmente impuesta que fue declarada nula por ser menor a la prevista en su Escala (Resolución N° 123-2017-CD/OSIPTEL, del 14 de octubre de 2017), y el Tribunal de Fiscalización Ambiental de Oefa confirmó la imposición de una multa mayor a la inicialmente impuesta que fue declarada nula, argumentando que no podía ser considerada más gravosa porque los efectos jurídicos de la multa anulada desaparecieron (Resolución N° 030-2014-OEFA/TFA-SEP1, del 20 de noviembre de 2014).
- Si bien el efecto jurídico de la nulidad de un acto es su inexistencia, dado que el artículo 256° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General³⁵ y el artículo 27° del Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras a cargo de Osinergmin³⁶, prohíben que Tastem pueda incrementar la multa impuesta por el órgano sancionador, resultaría contrario a esta garantía normativa que el propio órgano sancionador pueda -al corregir su accionar viciado- agravar la sanción inicialmente impuesta al administrado.
- Por seguridad jurídica, corresponde a Tastem velar por garantizar al administrado la confianza y certeza respecto de sus derechos, promoviendo el acceso a la jurisdicción de revisión en un accionar libre y desprovisto de peligros.

Criterio resolutivo:

“Cuando se declare, a solicitud de parte o de oficio, la nulidad de una resolución sancionadora y se retrotraiga el procedimiento administrativo al estado en que el órgano sancionador emita un nuevo pronunciamiento, la nueva resolución sancionadora debidamente motivada a emitirse, no deberá contener una multa cuyo importe sea superior a la inicialmente impuesta en la resolución que fue declarada nula. Sólo en el caso en el que la nueva multa resulte inferior al rango previsto, corresponderá imponer la sanción mínima establecida en la escala, aun cuando la misma resulte superior a la inicialmente impuesta”.

CRITERIO RESOLUTIVO TASTEM 4: CÓMPUTO DEL PLAZO DE CADUCIDAD

Antecedentes:

- Con fecha 21 de diciembre de 2016 se publicó en el diario oficial El Peruano, el Decreto Legislativo N° 1272, mediante el cual se modificó la Ley del Procedimiento Administrativo General y se derogó la Ley del Silencio Administrativo. En lo que al procedimiento administrativo sancionador se refiere, el Decreto Legislativo N° 1272 introdujo la figura de la caducidad, con el siguiente texto, recogido en el artículo 257 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG):

“Artículo 257.- Caducidad del procedimiento sancionador

³⁵ Aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

³⁶ Aprobado por Resolución N° 040-2017-OS/CD.

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM

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 este.
2. Transcurrido el plazo máximo para resolver, sin que se notifique la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado el procedimiento y se procederá a su archivo.
3. La caducidad es declarada de oficio por el órgano competente. El administrado se encuentra facultado para solicitar la caducidad 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 no interrumpe la prescripción” (Subrayado añadido).

- Asimismo, la Quinta Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1272 dispuso lo siguiente:

“Quinta. - Para la aplicación de la caducidad prevista en el artículo 237-A de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se establece un plazo de un (1) año, contado desde la vigencia del presente Decreto Legislativo, para aquellos procedimientos que a la fecha se encuentren en trámite.”

- Por su parte, el Decreto Legislativo N° 1452, publicado el 16 de setiembre de 2018, que modificó el artículo 237-A de la Ley N° 27444, estableció lo siguiente:

“Artículo 237-A.- Caducidad administrativa del procedimiento sancionador
(...)”

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.*

(...)”

- En la tramitación de los casos puestos en conocimiento de Tastem se han presentado situaciones en las que el órgano sancionador ha emitido la resolución sancionadora el último día del plazo que el ordenamiento normativo les concede (nueve meses o doce meses si fue ampliado con resolución debidamente motivada, o un (1) año para los procedimientos que se encontraban en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la modificación normativa), y realizaron la notificación dentro del plazo de cinco días hábiles posteriores a la emisión de la resolución, amparándose en lo previsto en la normativa para la notificación de los actos administrativos:

“Artículo 24.- Plazo y contenido para efectuar la notificación

- 24.1. *Toda notificación deberá practicarse a más tardar dentro del plazo de cinco (5) días, a partir de la expedición del acto que se notifique, y deberá contener (...)”*

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM

- De otro lado, también se ha presentado situaciones en las que se ha declarado la nulidad de un acto administrativo, sin que existe certidumbre para el órgano sancionador y para el administrado respecto del cómputo del plazo de caducidad. Ello, debido a que la norma no establece expresamente que dicho cómputo se reanuda desde el momento en que se produjo el vicio o, si se inicia un nuevo cómputo del plazo o, si corresponde iniciar nuevamente el procedimiento administrativo sancionador.

Desarrollo:

- Se han planteado dos interpretaciones posibles respecto del cómputo del plazo de la caducidad. Por un lado, la aplicada por el órgano sancionador y, por otro, la sostenida por el administrado:

Interpretación A:

Para efectos del cómputo de la caducidad, si bien la ley establece un plazo de nueve meses para resolver y hasta de tres meses adicionales si se amplía motivadamente, , también hace alusión al acto de notificación, que también por ley es de cinco días hábiles posteriores a la emisión. En ese sentido, la caducidad no opera si la resolución sancionadora es notificada dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de vencimiento del plazo máximo para resolver.

Interpretación B:

Para efectos del cómputo de la caducidad, la norma hace referencia expresa a la notificación al administrado y al plazo de nueve meses (y hasta de tres meses adicionales si se amplía motivadamente. En ese sentido, la caducidad opera si la resolución sancionadora no es notificada dentro de dicho plazo, sin que corresponda adicionar cinco días hábiles más para su notificación.

- A favor de la **interpretación A** se postulan los siguientes argumentos: El plazo para emitir la resolución sancionadora previsto en el artículo 257 del TUO de la LPAG debe ser interpretado sistemáticamente con los artículos 18 y 24 de la misma ley, que establecen la obligación de notificar los actos emitidos y el plazo para efectuar dicha diligencia.

El numeral 18.1 del artículo 18° y el numeral 24.1 del artículo 24 del TUO de la LPAG señalan lo siguiente:

“Artículo 18.- Obligación de notificar

18.1. La notificación del acto es practicada de oficio y su debido diligenciamiento es competencia de la entidad que lo dictó. La notificación debe realizarse en día y hora hábil, salvo regulación especial diferente o naturaleza continuada de la actividad”.

“Artículo 24.- Plazo y contenido para efectuar la notificación

24.1. Toda notificación deberá practicarse a más tardar dentro del plazo de cinco (5) días, a partir de la expedición del acto que se notifique, y deberá contener (...)”

De acuerdo con esta interpretación, una resolución emitida en el último día de plazo es válida, por lo que no debería operar la caducidad si es notificada dentro del plazo que la

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM

propia ley ha previsto para la notificación de los actos administrativos sin hacer distinción al procedimiento en el que fue emitido (de evaluación previa, sancionador, trilateral, etc.).

Por tanto, según esta interpretación, el legislador ha establecido un plazo de nueve meses, prorrogable por tres meses adicionales, para que el órgano sancionador emita su resolución y, para efectos de la notificación, no puede obviarse el plazo de cinco días hábiles que la misma ley prevé para la realización de dicha diligencia.

- A favor de la **interpretación B** se postulan los siguientes argumentos: Dada la finalidad que persigue la caducidad, el plazo para emitir la resolución sancionadora previsto en el artículo 257 del TUO de la LPAG solo puede ser interpretado sistemáticamente con el artículo 16 de la misma ley, referido a su eficacia.

Según esta interpretación, el propio artículo 257 del TUO de la LPAG ha establecido que el plazo se inicia “desde la fecha de notificación de la imputación de cargos” por lo que solo podría dejar de computarse con la notificación de la resolución sancionadora.

Así, la expresa alusión a la notificación realizada por la norma de caducidad, no tiene por finalidad adicionar un plazo de cinco días hábiles para que opere, sino precisar que para que no opere se requiere que el administrado haya tomado conocimiento del acto emitido; es decir, que éste haya sido eficaz, que haya producido sus efectos jurídicos, tal como lo prevé el artículo 16 del TUO de la LPAG:

“Artículo 16.- Eficacia del acto administrativo

El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, conforme a lo dispuesto en el presente capítulo.

El acto administrativo que otorga beneficio al administrado se entiende eficaz desde la fecha de su emisión, salvo disposición diferente del mismo acto”.

Sobre la oportunidad en que opera la caducidad, el autor Juan Carlos Morón Urbina³⁷ indica que opera “no en la fecha de la resolución sancionadora, sino el de su notificación al administrado, dado que elementales razones de garantía impiden que se conceda efecto interruptor a una resolución no comunicada aun”.

En este mismo sentido se pronunció en su oportunidad la jurisprudencia española, tal como puede apreciarse del siguiente extracto de la sentencia del 10 de marzo de 2008 (rec.1608/2994) de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo³⁸:

“Como destaca la sentencia de 23 de noviembre de 2006 (casación 13/2004), esta doctrina jurisprudencial se plasmó luego en la modificación operada en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común por Ley 4/1999, de 13 de enero, disponiendo ahora el artículo

³⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Undécima edición. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2017.

³⁸ En: La caducidad del procedimiento sancionador. Jurisprudencia reciente. Recuperado el 10 de julio de 2018 del sitio web:

<https://ayzenmyoo.wordpress.com/2009/09/02/la-caducidad-del-procedimiento-sancionador-hablando-claro-y-con-apoyo-en-la-jurisprudencia-reciente/>

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM

44 que en los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad por el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa (...)

Tal como lo indica la cita precedente, la vigente normativa española, en el artículo 44 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común³⁹ prevé que:

“En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad. En estos casos, la resolución que declare la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones (...)”.

- De otro lado, si bien el Derecho Civil y el Derecho Administrativo constituyen dos disciplinas jurídicas distintas, corresponde revisar si la regulación que la caducidad ha tenido en el ámbito civil puede coadyuvar a la interpretación de la norma que, sobre dicha institución, se ha incorporado en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Así, sobre la caducidad en el ámbito civil, el autor Fernando Vidal Ramirez señala lo siguiente⁴⁰:

“En el Instituto de la Caducidad, más que en el de la Prescripción Extintiva, se aprecia, pues, el imperativo de la ley por definir o resolver una situación jurídica. Por ello, refiriéndose a los plazos de caducidad, Joserrand dice que funcionan como una guillotina, sin tener en cuenta ninguna consideración, porque son completamente extraños a toda idea de prueba y de presunción; instituyen una realidad, no consagran un cálculo de probabilidades; van directamente al fin sin que nada pueda hacer que se desvíen; son verdaderas medidas de policía jurídica, libres de toda aleación.

(...)

Creemos que puede resumirse el fundamento de la Caducidad, en conclusión, en el principio de seguridad jurídica, pues lo que ella trata es de evitar el elemento de incertidumbre que puede presentarse en una situación jurídica que puede ser alterada, pero para cuya alteración el interesado debe actuar en un plazo prefijado”.

- Considerando entonces la finalidad que persigue el instituto de la caducidad, así como la oportunidad en que se produce la eficacia del acto administrativo, de la misma manera que ésta se inicia con la notificación de la imputación de cargos debe finalizar con la notificación de la resolución sancionadora. Similar criterio corresponde ser aplicado para el caso de la resolución que amplía el plazo para resolver.
- Respecto del cómputo de la caducidad luego de que se declara la nulidad de la resolución sancionadora y se retrotrae el procedimiento sancionador, corresponde considerar que el numeral 2) del artículo 257 del TULO de la LPAG establece que, vencido el plazo de caducidad, se archiva el procedimiento.

³⁹ Disponible en: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-847>

⁴⁰ VIDAL RAMIREZ, Fernando. Prescripción Extintiva y Caducidad. Gaceta Jurídica Editores S.R.L., Lima Perú. Tercera Edición. 1999. Pág. 191.

RESOLUCIÓN DE SALA PLENA N° 001-2018-OS/STOR-TASTEM

- Consecuentemente, si se retrotrae el procedimiento a la etapa en que se produjo el vicio, no cabe interpretar que deba iniciarse un nuevo cómputo del plazo de caducidad (nueve meses o hasta doce meses si es ampliado el plazo por resolución motivada).
- En ese sentido, el órgano sancionador deberá reanudar el cómputo del plazo de caducidad de nueve o hasta doce meses, según corresponda, desde el momento en que se produjo el vicio que generó la nulidad de la resolución sancionadora. De encontrarse dentro del plazo de nueve meses desde que fue reanudado el cómputo, el órgano sancionador podrá ampliar dicho plazo, para lo cual deberá efectuar la notificación de la resolución ampliatoria dentro de los nueve meses.

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.”