

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I Análisis de la constitucionalidad y legalidad de la propuesta

El literal c) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, la función normativa de los Organismos Reguladores, entre ellos Osinergmin, comprende la facultad exclusiva de dictar entre otros, en el ámbito y en materia de su respectiva competencia, los reglamentos y las normas que regulen los procedimientos a su cargo, referidas a las obligaciones o derechos de las entidades supervisadas o sus usuarios.

Específicamente para Osinergmin, el artículo 3 de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional de Osinergmin, dispuso que el Consejo Directivo está facultado para aprobar procedimientos administrativos especiales que normen los procedimientos administrativos vinculados a sus funciones supervisora, fiscalizadora y sancionadora.

Por su parte, el artículo 20 de la Ley N° 28964, Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras a Osinerg, faculta a este organismo a establecer el procedimiento de ejecución de las decisiones y resoluciones de sus órganos.

En concordancia con lo anterior, el inciso b) del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2016-PCM, establece como función del Consejo Directivo el ejercer la función normativa de Osinergmin, de manera exclusiva, a través de resoluciones.

En virtud de las mencionadas normas, se emitió la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, que aprobó el Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de Actividades Energéticas y Mineras de Osinergmin, que tiene por objeto establecer las disposiciones aplicables a las funciones supervisora y sancionadora de Osinergmin; así como aquellas referidas a la ejecución de los actos administrativos que emita en el ejercicio de las citadas funciones.

II. Descripción del problema

2.1. Antecedentes

Con fecha 21 de diciembre de 2016; se publicó en el diario oficial El Peruano el Decreto Legislativo N° 1272, el cual realizó diversas modificaciones e incorporó nuevas disposiciones a la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, principalmente en el ejercicio de las potestades de fiscalización y sanción¹.

¹ En cuanto a la potestad de fiscalización, se incorporó un régimen general, el cual, de acuerdo al artículo 228-A de la LPAG, sirve como límite y parámetro de interpretación para la aplicación de las normas especiales que otorguen dicha potestad a las entidades de la Administración. Entre los principales aspectos que se han regulado se encuentran los deberes y facultades de la Administración en el ejercicio de la actividad de fiscalización, los deberes y derechos de los administrados fiscalizados y las actas de fiscalización.

Por su parte, la potestad sancionadora también fue modificada en múltiples aspectos, los cuales fundamentalmente son los principios de la potestad sancionadora, el cómputo de los plazos de prescripción de las infracciones administrativas, y los eximentes y atenuantes de la responsabilidad por infracciones. Al igual que en el caso de la potestad fiscalizadora, la potestad sancionadora se encuentra delimitada por la LPAG, de acuerdo a su artículo 229.

La Primera Disposición Complementaria Transitoria del mencionado Decreto Legislativo N° 1272 dispuso que las entidades contaban con un plazo de sesenta (60) días; contados desde su vigencia, para adecuar sus procedimientos especiales según lo dispuesto en el numeral 2. del artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444, que dispone que los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones. menos favorables a los administrados que las previstas en dicha ley.

En cumplimiento de dicha disposición, el Consejo Directivo de Osinergmin aprobó mediante la Resolución N° 040-2017-OS/CD, el Reglamento de Supervisión y Fiscalización de Actividades Energéticas y Mineras de Osinergmin (en adelante, el Reglamento SFS), adecuado a las disposiciones de la Ley N° 27444 modificado por el Decreto Legislativo N° 1272.

Posteriormente, el 16 de diciembre de 2018 se publicó el Decreto Legislativo N° 1452, que establecía nuevas modificaciones a la Ley N° 27444, aprobándose luego mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG)

Asimismo, desde el año 2017 en que fue aprobado el Reglamento de SFS se ha advertido que ciertas disposiciones necesitan ser modificadas a fin de que el cumplimiento de las potestades de fiscalización y sanción de Osinergmin se desarrollen de forma más óptima, en aras de propiciar el cumplimiento normativo y la adecuada prestación de los servicios públicos que tutela, además de asegurar el respeto de las garantías inherentes a los principios de legalidad y debido procedimiento.

III. Fundamento de la propuesta

III.1 Objetivos de la Iniciativa

Objetivo General:

- Optimizar el ejercicio de las funciones fiscalizadora y sancionadora por parte de Osinergmin; así como la ejecución de las medidas administrativas.

Objetivos Específicos:

- Complementar y precisar aspectos de la actividad de fiscalización y del procedimiento administrativo sancionador con fines de predictibilidad y respetando las garantías del debido procedimiento del administrado.
- Mejorar la aplicación de las medidas administrativas, así como el procedimiento para su ejecución.

III.2 Análisis de la propuesta

Entre los principales aspectos que contiene la propuesta normativa respecto del vigente Reglamento de SFS, se encuentran los siguientes:

a) Sobre la definición y alcances de la actividad de fiscalización

De acuerdo al artículo 239² de la LPAG, la actividad de fiscalización, abarca 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, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica.

En ese sentido, si bien el referido artículo permite cualquier denominación para la actividad de fiscalización en tanto se enmarque en la normativa especial que la regula, se considera conveniente adecuar la denominación y alcances de la función supervisora atribuida en el artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos³ a la potestad fiscalizadora desarrollada en la LPAG.

Dicha función, se encuentra reglada, encontrándose previstas una serie de condiciones y exigencias que deben ser cumplidas por las entidades de la Administración Pública, a fin de que su ejercicio se realice con arreglo al ordenamiento jurídico, respetando los derechos de los administrados.

En ese sentido, se considera necesario con fines de predictibilidad en los administrados, incluir algunas disposiciones tales como:

- Que Osinergmin en ejercicio de su potestad fiscalizadora, además de las facultades generales previstas en el artículo 240 de la LPAG, también cuenta, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley N° 27332⁴, con las facultades específicas establecidas en el título I del Decreto Legislativo N° 807⁵.

² **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 239.- Definición de la actividad de fiscalización

239.1 *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, 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, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos. Solamente por Ley o Decreto Legislativo puede atribuirse la actividad de fiscalización a las entidades. Por razones de eficacia y economía, las autoridades pueden coordinar para la realización de acciones de fiscalización conjunta o realizar encargos de gestión entre sí.*

239.2 *Independientemente de su denominación, las normas especiales que regulan esta función se interpretan y aplican en el marco de las normas comunes del presente capítulo, aun cuando conforme al marco legal sean ejercidos por personas naturales o jurídicas privadas.*

³ **LEY N° 27332, LEY MARCO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

“Artículo 3.- Funciones

3.1 *Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:*

- a. *Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas;*

(...)”

⁴ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

“Artículo 240.- Facultades de las entidades que realizan actividad de fiscalización

(...)

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

1. *Requerir al administrado objeto de la fiscalización, la exhibición o presentación de todo tipo de documentación, expedientes, archivos u otra información necesaria, respetando el principio de legalidad.*
2. *El acceso a la información que pueda afectar la intimidad personal o familiar, así como las materias protegidas por el secreto bancario, tributario, comercial e industrial y la protección de datos personales, se rige por lo dispuesto en la Constitución Política del Perú y las leyes especiales.*
3. *Interrogar a las personas materia de fiscalización o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones.*

- Precisar el uso de herramientas de tecnologías de la información y comunicaciones para las acciones de supervisión.
- Determinar las acciones con las cuales se concluye la actividad de fiscalización, bajo el marco de lo dispuesto en el artículo 245 de la LPAG (inexistencia de observaciones referidas a incumplimientos; existencia de incumplimientos que, de ser subsanados, no serían susceptibles de ameritar la determinación de responsabilidades administrativas; recomendación de inicio de un procedimiento administrativo sancionador con el fin de determinar las responsabilidades administrativas que correspondan), lo que debe ser oportunamente informado al administrado, en aras tanto de generar predictibilidad sobre la actuación de la Administración, como de brindar seguridad jurídica.
- Determinar las acciones a realizar por la Autoridad Instructora (archivo de la instrucción o el inicio del procedimiento administrativo sancionador).

b) Sobre las medidas administrativas

Las medidas administrativas son aquellas disposiciones de carácter individual que son emitidas por la autoridad competente con la finalidad de tutelar de manera directa el interés público, a fin de: restablecer el ordenamiento jurídico incumplido y asegurar el cumplimiento normativo, o prevenir el riesgo o la ocurrencia de un daño.

-
4. *La citación o la comparecencia personal a la sede de las entidades administrativas se regulan por los artículos 69 y 70.*
 5. *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. *Tomar copia de los archivos físicos, ópticos, electrónicos u otros, así como tomar fotografías, realizar impresiones, grabaciones de audio o en video con conocimiento previo del administrado y, en general, utilizar los medios necesarios para generar un registro completo y fidedigno de su acción de fiscalización.*
 7. *Realizar exámenes periciales sobre la documentación y otros aspectos técnicos relacionados con la fiscalización.*
 8. *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.*
 9. *Ampliar o variar el objeto de la acción de fiscalización en caso que, como resultado de las acciones y diligencias realizadas, se detecten incumplimientos adicionales a los expresados inicialmente en el referido objeto.*
 10. *Las demás que establezcan las leyes especiales"*

⁵ **DECRETO LEGISLATIVO N° 807, LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACION DEL INDECOPI**

"Artículo 1.- Las Comisiones y Oficinas del Indecopi gozan de las facultades necesarias para desarrollar investigaciones relacionadas con los temas de su competencia. Dichas facultades serán ejercidas a través de las Secretarías Técnicas o Jefes de Oficinas y de los funcionarios que se designen para tal fin. Podrán ejercerse dentro de los procedimientos iniciados o en las investigaciones preliminares que se lleven a cabo para determinar la apertura de un procedimiento."

"Artículo 2.- Sin que la presente enumeración tenga carácter taxativo cada Comisión, Oficina o Sala del Tribunal del INDECOPI tiene las siguientes facultades:

- a. *Exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia comercial y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas.*
- b. *Citar e interrogar, a través de los funcionarios que se designe para el efecto, a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas o grabaciones en video.*
- c. *Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. Para ingresar podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública. De ser necesario el descerraje en el caso de locales que estuvieran cerrados será necesario contar con autorización judicial, la que deberá ser resuelta en un plazo máximo de 24 horas."*

Las medidas administrativas son un complemento necesario a la actividad de fiscalización y a la potestad sancionatoria, puesto que, a diferencia de las sanciones, las medidas administrativas no tienen por objeto penalizar el incumplimiento en el que incurre el agente fiscalizado, sino que su propósito es que éste actúe apegado a sus deberes o para evitar que se cometa o se continúe la comisión de un ilícito administrativo.

En este orden de ideas, al amparo de sus funciones de fiscalización y sanción, Osinergmin está facultado a imponer diversas medidas administrativas, tales como: mandatos, medidas de seguridad, medidas cautelares y medidas correctivas; cada una de las cuales responde a diversas situaciones en atención a su naturaleza, que se precisan en la propuesta normativa:

- Las medidas de seguridad impuestas durante las acciones de fiscalización, al advertir indicios de peligro inminente que pudieran afectar la seguridad pública o la prestación de un servicio público. Se considera que existen tales indicios de peligro inminente cuando: i) la calificación de la medida de seguridad se encuentre determinada como tal en la normativa, ii) se realicen actividades que no se encuentren debidamente autorizadas de acuerdo a la legislación vigente, o iii) Osinergmin considere que, de mantenerse las condiciones de falta de seguridad advertidas, existe el peligro que puede materializarse en un daño para la vida o la salud de las personas o bienes de terceros, o a la integridad de los bienes de la concesión o de la infraestructura con los que se presta un servicio público.
- Las medidas cautelares impuestas durante el desarrollo de una acción de fiscalización o en tanto se tramite el procedimiento administrativo sancionador, con la finalidad de asegurar el normal desarrollo de tales actividades, facilitar la ejecución de la sanción; o evitar que se produzca o se mantenga una afectación a los bienes jurídicos tutelados.
- Las medidas correctivas que se imponen al advertirse una situación contraria al ordenamiento jurídico que se encuentre bajo el ámbito de sus competencias, con la finalidad de corregir o reestablecer la legalidad alterada.
- Los mandatos que son utilizados para la obtención de información o la disposición de otras acciones que coadyuvan en el ejercicio de las actividades de fiscalización o instrucción.

Asimismo, se precisa que al amparo de los artículos 203 y 226 de la LPAG, las medidas administrativas tienen carácter ejecutorio, por lo que pueden ser ejecutadas, aun cuando hayan sido impugnadas mediante la interposición de recursos administrativos o no hayan agotado la vía administrativa.

En línea con lo anterior, se considera necesario que los recursos administrativos contra las medidas administrativas sean atendidos en un menor plazo que el actualmente establecido de treinta (30) días, por lo que se propone modificarlo a diez (10) días desde que es elevado el expediente al TASTEM, teniendo a su vez el órgano que emitió la medida un plazo máximo de tres (3) días para elevarlo.

c) **Sobre las multas coercitivas**

Entre las potestades administrativas con las que cuentan las entidades de la Administración Pública se encuentra la autotutela ejecutiva que supone la capacidad de entidad de disponer el cumplimiento de sus decisiones administrativas, aun en contra de la voluntad del sujeto administrado obligado a dicho cumplimiento, sin necesidad de acudir a un órgano jurisdiccional, valiéndose de medios de coacción y/o coerción, que deriva del carácter ejecutorio de los actos administrativos.

Esta facultad denominada como ejecución forzosa es regulada por el artículo 205 de la LPAG, y requiere que la entidad constatare la verificación de los siguientes presupuestos: i) Acto administrativo constitutivo o declarativo de una obligación a favor de la entidad; ii) Prestación determinada clara, íntegra y por escrito; iii) Obligación derivada de una atribución de imperio o relación de derecho público; iv) Requerimiento al administrado para cumplimiento bajo apercibimiento; v) Ejecución no reservada al Poder Judicial.

Asimismo, a fin de poder hacer efectiva la ejecución forzosa, la LPAG ha establecido en su artículo 207 cuatro mecanismos de ejecución forzosa: i) Ejecución coactiva; ii) Ejecución subsidiaria; iii) Multa coercitiva; iv) Compulsión sobre las personas.

De esta manera, al amparo de la habilitación dispuesta en el artículo 20 de la Ley N° 28964, el Reglamento SFS contempla el procedimiento aplicable a la ejecución de sanciones y de medidas administrativas, así como las multas coercitivas.

Conforme a los artículos 207 y 210 de la LPAG, la multa coercitiva es un medio de ejecución forzosa, por el cual, la Administración Pública impone al obligado multas reiteradas en el tiempo, a fin de compelerlo a cumplir con la obligación que ésta disponga. Las multas coercitivas se aplican en los siguientes supuestos: i) Actos personalísimos en que no proceda la compulsión sobre la persona del obligado; ii) Actos en que, procediendo la compulsión, la administración no la estimara conveniente; y iii) Actos cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona.

Resulta importante precisar que el numeral 210.2 de la LPAG establece que las multas coercitivas son independientes de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas.

En el caso de Osinergmin, la imposición de multas coercitivas deriva de la emisión previa de una medida administrativa, cuyo incumplimiento genera como apercibimiento la aplicación de este medio de ejecución forzosa. Dicho de otra manera, la multa coercitiva resulta ser un efecto inmediato del acto que le sirve de título, lo cual es concordante con su carácter instrumental, como mecanismo de ejecución.

A fin de asegurar el cumplimiento de las medidas administrativas dictadas por Osinergmin, la normativa faculta a la imposición de multas coercitivas sin que sea necesario que previamente se haya agotado la vía administrativa, dado el carácter ejecutorio de los actos administrativos (que no tienen la calidad de sanciones).

En esta línea, conforme al numeral 217.2 de la LPAG, tienen carácter impugnables las medidas administrativas o las sanciones que imponga la entidad, respecto de las cuales el administrado puede ejercer su derecho de defensa; sin embargo, respecto de las medidas administrativas, dado su carácter ejecutorio, no se requiere el agotamiento de la vía administrativa para requerir su ejecución.

En este orden de ideas, las multas coercitivas no tienen carácter impugnabile, pues es el acto administrativo que sirve de título para su ejecución (la medida administrativa) el que lo tiene.

Cabe mencionar que, considerar que las multas coercitivas tienen carácter impugnabile resultaría contrario al carácter ejecutorio que la ley les otorga a los actos administrativos materia de ejecución vía multa coercitiva; además de promover conductas procedimentales contrarias a la buena fe al pretender dilatar el cumplimiento a través del cuestionamiento de la medida administrativa vía el recurso a una multa coercitiva que solo la está ejecutando.

Sobre este punto en particular, resulta importante indicar que otras entidades públicas han brindado el mismo tratamiento a las multas coercitivas que emitan en ejercicio de sus funciones, tales como: el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)⁶, la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV)⁷, el Organismos de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA)⁸.

Ligado a la inimpugnabilidad de las multas coercitivas, Osinergmin considera importante también, en aras de la predictibilidad de sus decisiones, que el importe a imponer se encuentre predeterminado. En razón a ello, la propuesta contiene la fórmula de cálculo de esta, siendo importante recordar que antes de su imposición se otorga al administrado la posibilidad de dar cumplimiento bajo apercibimiento. En el Anexo que se acompaña se encuentra el sustento económico de la fórmula de cálculo

⁶ **CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

“Artículo 117.- Multas coercitivas por incumplimiento de mandatos.

Si el obligado a cumplir con un mandato del Indecopi respecto a una medida correctiva o a una medida cautelar no lo hace, se le impone una multa coercitiva no menor de una (1) Unidad Impositiva Tributaria, tratándose de una microempresa; en todos los otros supuestos se impone una multa no menor de tres (3) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

En caso de persistir el incumplimiento de cualquiera de los mandatos a que se refiere el primer párrafo, el órgano resolutivo puede imponer una nueva multa, duplicando sucesivamente el monto de la última multa impuesta hasta el límite de doscientas (200) Unidades Impositivas Tributarias (UIT). La multa que corresponda debe ser pagada dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, vencido el cual se ordena su cobranza coactiva.

No cabe la impugnación de las multas coercitivas previstas en el presente artículo.”

“Artículo 118.- Multas coercitivas por incumplimiento del pago de costas y costos

Si el obligado a cumplir la orden de pago de costas y costos no lo hace, se le impone una multa no menor de una (1) Unidad Impositiva Tributaria (UIT).

En caso de persistir el incumplimiento de lo ordenado, el órgano resolutivo puede imponer una nueva multa, duplicando sucesivamente el monto de la última multa impuesta hasta el límite de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT). La multa que corresponda debe ser pagada dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, vencidos los cuales se ordena su cobranza coactiva.

No cabe la impugnación de las multas coercitivas previstas en el presente artículo.”

⁷ **NORMAS PARA LA APLICACIÓN DE MULTAS COERCITIVAS - RESOLUCIÓN DE SUPERINTENDENCIA N° 00014-2018**

“Artículo 3°.- Carácter inimpugnabile de la multa coercitiva

Ante la imposición de la multa coercitiva a que se refieren las presentes normas, no procede la interposición de recurso administrativo, lo cual no limita el derecho del administrado de recurrir al poder judicial con arreglo a Ley. “

⁸ **REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN - RESOLUCIÓN N° 006-2019-OEFA-CD**

“Artículo 36.- Trámite de multas coercitivas

36.1 *Una vez verificado el incumplimiento de la medida administrativa, se comunica al administrado los resultados de la acción de supervisión, otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles para que acredite cumplimiento.*

36.2 *Mediante resolución directoral, la Autoridad de Supervisión impone al administrado la multa coercitiva y se le otorga un plazo de siete (7) días hábiles para el pago de la multa coercitiva, contado desde la notificación del acto que la determina. Vencido el plazo, se comunica al ejecutor coactivo.*

36.3 *En caso persista el incumplimiento de la medida administrativa, se impone una nueva multa coercitiva, hasta que se cumpla con la medida administrativa ordenada. Frente a la imposición de una multa coercitiva no procede la interposición de recurso impugnativo.”*

de la multa coercitiva elaborado por la Gerencia de Política y Análisis Económico de Osinergmin.

De otro lado, la propuesta precisa que en el marco de lo dispuesto en el inciso 6 del artículo 205 de la LPAG⁹, que en los procedimientos trilaterales, en los que se hubiese dictado una medida correctiva a uno de los administrados en favor del otro, ello tiene carácter de título ejecutivo, que legitima al administrado beneficiado a acudir a la vía judicial a fin de lograr el cumplimiento de los efectos de la medida dictada a su favor.

Lo anteriormente señalado, de manera concordada con el inciso 1 del citado artículo 205 de la LPAG, resulta de aplicación en los casos en los cuales la referida medida administrativa consista en una obligación pecuniaria en favor de una de las partes, no así cuando involucre aspectos vinculados a la prestación del servicio (como acceso, calidad, seguridad), en los cuales sí se cumple el requisito vinculado a ser una acción a favor de la entidad en su calidad de supervisora de dicho servicio en beneficio del interés público.

III.4 Fuentes consultadas

Para la elaboración de la presente propuesta normativa se ha revisado su antecedente, el vigente Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de Actividades Energéticas y Mineras de Osinergmin aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD.

Asimismo, se ha revisado como referencia los reglamentos de diversas entidades que cuentan con potestades de fiscalización y sanción, tales como: el Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA aprobado por Resolución N° 027-2017-OEFA/CD y el Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones del OSITRAN aprobado por la Resolución N° 009-2018-CD-OSITRAN.

También se ha revisado normativa referida a la aplicación de multas coercitivas como mecanismo de ejecución forzosa, como es el caso de las “Normas para la aplicación de multas coercitivas” aprobada por Resolución de Superintendencia N° 00014-2018 y el Reglamento de Supervisión del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental aprobado por Resolución N° 006-2019-OEFA/CD.

Además, se ha consultado doctrina relacionada al ejercicio de la actividad de fiscalización y la potestad sancionatoria; el informe externo referido a los alcances y aplicación de las multas coercitivas; así como los informes económicos referidos a la metodología para la aplicación de las multas coercitivas, cuyo sustento ha sido incorporado en el Anexo de la presente exposición de motivos.

⁹ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL "Artículo 205.- Ejecución forzosa**

(...)

6. *En el caso de procedimientos trilaterales, las resoluciones finales que ordenen medidas correctivas constituyen títulos de ejecución conforme a lo dispuesto en el artículo 713 inciso 4) del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 28494, una vez que el acto quede firme o se haya agotado la vía administrativa.*

En caso de resoluciones finales que ordenen medidas correctivas, la legitimidad para obrar en los procesos civiles de ejecución corresponde a las partes involucradas."

IV. Análisis Costo-Beneficio

A continuación se identifican los potenciales impactos generados por la propuesta, clasificados en beneficios y costos:

	BENEFICIOS	COSTOS
AGENTES FISCALIZADOS	<ul style="list-style-type: none">- Mayor predictibilidad en el desarrollo y conclusión de las actividades de fiscalización.- Permite que la empresa mejore su imagen y reputación al demostrar el cumplimiento de sus obligaciones frente a sus usuarios y público en general.- Otorga predictibilidad para que la empresa previamente a la imposición de la multa coercitiva pueda determinar su importe.	<ul style="list-style-type: none">- Los costos se encuentran ya internalizados por las empresas en tanto están obligadas a dar cumplimiento a sus obligaciones
OSINERGMIN	<ul style="list-style-type: none">- Permite un desarrollo más eficiente y transparente de las actividades de fiscalización frente a los agentes fiscalizados.- Permite mejorar la valoración positiva de las funciones de fiscalización y sanción de Osinergmin por parte de los usuarios y la sociedad en su conjunto.- Mejora la eficacia de las medidas administrativas impuestas y, con ello, la adecuada prestación de los servicios a cargo de los Agentes Fiscalizados.- Incentiva un mayor respeto por el orden jurídico generando a su vez, una mayor percepción de seguridad jurídica.	<ul style="list-style-type: none">- Los costos de las actividades contenidas en el Reglamento están contempladas en el presupuesto institucional.
SOCIEDAD	<ul style="list-style-type: none">- Recibir una adecuada prestación del servicio a cargo de los Agentes Fiscalizados.- Disminuye las posibles externalidades negativas que podrían generarse como consecuencia de los incumplimientos- Fomenta una mayor percepción de protección del Estado en aquellos servicios altamente necesarios como peligrosos.	<ul style="list-style-type: none">- No se han identificado costos.

V. Análisis del impacto de la norma en la legislación nacional

La presente propuesta normativa deja sin efecto la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS/CD, que aprobó el Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de Actividades Energéticas y Mineras de Osinergmin.

Asimismo, se señala que todas las disposiciones normativas de aplicación para Osinergmin en las que se hace mención a “supervisión”, “función supervisora” o términos semejantes, son ejercidas conforme a la normativa que rige a la actividad de fiscalización, la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y la propuesta normativa.

ANEXO

SUSTENTO DE LA METODOLOGÍA PARA EL CÁLCULO DE MULTAS COERCITIVAS

1. En el caso de las multas coercitivas, cuya naturaleza es distinta de una multa administrativa de carácter sancionatorio, se mantiene el principio básico respecto a que los agentes económicos adoptan decisiones violatorias del orden jurídico cuando el beneficio de dicho incumplimiento es mayor al costo que enfrentarían en caso sean descubiertos y sentenciados.
2. Sin embargo, las multas coercitivas son una consecuencia de actos de desacato del administrado e implican decisiones con un alcance temporal diferente a aquellas infracciones que son materia de las sanciones.
3. Hay que considerar que, si el infractor no cumple con lo dispuesto por Osinergmin luego del plazo otorgado, la multa coercitiva se duplica. Así, en aplicación del principio de razonabilidad, la presente metodología propuesta es —también por esta razón— conservadora.
4. Se identificaron tres tipos de metodologías para determinar una multa: 1) Caso por caso; 2) en función de los ingresos de la infractora; y 3) multas preestablecidas.
5. La primera metodología coincide con el actual esquema sancionador de Osinergmin donde la multa se determina estimando los beneficios ilícitos obtenidos por el administrado infractor, considerando la probabilidad de detección y, de ser el caso, los daños ocasionados por la infracción. Esta metodología fue validada por la OCDE (2020)¹⁰. Sin embargo, esta metodología obliga a realizar cálculos específicos cada vez que tengan un expediente en trámite, lo que genera incertidumbre en los administrados y dificulta el accionar de la Administración.
6. Una segunda metodología consiste en aplicar multas preestablecidas, las cuales pueden ser fijas para infracciones de índole administrativo, o variable según las características de la infracción (gravedad) o del infractor (tamaño de la empresa). De acuerdo con Coronado et al. (2020)¹¹, la aplicación de este método es eficiente para casos donde hay una alta recurrencia del mismo tipo de hecho infractor en el tiempo. Sin embargo, establecer montos fijos elimina la posibilidad de ajustar el monto de la multa a las características de los agentes infractores con lo cual reduce su capacidad disuasiva: si la multa es pequeña no disuade y, si es muy alta, tampoco lo hace en la medida es que sería impagable para los agentes administrados que tienen un tamaño pequeño. En sectores de alta variabilidad en los tamaños relativos de ventas, como hidrocarburos o minería, este tipo de sanciones sería poco eficiente.
7. Una tercera metodología consiste en que la multa sea determinada en función de los ingresos del infractor. Al respecto, el BID (2018)¹² en su revisión del método de cálculo de sanciones pecuniarias aplicadas por Indecopi ante infracciones a la libre competencia, considera que calcular con exactitud el beneficio ilícito es muy difícil, complica el procedimiento sancionador y eleva la probabilidad de que prosperen las apelaciones en la vía judicial.

¹⁰ OECD (2020), Regulatory Enforcement and Inspections in the Environmental Sector of Peru, OECD Publishing, Paris. Página 52.

¹¹ Coronado J., Trelles J., Tupayachi R., Sánchez J., Rivera L. y V. La Noire (2020). Propuesta metodológica para el cálculo de multas en el Indecopi. Documento de Trabajo N° 01-2020/GEE. Gerencia de Estudios Económicos. Pág. 23-25.

¹² BID (2018) Sobre el derecho y política de competencia: Perú. Pag. 147. OCDE (2018) Exámenes inter-pares de la OCDE

8. Así, la metodología propuesta para el cálculo de la multa coercitiva es la que utiliza una proporción del ingreso del infractor (tasa sobre los ingresos). Este enfoque tiene la ventaja de ser sencillo y utilizar datos fácilmente identificables para calcular la multa. Además, el método propuesto ofrece la ventaja de ser expeditivo pues proporciona una regla clara de decisión y cálculo. Este método permite también modular la sanción a las características de las empresas y resulta particularmente apropiado cuando los sectores regulados presentan una variabilidad amplia en las características de las empresas administradas. Por consiguiente, todo lo anterior redundará en una mayor transparencia y predictibilidad en los agentes administrados.
9. Así, dadas las consideraciones generales anteriormente expuestas, para la determinación de la multa coercitiva, se consideran dos elementos: a) ingreso promedio mensual y tasa aplicable.

- a. **Ingreso promedio mensual:** es una medida de riqueza, la cual se calcula como el ingreso promedio de las últimas 12 facturaciones mensuales de cada empresa que desacata la medida administrativa. Así, se recoge un comportamiento más preciso de los ingresos del agente bajo competencia de Osinergmin y se reduce una posible estacionalidad de sus flujos.

El enfoque de riqueza está asociado directamente a los ingresos del agente. Se toma a los ingresos por ventas como una aproximación de la riqueza de la empresa por las siguientes razones:

- Los ingresos son la contraprestación que recibe una empresa a raíz del aprovisionamiento de bienes o servicios. Se considera a las ventas como una variable que permite aproximarse al nivel de riqueza.
- Los ingresos mensuales representan la mínima unidad de tiempo contable para una empresa promedio a efectos fiscales e, inclusive, en muchos procesos de facturación de servicios privados (telefonía, electricidad, gas natural).

- b. **Tasa aplicable:** es el porcentaje que resulta de calcular los ratios de utilidades netas sobre ingresos de las empresas, según el sector y subsector al que pertenezcan. Esta tasa se ha determinado en 2%.

La referida tasa aplicable al cálculo de las multas coercitivas de 2% corresponde al promedio ajustado de los diferentes sectores, ya que aplicar el promedio de las tasas de los sectores como un valor único aplicable a todos ellos, proporciona claridad, transparencia y un trato igualitario a todos los agentes administrados, en la medida en que el desacato a una medida administrativa del organismo regulador constituye una infracción diferenciada de las infracciones sustantivas.

La tasa se obtuvo como el promedio de las tasas de rentabilidades (utilidad neta sobre ingresos) de las empresas de cada sector que estén en el decil más bajo. Específicamente, se consideraron los siguientes pasos:

- i. Se calculó la tasa de rentabilidad de cada empresa por unidad de tiempo¹³, y se definió como $r_{it} = \frac{UN_{it}}{I_{it}}$,

donde:

UN_{it} es la Utilidad Neta obtenida en el periodo t por la empresa i , con $i = 1, 2, 3, \dots, n$

I_{it} es el Ingreso por ventas correspondiente al periodo t por la empresa i .
 t es el número de períodos observados, $t = 1, 2, 3, \dots, T$

- ii. Así, se obtuvo la matriz de rentabilidades (MR).

$$MR = \begin{bmatrix} r_{11} & \dots & r_{1T} \\ \vdots & \ddots & \vdots \\ r_{n1} & \dots & r_{nT} \end{bmatrix}$$

- iii. Luego, a partir de los valores de la matriz MR , se construye un conjunto ordenado de mayor a menor y solo con valores positivos. A este conjunto se le denomina VRO y se obtiene:

$$VRO = \{R_1, R_2, R_3, \dots, R_x\}$$

donde, $\{R_i \in VR \wedge 0 < R_i < R_{i+1}, \forall i\}$

Además, $x \leq n * T$

- iv. El conjunto anterior, VRO , fue dividido en deciles para cada sector. Para efectos del cálculo de las multas coercitivas, se consideró al menor decil. Así se obtuvo el conjunto siguiente, compuesto por las tasas de rentabilidad del menor decil:

$$C_{10} = \{R_1, R_2, R_3, \dots, R_{X'}\}$$

donde $C_{10} \in$ menor decil de VRO ; además $X' = x/10$

- v. Luego se calculó, para cada sector, la tasa promedio del menor decil de rentabilidades C_{10} :

$$\mu_R = \sum_{i=1}^{X'} \frac{R_i}{(X')}, (R_i \in C_{10})$$

¹³ Se tomó al trimestre como unidad de tiempo, dado que las empresas reportan trimestralmente sus reportes financieros. Se recopiló información desde el 2007 hasta el cierre del 2017.

vi. Finalmente, las tasas de cada sector se promediaron y se obtuvo el 2%, redondeado hacia abajo¹⁴

10. La multa coercitiva, entonces, será el resultado de multiplicar el ingreso promedio mensual por 2% según la fórmula siguiente:

$$Multa\ coercitiva = 0.02 * \left\{ \sum_{t=T-12}^{T-1} \frac{I_{it}}{12} \right\}$$

Siendo:

I_{it} = ingreso mensual del agente infractor

T = mes en que se detecta el desacato de la medida administrativa

INFORMACIÓN UTILIZADA

A- Sector energético

A.1. Sub sector eléctrico

Para el caso del sector eléctrico, las empresas reportan sus estados financieros a la Gerencia de Regulación Tarifaria de Osinermin por concepto de contabilidad regulatoria. Por lo tanto, se tomó esta fuente para los cálculos en este sector, como se muestra en el Cuadro N° 1.

Cuadro N° 1: Información del sector eléctrico

Tipo de agente	Fuente de datos	Periodicidad	Link
Empresas eléctricas	GRT-Osinermin	Mensual	GRT-Osinermin

Fuente y elaboración: Osinermin.

La fuente proporciona información para calcular la tasa de rentabilidad y el ingreso mensual promedio por subsector (generación, transmisión y distribución) de las empresas reguladas. La información es confiable y actualizada trimestralmente en soles (S/).

¹⁴ Tasa por sector:

Sector	Tasa
Electricidad	3.22%
Minería	2.81%
Hidrocarburos	0.76%

Promedio: 2.263

Fuente: SMV, Calidda y Osinermin. Elaboración: Osinermin

A.2 Sub sector de hidrocarburos

A.2.1 Mercado de hidrocarburos líquidos y GLP

Este subsector se caracteriza por tener una gran cantidad de empresas en las diferentes partes de la cadena productiva y comercial. Además de la heterogeneidad de sus empresas, hay una escasa información en fuentes públicas acerca de sus ingresos.

Los mercados de hidrocarburos líquidos y GLP no están sujetos a regulación tarifaria pero sí a supervisión de sus actividades. Por tanto, se utilizaron dos tipos de fuentes: información pública e información con que cuenta Osinergmin en tanto debe ser remitida periódicamente, como se muestra en el Cuadro N° 2:

Tipo de agente	Fuente de datos	Periodicidad	Link
Refinerías	Portal de la SMV	Trimestral y anual	http://www.smv.gob.pe/
Demás empresas del sector	DSR-Osinergmin	Diaria	DSR-Osinergmin

Fuente: SMV y Osinergmin. Elaboración: Osinergmin.

Para los casos de Petroperú y Refinería La Pampilla se recurrió a la SMV. En el caso de las demás empresas del sector, la mayoría de los jugadores son pequeños o por los requisitos actuales de la normativa no están obligados a publicar en el portal de esa entidad. Por lo tanto, se dispuso de fuentes internas:

- Existe información útil de ventas y precios en la Dirección de Supervisión Regional de Osinergmin para aproximar los ingresos de las empresas del sector.
- Las cantidades físicas transadas por los diferentes agentes formales de la cadena de hidrocarburos líquidos y GLP están registradas en el Sistema de Control de Órdenes de Pedido (SCOP).
- En el caso de los precios, estos pueden ser obtenidos a partir del sistema Price.

La información disponible en el portal de Osinergmin acerca de las empresas habilitadas en el sector (fecha de corte: 27 de noviembre 2019), señala la amplia cantidad de esas y la alta entrada y salida de las mismas.

Para el caso de las utilidades, la única fuente de información confiable, aunque acotada a Petroperú y Refinería La Pampilla, es la SMV.

A.2.2. Mercado de gas natural

Para obtener información de las empresas reguladas que realizan actividades de gas natural, se utilizaron dos tipos de fuentes públicas, como se muestra en el Cuadro N° 3.

Tipo de agente	Fuente de datos	Periodicidad	Link
Transportador de gas natural	Portal de la SMV	Trimestral y Anual	http://www.smv.gob.pe/
Distribuidor de gas natural	Página Web	Trimestral y Anual	https://www.calidda.com.pe/Paginas/Home.aspx

Fuente: SMV y Cálidda. Elaboración: Osinergmin.

La mayoría de las empresas del sector no publican sus resultados. Por lo tanto, en este caso, se utilizó la información de la SMV y la página web de Cálidda tanto para los cálculos de la utilidad neta como de los ingresos.

Se ingresó al portal de la SMV, en la sección de Emisores, luego, Mercado principal, y finalmente, a Información Financiera. Se obtuvo información trimestral (y anual) para Transportadora de gas del Perú (TgP).

En el caso de Cálidda, la ruta que se siguió fue la siguiente: Portal web de Cálidda, luego, Informes para Inversionistas y, finalmente, se entró a la sección de los Estados Financieros. Se obtuvo información trimestral y anual para ingresos y utilidades.

B. Sector minero

Las empresas mineras, como las de hidrocarburos líquidos y GLP, tampoco están obligadas a enviar información financiera a Osinergmin. Por ello, se utilizaron dos fuentes de información externas oficiales, como se muestra en el Cuadro N° 4:

Cuadro N° 4: Información del sector minero

Tipo de agente	Fuente de datos	Periodicidad	Link
Empresas mineras	Portal de la SMV	Trimestral y Anual	http://www.smv.gob.pe/
Empresas mineras	ESTAMIN	Acumulada anual (corte mensual)	http://extranet.minem.gob.pe/

Fuente: SMV y MINEM. Elaboración: Osinergmin.

La información de los ingresos de las empresas mineras que están en el ESTAMIN, está disponible respecto de minería no metálica y metálica. Respecto a esta última, existe información de empresas de la mediana y gran minería. La información tiene corte al último mes, pero es agregada para el año en curso. La información contiene las cantidades físicas y el valor por mina.

Se ingresó al portal de la SMV, en la sección de Emisores, luego, Mercado principal, y finalmente, a Información Financiera. En este portal, las principales empresas del país publican sus estados financieros. En el caso minero, principalmente, están las empresas que pertenecen a la gran minería y, específicamente, minería metálica. Se obtuvo información de las utilidades netas trimestral (y anual) de las empresas del sector.