

SOBRE LA TASA DE DESCUENTO APLICABLE PARA EL CÁLCULO DEL BENEFICIO ILÍCITO EN EL ÁMBITO DE LA GRADUACIÓN DE MULTAS DEL OEFA

El beneficio ilícito o factor "B" es uno de los factores más importantes para el cálculo de las multas ambientales; ya que, a través del mismo se realiza una de sus finalidades, que es la de eliminar cualquier ganancia o rendimiento económico generado a favor del agente infractor como consecuencia de la infracción.

Nótese que se hace referencia al rendimiento generado, vale decir, que efectivamente recibe el agente infractor, en tanto que el literal a) del numeral 3 del artículo 247° del TUO de la Ley N° 274444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS¹, señala que la graduación de la sanción debe considerar el beneficio ilícito "resultante" por la comisión de la infracción; con lo cual, la norma descarta la inclusión de ganancias o rendimientos potenciales o que podrían haberse generado.

La inclusión del factor "B" en el cálculo de las multas responde a la idea del costo de oportunidad, pues se asume que los fondos no utilizados por el infractor para cumplir con sus obligaciones ambientales están disponibles o podrían ser utilizados por éste para otras actividades rentables.

En la medida que el beneficio ilícito se enfoca en la ganancia económica generada a favor del infractor, ello podría ocurrir bajo los siguientes escenarios: **(i)** al no realizar las inversiones requeridas para cumplir con las obligaciones, **(ii)** por postergar o diferir tales inversiones a un momento distinto al requerido por la obligación; o, **(ii)** al obtener ingresos ilícitos adicionales que no se hubieran percibido de no haber cometido la infracción.

Por tal motivo, el beneficio ilícito de una infracción se compone, según sea el caso, por los costos evitados o no invertidos, costos postergados o invertidos a destiempo y los ingresos ilícitos. Usualmente, el OEFA sólo incluye dentro de este factor los costos evitados o postergados.

Ahora bien, en la medida que se asume que los fondos no invertidos o invertidos a destiempo generan una rentabilidad a favor del infractor, la agencia de fiscalización debe utilizar una **tasa de descuento** con la cual medirá la rentabilidad generada por tales fondos desde la fecha de la infracción hasta el momento en que se realiza la graduación de la multa, en el caso de los costos evitados; o hasta el momento en que se efectúa la inversión con la cual se subsana o corrige el incumplimiento, en el caso de los costos

¹ Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción (...)

postergados². Así, la multa no sólo incluirá el costo de cumplimiento a tiempo, sino también los ingresos adicionales generados por dicho costo hasta la fecha en que se impone la sanción o se cumple con la obligación.

La tasa de descuento que actualmente utiliza el OEFA es la tasa COK (costo de oportunidad de capital), a la cual ha denominado tasa COS (costo de oportunidad sectorial).

A nivel legal, el uso de la tasa COK estuvo regulada en el Anexo III de la Resolución N° 035-2013-OEFA-PCD, que aprobó el Manual Explicativo de la Metodología para el cálculo de las multas y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones (en adelante, Manual Explicativo). Posteriormente, dicho Anexo quedó derogado por Resolución N° 024-2017-OEFA-CD, publicada el 13 septiembre 2017.

En el pie de página N° 9 del derogado Manual Explicativo se señala como fuentes utilizadas para definir la tasa COK al Documento de Trabajo N° 20 de la Oficina de Estudios Económicos (ahora, Gerencia de Políticas y Análisis Económico) del OSINERGMIN³, así como la Metodología de la EPA.

Al respecto, cabe resaltar que el Documento de Trabajo de N° 20 del OSINERGMIN se sustentó en la Metodología de la EPA, que desarrolló un modelo económico informático para el cálculo de los beneficios económicos por evitar o postergar los gastos de cumplimiento de la regulación ambiental, denominado BEN.

De acuerdo al Manual del Usuario del modelo BEN, cuando el agente infractor es un entidad con fines de lucro, la tasa de descuento a utilizar es el WACC (costo promedio ponderado de capital); dado que, ésta refleja el costo de la deuda con terceros (financiamiento externo) y el costo del capital social o deuda con los accionistas (financiamiento interno), ponderado en función a cada fuente de financiamiento⁴.

A pesar de que los documentos citados en el derogado Manual Explicativo hacen referencia a la tasa WACC, en la práctica el OEFA utiliza la tasa COK, la cual sólo refleja el costo del capital social o propio. Tal decisión de la autoridad respecto al uso del COK puede interpretarse en el sentido que: (i) se asume que los administrados bajo el ámbito

² En un escenario de costos evitados, el agente no realiza la inversión para cumplir con sus obligaciones antes de la imposición de la sanción; por lo que, la rentabilidad se mide desde la fecha de la infracción hasta la fecha de cálculo de multa. Mientras que, en un escenario de costos postergados, el agente realiza la inversión para cumplir con sus obligaciones antes de la imposición de la sanción; por lo que, la rentabilidad se mide desde la fecha de la infracción hasta la fecha en que subsana o corrige el incumplimiento.

³ Documento de Trabajo de N° 20 disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/osinergmin/informes-publicaciones/1297710-documento-de-trabajo-20-sistemas-de-sanciones-por-danos-ambientales-para-la-fiscalizacion-de-la-industria-de-hidrocarburos-en-el-peru>

⁴ Ver numeral 1 de la Sección C del Capítulo 3 del Manual del Usuario de BEN (versión de agosto de 2000) disponible en: <https://seneca-economics.com/BEN%20USER'S%20MANUAL.pdf>

de competencia del OEFA sólo financian sus proyectos con aportes de los propios accionistas y sin recurrir a fuentes de financiamiento externo; o que, (ii) se ha decidido deliberadamente efectuar el cálculo del beneficio económico centrándose en el rendimiento para los accionistas únicamente.

Ninguno de dichos criterios parece razonable, debido a que las estructuras de capital total de las empresas se conforman por capital propio y la deuda proveniente del financiamiento externo; motivo por el cual, las empresas buscan obtener -como mínimo- una tasa de rendimiento que les permita satisfacer la rentabilidad esperada por los propietarios de su capital o accionistas y hacer frente a sus acreedores o tenedores de deuda.

De ahí que, las empresas estimen su costo de oportunidad de capital en función al promedio ponderado del costo de capital social y el costo de deuda, vale decir, mediante la tasa WACC.

De igual forma, cuando el agente infractor es una empresa y toma la decisión de incumplir con sus obligaciones ambientales, no podría tomar tal decisión considerando únicamente el costo de oportunidad de los accionistas; ya que, lo quiera o no, la rentabilidad que obtenga estará condicionada y determinada en función a los fondos propios y los fondos de financiación externa.

En efecto, la empresa generará valor solamente cuando la rentabilidad que obtiene supera los costos de los recursos (propios y de fuente externa) que se utilizaron para financiar el proyecto, esto es, en la medida que se supere el WACC.

Aunque seguramente haya más resoluciones al respecto, en los numerales 52 y 53 de la Resolución N° 056-2023-OEFA/TFA-SE del 09.02.2023⁵, la segunda instancia del OEFA señaló que la tasa WACC se emplea para hallar la rentabilidad de una inversión con fuentes de financiamiento externo; sin embargo, ello no es correcto, debido a que el cálculo del WACC no se basa exclusivamente en el costo de la deuda, sino que también incluye el costo del capital social, es decir, el COK (también conocido como *equity*). Por ello, para hallar el WACC se requiere determinar previamente el COK, como se muestra en la siguiente fórmula:

$$WACC = \left(\frac{D}{D + E} \right) r_D (1 - t) + \left(\frac{E}{D + E} \right) r_E$$

Donde:

D : Valor de la deuda
E : Valor del capital social o patrimonio

⁵ Resolución N° 056-2023-OEFA/TFA-SE disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/oeffa/informes-publicaciones/3992266-resolucion-n-056-2023-oeffa-tfa-se>

$R_D(1-t)$:	Costo de la deuda después de impuestos
R_E	:	Costo del capital social (COK o <i>equity</i>)

Estas razones y probablemente muchas otras, han llevado a la EPA a descartar el uso de la tasa COK en el cálculo del beneficio ilícito desde 1992⁶; por lo que, desde entonces a la actualidad, dicha entidad ha venido reafirmando el uso de la tasa WACC para el cálculo de multas ambientales.

Ahora bien, la legislación nacional no regula el uso de la tasa de descuento en el cálculo del beneficio ilícito; por lo que, la decisión sobre el uso de la misma parece entrar dentro del espacio discrecional con que cuentan las entidades para graduar las sanciones. No obstante, la práctica administrativa revela que diversas entidades públicas con potestad sancionadora (OSIPTTEL⁷, SUNASS⁸, OSINERGMIN⁹, entre otros) utilizan la tasa WACC en el cálculo de las multas que aplican.

El OEFA actualmente no cuenta con un reglamento especial de alcance general que regule el uso de la tasa de descuento; por lo que, la elección de la tasa por dicha entidad sólo está sujeta a los límites que le impone el Principio de Razonabilidad contenido en el numeral 3 del artículo 247° del TUO de la Ley N° 274444 y demás derechos y garantías contempladas en dicha norma.

Entre ellas, debe tomarse en cuenta el derecho de los administrados a que las actuaciones de las entidades susceptibles de afectar sus derechos e intereses legítimos se llevan a cabo en la forma menos gravosa posible, previsto en el numeral 10 del artículo 66° del TUO de la Ley N° 27444¹⁰; así como el Principio de Verdad Material¹¹, en virtud

⁶ Ver literal G del Capítulo 6 del Manual del Usuario del modelo BEN (versión de diciembre de 1993), disponible en: <https://nepis.epa.gov/Exe/ZyPDF.cgi/P100F7TQ.PDF?Dockkey=P100F7TQ.PDF>

⁷ Ver Metodología de cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante el OSIPTTEL, aprobada por Resolución N° 226-2021-CD/OSIPTTEL, disponible en <https://www.osiptel.gob.pe/n-229-2021-cd-osiptel/>

⁸ Ver Guía Metodológica para el Cálculo de Multas impuestas por la SUNASS, disponible en: https://www.sunass.gob.pe/doc/Publicaciones/guia_calculo_multas_sunass.pdf

⁹ Ver Guía Metodológica para el Cálculo de Multa Base aprobado por Resolución N° 120-2021-OS/CD, disponible en: <https://busquedas.elperuano.pe/dispositivo/NL/1962285-1>

¹⁰ Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo 66.- Derechos de los administrados

Son derechos de los administrados con respecto al procedimiento administrativo, los siguientes: (...)

10. A que las actuaciones de las entidades que les afecten sean llevadas a cabo en la forma menos gravosa posible.

¹¹ Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.11. 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 (...)

del cual la tasa de descuento debe ser coherente con la realidad y las circunstancias específicas del administrado.

A luz de tales reglas, lo razonable es usar la tasa WACC, por reflejar de mejor manera la estructura del capital de las empresas y ser el indicador que utilizan para la toma de decisiones financieras, además de permitir un tratamiento más equitativo en la aplicación de las multas.

En efecto, la tasa WACC permite medir la rentabilidad tanto para empresas que se financian con capital propio y deuda; así como aquellas que sólo se financian con capital propio. Función que no podría cumplir el COK, debido que esta sólo puede medir la rentabilidad del capital propio.

Así, el uso de la tasa WACC permitirá incluir en la multa la rentabilidad proveniente del capital de los accionistas y el apoyo financiero cuando la estructura de capital de la empresa se componga de ambos. Mientras que, si se trata de una empresa que sólo se financia con capital propio o social, entonces la multa solo reflejará tal rentabilidad. En este último caso, el WACC sería igual al COK, ya que en tal escenario la empresa no cuenta con deuda o financiamiento externo.

Además de ello, cabe traer a colación que el OEFA viene usando una tasa de descuento de tipo sectorial y para un período de tiempo determinado. Así por ejemplo, para el sector minero energético utiliza las tasas de rentabilidad para los años 2011 al 2015 determinadas en el Documento de Trabajo N° 37 de la Gerencia de Políticas y Análisis Económico del OSINERMIN¹².

Sobre el carácter sectorial de la tasa, cabe indicar que dicha decisión es razonable en un contexto en que no exista información disponible sobre las tasas de retorno del administrado; no obstante, considerando la Verdad Material y el numeral 6.1 del artículo 6° del TUO de la Ley N° 27444¹³, que requiere que la motivación se base en los hechos directamente relacionados al caso concreto, la graduación de la multa debería poder efectuarse en base a la tasa de rentabilidad del agente infractor cuando se cuenta con dicha información, la que inclusive podría ser proporcionada por ellos mismos.

Siguiendo lo anterior, si se trata de un agente que cuenta con diversas unidades de negocio (unidades fiscalizables), la tasa de descuento a aplicar debería corresponder a la unidad en el marco de la cual se verificó el incumplimiento de la obligación ambiental

¹² El Documento de Trabajo N° 37 está disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/osinergmin/informes-publicaciones/1294428-documento-de-trabajo-37-el-costo-promedio-ponderado-del-capital-wacc-una-estimacion-para-los-sectores-de-mineria-electricidad-hidrocarburos-liquidos-y-gas-natural-en-el-peru>

¹³ Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

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.

sancionable. Ya que, de otra forma, se estaría incluyendo en la multa los retornos asociados a una unidad en la que no se ha verificado la infracción.

Finalmente, sobre el período de tiempo de la tasa de descuento, sería relevante que ésta sea encuentre actualizada; ya que, en el ejemplo mencionado, las tasas del 2011 al 2015 no necesariamente reflejan las condiciones de rentabilidad del sector de períodos más recientes en los que se efectúa la graduación de la sanción, por lo que se vienen calculando multas al 2024 considerando escenarios de rentabilidad que existieron casi una década atrás.