



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

Resolución de Gerencia General

Nº050-2013-GG-OSITRAN

Lima, 22 de mayo de 2013

VISTOS:

El Expediente de Procedimiento Administrativo Sancionador Nº 001-2012-GS-OSITRAN remitido por la Gerencia de Supervisión, y teniendo en cuenta el Informe Nº 2757-12-GS-OSITRAN y el Informe Nº1146-2013-GS-OSITRAN, a través de los cuales se evalúan los descargos presentados por la empresa concesionaria GYM FERROVIAS S.A.; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 11 de Abril 2011, se firmó el Contrato para el Diseño, Financiamiento y Construcción del Taller de Material Rodante para las Reparaciones Mayores de los Trenes Nuevos y Existentes (incluye las vías de acceso al mismo), ubicado en el segundo nivel del Patio Taller situado en Villa El Salvador; Provisión de Material Rodante Adquirido; y Explotación del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, Línea 1, Villa El Salvador – Grau – San Juan de Lurigancho, entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Consorcio Tren Lima – Línea 1, conformado por las empresas GYM (Perú) y Ferrovías (Argentina);

Que, con fecha 10 de octubre 2011, se realizó la Toma de Posesión de los Bienes de la Concesión, en la cual el Concesionario y el Concedente suscriben el Acta de Entrega Final;

Que, con fecha 09 de enero 2012, se dio el Inicio de la Explotación, que coincide con el inicio de la Puesta en Operación Comercial del Tramo 1 para el Material Rodante Existente;

Que, el 05 de abril 2012, se inició el cobro de pasajes a los usuarios del Metro de Lima – Línea 1;

Que, mediante Informe Nº 1483-2012-GS-OSITRAN y el MEMORANDO Nº 575-2012-GS-OSITRAN de la Gerencia de Supervisión, se contempla un Plan de Supervisión al Metro de Lima – Línea 1 durante los días sábados, el mismo que considera la supervisión del Metro de Lima – línea 1 durante el sábado 07.07.2012;

Que, en atención a lo señalado, el Programa de Supervisión consideró la presencia de los supervisores responsables en forma alternada durante los sábados de operación. Es así que, el sábado 07 de julio le correspondía el turno al Ingeniero Máximo Montoya Guillén – supervisor de Material Rodante del Gerencia de Supervisión de OSITRAN, acompañado de los Consultores señores Alejandro Ballesta y Jaime Acuña personal contratado por OSITRAN;

1/22

OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

ISO 9001
BUREAU VERITAS
Certification





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

Que, previo a la mencionada supervisión, el día viernes 06 de julio del 2012, mediante correos electrónicos cursados y respondidos desde las 11:51 horas, 12:14 horas, 12:57 horas, 02:39 p.m., 03:18 p.m. y 03:45 p.m. con el representante del Concesionario Ing. Johnny Garro Fernandini, la Gerencia de Supervisión solicitó que, en cumplimiento de las funciones de supervisión, coordinen y autoricen lo siguiente: 1) el viaje de un máximo de dos personas de OSITRAN en la cabina de algunos trenes durante el servicio operacional del día sábado 07 de julio del presente año, 2) como también la supervisión del estado de la infraestructura; y, 3) servicio al cliente en algunas estaciones;

Que, en virtud a dichas coordinaciones, el representante del Concesionario remitió un correo a las 06:29 p.m., el mismo que no pudo ser leído por llegar fuera de la hora de labores;

Que, el día sábado 07 de julio 2012, siendo las 08:00 de la mañana, el Supervisor de OSITRAN inició, en cumplimiento de sus funciones, la supervisión en la Estación Angamos, tomando algunos datos en la estación, cuando fue intervenido por el Agente encargado de la Estación Sr. Humberto Piaggio Fernández, quien manifestó que por disposiciones de la Gerencia de Operaciones, este día los encargados de OSITRAN estaban impedidos de levantar informaciones del cumplimiento de las obligaciones del Concesionario, permitiéndose solo el tránsito como usuarios del Tren; a lo que el supervisor solicitó que firme la observación presentada en el formato de llenado de datos referido a la operación de ese día;

Que, del mismo modo, en la estación Miguel Grau, se le solicitó al agente encargado de la estación que se comunique con el Puesto Central de Operaciones, para que autoricen que Máximo Montoya y Alejandro Ballesta puedan viajar en la cabina del siguiente tren cumpliendo con la función de supervisión de la calidad de servicio, con el propósito de registrar datos de velocidades de conducción y tiempo entre estaciones sin perturbar la función del conductor; recibiendo como respuesta que estaban prohibidos por disposición superior y que se debía haber realizado el trámite el día anterior;

Que, con fecha 20 de agosto de 2012, la Gerencia de Supervisión recibió el Informe de Hallazgos N° 2109-2012-GS-OSITRAN, en el cual, se da cuenta del presunto incumplimiento de las Cláusulas 8.9, 8.10, 17.4 – Competencias Administrativas - Facultades del Regulador y Disposiciones Comunes de la Sección XVII, los numerales 1.4.4, 1.4.10, 1.2.10 y 2.10 del Anexo 7 "Niveles de Servicios" del Contrato de Concesión y el artículo 13° inciso b) del Reglamento General de Supervisión, aprobado mediante Resolución N° 024-2011-CD-OSITRAN;

Que, con fecha 06 de setiembre de 2012, mediante Oficio N° 3711-12-GS-OSITRAN se notificó a la empresa concesionaria GYM FERROVIAS S.A., el presunto incumplimiento en que habría incurrido y, en base al Informe de Hallazgos N° 2109-2012-GS-OSITRAN, se le notifica que:

"Habría incumplido con lo establecido en las Cláusulas 8.9, 8.10, 17.4 – Competencias Administrativas - Facultades del Regulador y Disposiciones Comunes de la Sección XVII, los numerales 1.4.4, 1.4.10, 1.2.10 y 2.10 del Anexo 7 "Niveles de Servicios" del Contrato de Concesión y el artículo 13° inciso b) del Reglamento General de Supervisión aprobado mediante Resolución N° 024-2011-CD-OSITRAN, sobre obligaciones del Concesionario de facilitar el cumplimiento de las funciones del Regulador, acreditándose que el Concesionario ha obstaculizado e impedido el ingreso del personal de OSITRAN para el ejercicio de la labor de verificación del cumplimiento de las obligaciones del Concesionario, trayendo como consecuencia que el usuario no se beneficie con la seguridad y menor tiempo de viaje".

2/22



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

Que, mediante la CARTA/METRO/OSITRAN/0579/2012, de fecha 21 de setiembre de 2012, la empresa concesionaria GYM FERROVIAS S.A. solicitó un plazo adicional de cinco (05) días, conforme a lo dispuesto el Artículo 66.5º del RIS;

Que, mediante el Oficio N° 4002-12-GS-OSITRAN de fecha 25 de setiembre 2012, la Gerencia de Supervisión comunica que ha dispuesto la prórroga solicitada por la empresa concesionaria;

Que, con fecha 27 de setiembre 2012, la empresa concesionaria GYM FERROVIAS S.A. remite su Escrito de Descargos;

Que, con fecha 14 de noviembre 2012, la Gerencia de Supervisión remite a la Gerencia General el Informe N° 2757-12-GS-OSITRAN, adjuntando a éste el correspondiente proyecto de Resolución de Gerencia General;

Que, con fecha 26 de noviembre 2012, la Gerencia General remite a la Gerencia de Supervisión el Memorando N° 148-12-GG-OSITRAN, solicitando la elaboración de un informe que incorpore los análisis adicionales y adecuaciones solicitadas en la Nota N° 223-12-GAL-OSITRAN, que se adjunta al referido Memorando;

Que, con fecha 08 de mayo 2013, en atención a lo indicado en el Memorando N° 148-12-GG-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión remite a la Gerencia General la Nota N° 335-2013-GS-OSITRAN, adjuntando el Informe N° 1146-2013-GS-OSITRAN, acompañando al mismo el proyecto de Resolución de Gerencia General;

Que, respecto de la obligación contractual, las Disposiciones Comunes de la Sección XVII señalan que el ejercicio de las funciones del Regulador no está sujeta a permisos o autorizaciones previas del concesionario, señalando expresamente lo siguiente:

"El ejercicio de las funciones que en virtud de este Contrato y las normas legales pertinentes deben cumplir el CONCEDENTE y el Regulador, en ningún caso estará sujeto a autorizaciones, permisos o cualquier manifestación de voluntad del CONCESIONARIO.

El CONCESIONARIO deberá prestar toda su colaboración para facilitar el cumplimiento de esas funciones, caso contrario será de aplicación lo dispuesto en el Reglamento de Infracciones y Sanciones del Regulador, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN, o la norma que lo sustituya. El CONCEDENTE o el Regulador realizarán las inspecciones, revisiones y acciones similares, conforme a este contrato y las Leyes y Disposiciones Aplicables, para lo cual el CONCESIONARIO brindará las facilidades necesarias."

Que, específicamente, la Cláusula 8.9 del Contrato de Concesión, referida a la Supervisión de la Explotación, contempla lo siguiente:

"Corresponde al Regulador efectuar directamente o a través de la contratación de terceros, las acciones de fiscalización que le competen durante el desarrollo de las labores de Explotación indicadas en esta sección del Contrato.



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

3/22





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

El Regulador, estará a cargo de la verificación del cumplimiento de la obligación del CONCESIONARIO de proveer el Servicio y de observar la calidad del mismo. Asimismo, verificará que la prestación del Servicio a los Usuarios se lleve a cabo siempre dentro de los límites fijados en el anexo 7 del Contrato”.

Que, la Cláusula 8.10 del Contrato señala que a la letra dice: “Para estos efectos, además de estar obligado a brindar la cooperación necesaria para la supervisión de la Explotación, el CONCESIONARIO está obligado a entregar la información que se indica en la Cláusula 8.11;

Que, las Cláusulas 1.2.10 y 2.2.10 del Anexo 7 sobre prestación del servicio y conservación de los bienes señalan que, para ambos casos, “El Regulador inspeccionará, supervisará y controlará el cumplimiento de todas las obligaciones del CONCESIONARIO de manera continua e inopinada, con el fin de detectar oportunamente las desviaciones y exigir que se corrijan las deficiencias encontradas;

Que, la Cláusula 1.19 del Contrato de Concesión, respecto a las Leyes Aplicables, señala lo siguiente:

“Leyes y Disposiciones Aplicables

Es el conjunto de disposiciones legales peruanas de carácter general que regulan el Contrato y sus efectos. Incluyen a Constitución Política del Perú, las normas con rango de ley, los reglamentos, directivas y resoluciones, que pueda dictar cualquier Autoridad Gubernamental competente.”

(...)”.

Que, respecto de las obligaciones de las entidades prestadoras, el artículo 13° del Reglamento General de Supervisión, señala lo siguiente:

“Artículo N° 13.- Obligaciones de las Entidades Prestadoras

Las entidades Prestadoras que sean objeto de una actividad de supervisión se encuentran obligadas a:

(...)

b) Permitir el ingreso del supervisor responsable de la supervisión y, eventualmente, del equipo de supervisores que lo acompañen a las zonas donde se encuentre información relevante que contribuya a la función supervisora

(...)

d) Realizar o brindar todas las facilidades al personal autorizado por OSITRAN para ejecutar las pruebas técnicas y mediciones solicitadas con los aparatos y equipos de la propia empresa y/o con aquellos con que cuente OSITRAN.”

Que, mediante el Oficio N° 3711-12-GS-OSITRAN se notificó a la empresa Concesionaria GYM FERROVIAS S.A, el presunto incumplimiento de las Cláusulas 8.9, 8.10, 17.4 – Competencias Administrativas - Facultades del Regulador y Disposiciones Comunes de la Sección XVII, los numerales 1.4.4, 1.4.10, 1.2.10 y 2.10 del Anexo 7 “Niveles de Servicios” del Contrato de Concesión y el artículo 13° inciso b) del Reglamento General de Supervisión;



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

4/22





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

Que, asimismo, se comunicó a la empresa Concesionaria GYM FERROVIAS S.A, que el presunto incumplimiento se encontraba tipificado en el Artículo 35° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS)¹, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 35.- Obstaculizar o impedir la supervisión

La Entidad Prestadora que, a través de cualquier medio, acción u omisión, obstaculice o impida la realización de las actividades y tareas de auditoría, supervisión y fiscalización por OSITRAN o por terceros que actúen con su autorización en el marco de un procedimiento de supervisión, de manera que no permita, retrase o dificulte el cumplimiento de los fines de la supervisión, incurrirá en infracción muy grave."

Que, en los numerales 1 a 3 del escrito de descargos presentado por GYM FERROVIAS S.A se señala que:

1. El día viernes 06 de julio de 2012, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN se comunicó con un representante del Concesionario, vía correo electrónico, a fin de coordinar las funciones de supervisión que debían ser efectuadas en la cabina de algunos trenes durante el servicio operacional del día sábado 07 de julio. Asimismo, se indicó que sería necesario realizar labores del estado de la infraestructura y el servicio brindado a los clientes en algunas de las estaciones de la Concesión.
2. En este sentido, el mismo 06 de julio de 2012, se informó a la Gerencia de Supervisión de OSITRAN que debido a los procedimientos internos de control y seguridad del Concesionario, no era posible un acceso a lugares de ingreso restringido, como son los locales técnicos de estaciones y la cabina de conducción del tren en circulación. Es así que, mediante correo electrónico, se requirió a los funcionarios de OSITRAN que precisen el horario en el cual se acercarían a las estaciones y enclavamiento de la Estación La Cultura y, principalmente en que horario solicitan viajar en la cabina del tren, para poder coordinar la autorización con el jefe de Transportes y, a su vez, se haga la indicación al personal involucrado, como son los Agentes de Estación, personal de Señalización y Conductores involucrados, evitando dar una instrucción masiva abierta en el tiempo a todas las estaciones y trenes, a fin de poder efectuar las coordinaciones de forma anticipada y, de este modo, brindar al personal de OSITRAN todas las facilidades necesarias.
3. Sobre este punto, cabe recalcar que en las diversas reuniones y coordinaciones entabladas con funcionarios de OSITRAN hemos hecho manifiesta nuestra plena disposición para brindar todas las facilidades que se requieran para el cumplimiento de sus labores de supervisión, en todas las instalaciones que corresponden a la Concesión, siempre y cuando, se cumplan con los instructivos y protocolos de seguridad y control que son plenamente conocidos por dicha entidad y que, hasta la fecha, han venido siendo cumplidos a cabalidad tanto por OSITRAN como por el Concesionario.

[El subrayado es nuestro]

¹ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN (publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 24 de diciembre de 2003; y, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 077-2005-CD-OSITRAN (publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 13 de diciembre de 2005; y, por Resolución de Consejo Directivo N° 005-2007-CD-OSITRAN, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 18 de enero de 2007.

5/22

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

Que, la Gerencia de Supervisión en virtud a su función de supervisión e inspección comunicó que realizaría la supervisión 1) en la cabina de algunos trenes durante el servicio operacional del día sábado 07 de julio, 2) del estado de la infraestructura; y, 3) el servicio brindado a los clientes en algunas de las estaciones de la Concesión;

Que, el Informe de Hallazgos N° 2109-2012-GS-OSITRAN señala que mediante Informe N° 1483-2012-GS-OSITRAN y el MEMORANDO N° 575-2012-GS-OSITRAN de la Gerencia de Supervisión, remitido a la Gerencia de Administración y Finanzas de OSITRAN, OSITRAN contemplo un Plan de Supervisión al Metro de Lima – Línea 1 durante los días sábados. El mismo que considera la supervisión del Metro de Lima – línea 1 durante el sábado 07.07.2012;

Que, el Informe de Hallazgos que el Programa de Supervisión también considera la presencia de los supervisores responsables en forma alternada durante los sábados de operación. Siendo que para el sábado 07 de julio le correspondía el turno a Máximo Montoya Guillén, con el acompañamiento de los Consultores señores Alejandro Ballesta y Jaime Acuña;

Que, el Programa de Supervisión se encuentra dentro del marco del Reglamento General de Supervisión, que ha normado el procedimiento de supervisión para los distintos órganos de OSITRAN;

Que, el referido procedimiento de supervisión, contempla los tipos de inspección que puede realizar la Gerencia de Supervisión, dentro de los cuales se encuentran las inspecciones sin previo aviso, cuyo procedimiento, descrito en el artículo 20° del Reglamento General de Supervisión, señala que el responsable de la inspección deberá presentarse en las instalaciones de la Entidad Prestadora solo con un itinerario que se da a conocer en el momento de la inspección;

Que, las Cláusulas 1.2.10 y 2.2.10 del Anexo 7 sobre prestación del servicio y conservación de los bienes, señalan que para ambos casos *"El Regulador inspeccionará, supervisará y controlará el cumplimiento de todas las obligaciones del CONCESIONARIO de manera continua e inopinada, con el fin de detectar oportunamente las desviaciones y exigir que se corrijan las deficiencias encontradas"*;

Que, en tal sentido, el Regulador puede realizar la supervisión e inspección y control de la infraestructura y de los servicios que presta el Concesionario con previo aviso o sin él, para efectos de cumplir con sus funciones propias de un Regulador, por ello, OSITRAN no se encuentra sujeto a ningún tipo de restricción que quiera imponer la empresa concesionaria GYM - FERROVIAS S.A;

Que, en los numerales 4 a 6 del escrito de descargos presentado por GYM FERROVIAS S.A se señala que:

4. *A pesar de lo indicado en el numeral anterior, el día sábado 07 de setiembre de 2012, se apersonaron a la Estación Miguel Grau funcionarios de OSITRAN, solicitando se les autorice a viajar en la cabina del siguiente tren con el propósito de registrar determinados datos que permitan efectuar una supervisión del servicio. Sin embargo, el encargado de la estación les indicó que no podía permitirles el ingreso debido a que no contaba con la autorización correspondiente de la Gerencia de Operaciones del Concesionario en atención a que no se había cumplido con el procedimiento interno correspondiente.*

6/22





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

5. No obstante a lo mencionado en los párrafos anteriores, luego de los hechos manifestados en la Estación Miguel Grau, los referidos funcionarios de OSITRAN se apersonaron a la Estación de Angamos a fin de efectuar labores de supervisión, momento en el cual, el encargado de la estación, señor Humberto Piaggio Fernández, les indicó, de manera errónea, que por disposiciones de la Gerencia de Operaciones, no podría efectuarse ningún tipo de levantamiento de información relacionada al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión.

Al respecto, debemos señalar que el señor Humberto Piaggio Fernandez había recibido claras indicaciones respecto de que debía permitir el ingreso del personal de OSITRAN a las instalaciones de la Estación, a fin de que pueda efectuar sus labores de supervisión de acuerdo a lo establecido en el Contrato de Concesión y en la normativa aplicable

6. Atendiendo a la falta efectuada por el señor Humberto Piaggio Fernández, nuestra empresa procedió a iniciarle un procedimiento disciplinario mediante el cual se determinó que había cometido la siguiente infracción "encontrándose en funciones en Estación Angamos, proceder inadecuadamente ante Personal de OSITRAN, desconociendo las órdenes impartidas, perjudicando a la Empresa en su relación con el Concedente".

Que, sobre este extremo de los descargos, debemos señalar lo siguiente:

- (i) El inciso 3 del Artículo 230 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, modificado por el Decreto Legislativo N° 1029, establece lo siguiente:

"Artículo 230.- 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 deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

(...)

f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor."

[El subrayado es nuestro]

Como puede observarse, para el marco normativo peruano, la existencia de intencionalidad sirve como elemento que coadyuva a determinar la graduación de la infracción, no para efectos de determinar la existencia o no de dicha infracción.

- (ii) En concordancia con lo anterior, el Artículo 5 de la Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN, que aprueba el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, establece lo siguiente:



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

7/22





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

"Artículo 5.-Responsabilidad del Infractor

La responsabilidad administrativa es objetiva e independiente de la responsabilidad civil o penal que se origine por los hechos u omisiones que configure la infracción administrativa"

[El subrayado es nuestro]

(iii) Sin perjuicio de lo anterior, es conveniente precisar lo siguiente:

- a) A nivel del *ius punendi* del Estado, se identifica a los delitos de peligro como aquellos en los que para su constitución no se necesita la lesión del bien jurídico, sino que basta con que la misma conducta constituya la puesta en peligro de aquel.

Así, se diferencia entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto, en donde los primeros son aquellos en los que la ley expresamente requiere que el resultado de la acción sea peligroso, en tanto que los delitos de peligro abstracto son aquellos en los cuales no se requiere expresamente la efectiva situación de peligro, sino que el fundamento de su castigo obedece a que *normalmente* suponen un peligro.

Con relación a los delitos de peligro abstracto JAKOBS señala que:

"Los delitos de peligro abstracto están formulados como delitos de desobediencia, es decir, se exige al sujeto que obedezca la norma aun cuando este descartada la puesta en peligro concreta..."²

[El subrayado es nuestro]

- b) El presente procedimiento, se ha tramitado bajo la imputación de haberse constituido una infracción al Artículo 35 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 35.- Obstaculizar o impedir la supervisión

La Entidad Prestadora que, a través de cualquier medio, acción u omisión, obstaculice o impida la realización de las actividades y tareas de auditoría, supervisión y fiscalización por OSITRAN o por terceros que actúen con su autorización en el marco de un procedimiento de supervisión, de manera que no permita, retrase o dificulte el cumplimiento de los fines de la supervisión, incurrirá en infracción muy grave."

Al respecto, dicha infracción guarda concordancia con lo establecido en el literal b) del Artículo 13 del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN:

"Artículo 13.- Obligaciones de las Entidades Prestadoras

² JAKOBS, Günther: Derecho Penal, Parte General, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 212.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

Las Entidades Prestadoras que sean objeto de una actividad de supervisión se encuentran obligadas a:

(...)

- b) Permitir el ingreso del supervisor responsable de la supervisión y, eventualmente, del equipo de supervisores que lo acompañen a las zonas donde se encuentre información relevante que contribuya a la función supervisora.

(...)“

[El subrayado es nuestro]

Como puede observarse, en virtud de lo dispuesto por las normas precedentes, es deber de las Entidades Prestadoras no obstaculizar las actividades de supervisión y fiscalización dispuestas por OSITRAN o terceros que actúen en su nombre, lo que implica que la infracción tipificada por el Artículo 35 del Reglamento de Infracciones y Sanciones implica la imposición de una sanción por una desobediencia.

Que, en relación a los principios que rigen las actividades de supervisión de OSITRAN, en los numerales 17 al 21 del escrito de descargos presentado por GYM FERROVIAS S.A. se señala que:

(...)

17. *Establecido el marco de organización interna que rige al Concesionario, el cual respalda las continuas coordinaciones que sostiene con funcionarios del Regulador, es importante señalar a su vez, las normas que rigen las actividades de supervisión del OSITRAN y que son plenamente aplicables al caso objeto de hallazgo.*
18. *Sobre el particular, el Título II del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, establece los límites y lineamientos que rigen el desarrollo de las actividades del Regulador, indicándose en su Artículo 2° que "(...) toda decisión y acción que adopte cualquiera de los ORGANOS DEL OSITRAN deberá sustentarse y quedar sujeto a los mismos".*
19. *De los principios que rigen el actuar del Regulador y de sus funcionarios, resulta de vital importancia el principio basado en Análisis Costo – Beneficio contenido en el Artículo 6° de la citada norma, la cual señala que "(...) en el ejercicio de sus funciones, el OSITRAN deberá evaluar los beneficios y costos de sus decisiones antes de su realización y sustentarlas adecuadamente bajo criterios de racionalidad y eficacia"; y el Principio de Eficiencia y Efectividad que desarrolla el Artículo 13° del Reglamento General de OSITRAN el cual indica que "(...) la actuación del OSITRAN se guiará por la búsqueda de eficiencia en la asignación de recursos y el logro de los objetivos al menor costo para la sociedad en su conjunto".*
20. *De lo mencionado en el numeral anterior, resulta claro que la actuación de los funcionarios del Regulador implica necesariamente tomar las medidas necesarias que sean las más eficaces y racionales, que impliquen el menor costo para la sociedad en su conjunto, lo cual conlleva que el actuar del Regulador y sus funcionarios debe buscar generar el menor costo posible al Estado, los usuarios y el concesionario.*



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

9/22





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

21. A nuestro entender, los precitados principios deben limitar, delinear y regir a las Actividades de Supervisión de los funcionarios del Regulador al momento de definir la modalidad más adecuada, eficiente y al menor costo posible para verificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales del Concesionario.

(...)

Que, de considerar el Concesionario que las acciones de supervisión desplegadas por OSITRAN implicaban alguna contravención a los principios que rigen la actuación del Regulador, correspondía que el Concesionario efectúe la respectiva denuncia administrativa, conforme a lo establecido por la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, más no pretender limitar o restringir la actividad misma de supervisión;

Que, en ese contexto, llama nuestra atención que en las comunicaciones electrónicas de fecha 06 de julio de 2012, la empresa Concesionaria haya intentado establecer la oportunidad y frecuencia de las visitas inspectivas del Regulador, bajo el argumento de intentar optimizar los recursos humanos, así como el intentar obtener mayores detalles de una vista no programada:

- Correo electrónico emitido por el Sr. GARRO FERNANDINI (GYM FERROVIAS S.A.) dirigido al Sr. MONTOYA GUILLE (OSITRAN), del viernes 06/07/2012, 12:14pm

"Por otro lado, tengo entendido que Rolando Ardiles [supervisor de OSITRAN] visitará el enclavamiento Grau el lunes 09/07 por la noche y tu manifiestas interés en visitarlo el sábado 07/07 en horario a confirmar. Como comprenderás nos facilitaría mucho el acompañamiento si ustedes logran unificar su visita y así no distraemos personal 02 veces en una inspección que se puede hacer en un solo momento.

Espero tu confirmación de horarios, estaciones trenes y la reprogramación de la inspección en el enclavamiento de Grau."

[El subrayado es nuestro]

- Correo electrónico emitido por el Sr. GARRO FERNANDINI (GYM FERROVIAS S.A.) dirigido al Sr. MONTOYA GUILLE (OSITRAN), del viernes 06/07/2012, 12:57pm

"Una precisión respecto de mi correo anterior.

Par ver maniobras en cambiavías Grau debe visitarse el Enclavamiento de La Cultura, pro error escribí enclavamiento de Grau.

Entonces, también tenemos una visita de Julio Lopez al enclavamiento de La Cultura el día Martes 10/07 con lo cual existen 03 visitas al enclavamiento de la Cultura para presenciar maniobras en los cambiavías de Grau.

Favor aclarar y precisar que es lo que quieren inspeccionar para poder programar una sola visita y así optimizar los recursos humanos de ambas partes y no tener que concurrir al mismo lugar en 03 días distintos para lo mismo."

[El subrayado es nuestro]

- Correo electrónico emitido por el Sr. GARRO FERNANDINI (GYM FERROVIAS S.A.) dirigido al Sr. MONTOYA GUILLE (OSITRAN), del viernes 06/07/2012, 03:18pm



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

10/22





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

"... aún no tenemos confirmación de las inspecciones programadas al mismo lugar en distintos días por diferentes supervisores. Aguardamos respuesta de unificación de fechas y horarios."

- Correo electrónico emitido por el Sr. MONTOYA GUILLE (OSITRAN), dirigido al Sr. GARRO FERNANDINI (GYM FERROVIAS S.A.), del viernes 06/07/2012, 03:45pm

"Las labores del día de mañana son independientes y no coincidentes a las otras inspecciones que estas manifestando."

Que, todo ello, pone de manifiesto la incorrecta persecución por parte del Concesionario, de los alcances del marco legal, que implica ejercer el rol supervisor que le compete al Regulador;

Respecto de la negativa de acceso a las denominadas zonas restringidas:

Que, con relación a las condiciones de seguridad y operatividad y de la solicitud de ingreso a la cabina de los trenes, cabe mencionar que en los numerales 12 al 15 y 23 al 34 del escrito de descargos presentado por GYM FERROVIAS S.A., se señala que:

"(...)

12. De los principios que rigen el Servicio resaltamos el hecho que el Concesionario, en base a su libertad de gestión y conducción del negocio, debe prestar el Servicio a los usuarios en condiciones tales que permitan que no pueda ser interrumpida por ninguna causa y que se realice conforme a las reglas y condiciones establecidas, es decir, de forma previamente planificada y regular.
13. Para la consecución de dichos objetivos, resulta necesario que, dentro de su derecho de determinar la conducción y gestión del Servicio, establecer la organización necesaria para preservar la integridad del Sistema, debiendo velar, entre otros, por aspectos relativos con la operación y la seguridad.
14. Es en base a dichas condiciones que el concesionario ha determinado la elaboración de normas, directivas e instructivos internos que garanticen una prestación puntual, segura y confiable del Servicio al Usuario, así como para procurar el adecuado mantenimiento y conservación de la infraestructura y del material rodante.
15. Entre las diversas directivas e instructivos que rigen la prestación del Servicio en la concesión podemos mencionar la orden de Servicio del 20.01.2012, con la Autorización para viajar en la cabina de conducción de los trenes, y el Instructivo de Ingreso a Salas Tecnológicas, con el procedimiento para acceder a dichas áreas o locales de acceso restringido, las cuales se adjuntan al presente como Anexo N° 03.

"(...)

23. Conforme a lo señalado en los puntos precedentes, se puede advertir que para la prestación del Servicio a cargo del Concesionario existen diversas actividades de supervisión a cargo de OSITRAN que requieren ser previamente coordinadas con el Concesionario, incluso para algunas de las actividades es necesario del acompañamiento de personal técnico de las áreas involucradas a los locales técnicos materia de supervisión, todo ello por motivos de seguridad

11/22



OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

y operatividad, a efectos de asegurar la prestación continua y regular de los Servicios a los Usuarios, así como para mantener y conservar adecuadamente los Bienes de la Concesión.

24. Fue en base a dichas condiciones de seguridad y operatividad, mas no de una intención de limitar, obstruir o dificultar las actividades de supervisión de OSITRAN, que el Concesionario ha visto la necesidad de requerir de la coordinación previa con los funcionarios del Regulador para permitir el acceso a aquellas áreas y zonas de acceso restringido, con la finalidad de impartir instrucciones lo más precisas y acotadas posibles a las estaciones y trenes involucrados, sin tener que dar una instrucción abierta y masiva a las 16 estaciones y 05 trenes, por desconocimiento de los datos necesarios de la visita o inspección.
25. Incluso, en base a los principios que rigen el actuar de los funcionarios del Regulador, entendemos que resulta eficiente que se entable dichas coordinaciones dado que en el supuesto que el Regulador requiriera el acceso a las áreas de acceso restringido sin previo aviso, ello acrecentaría el riesgo de la operación, del personal operativo encargado y la potencial interrupción del Servicio lo cual, a todas luces, no representaría una adecuada asignación de los recursos disponibles.
26. De igual forma, dadas las particularidades que rodean la prestación del Servicio, consideramos que la exigencia de una visita inopinada a las áreas de acceso restringido no generaría mayores beneficios a las labores de supervisión a que si ésta se efectuara con visitas previamente coordinadas; las mismas que pueden ser contrastadas con las condiciones establecidas previamente en los Planes de Prestación de Servicio y con la información que periódicamente se remite al Regulador de las actividades realizadas.
27. Basado en ello, es que hemos venido efectuando todas las acciones pertinentes que permitan equilibrar una adecuada ejecución de las actividades de supervisión de los funcionarios del Regulador sin que ello afecte la operación continua, segura y regular del Servicio, y garantizar la seguridad de nuestros Usuarios y personal.
28. Sin embargo, conforme se puede apreciar de los antecedentes, el funcionario de OSITRAN encargado de efectuar las coordinaciones para acceder a la infraestructura de la Concesión a cargo de el Concesionario, se comunicó con nuestro personal el día viernes 06 de julio de 2012, es decir, un día antes de la fecha prevista para efectuar las labores de supervisión (sábado 07 de julio), lo cual si bien no se efectuó en plazos adecuados, no generó nuestra negativa injustificada a la supervisión requerida por los funcionarios del Regulador sino más bien el inicio de las coordinaciones necesarias para definir los horarios de acceso a la cabina de conductores de los trenes en operación y al local técnico del enclavamiento de la Estación La Cultura; las mismas que se realizaron vía correo electrónico y que adjuntamos, lo cual evidencia la constante colaboración de nuestra parte para con las funciones de OSITRAN. (Ver Anexo N° 01)
29. En efecto, de conformidad con los instructivos de seguridad y control establecidas por el Concesionario, señalan que para permitir el acceso a las personas ajenas al área responsable de las áreas técnicas calificadas como riesgosas, es necesario efectuar una previa coordinación por medio de la cual se pueda definir una fecha en la que ambas partes se encuentren en condiciones de desplegar sus recursos sin que se generen perjuicios a la seguridad entorpezcan o dificulten las actividades del área responsable.



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

12/22





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

30. Sin perjuicio de lo antes mencionado, debemos anotar que en el anexo 7 del Contrato de concesión se ha determinado que, respecto de las actividades de supervisión de la prestación del servicio, OSITRAN podrá efectuar evaluaciones sin la necesidad de previo aviso al Concesionario.
31. Sobre el particular, si bien el Contrato de Concesión establece distintas prerrogativas para que el Regulador realice evaluaciones, consideramos que en el presente caso, por tratarse de zonas de acceso restringido, queda plenamente justificado que existiera una coordinación previa entre OSITRAN y el concesionario, debido a que la supervisión se realizaría en áreas de acceso restringido, como son la cabina de conducción del tren, actividad que podría distraer al conductor que tiene a su cargo la prestación del Servicio y; la sala de enclavamiento de La Cultura, desde la cual se controla el movimiento de todos los trenes y la señalización de la vía.
32. Ahora bien, quedando plenamente justificada la necesidad de coordinación previa para la visita e inspección de los funcionarios del Regulador a las áreas de acceso restringido, y aún cuando el Contrato de Concesión no ha contemplado de manera expresa la forma cómo debe procederse cuando una actividad de supervisión requiere a visitas a dichas zonas, consideramos plenamente aplicable lo establecido en el Reglamento General de Supervisión del OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 024-2011-CD-OSITRAN (en adelante, el "Reglamento de Supervisión"), para las inspecciones "con previo aviso".
33. En efecto, conforme al Artículo 19° del Reglamento de Supervisión, se determina que estas inspecciones deberán ser comunicadas por el OSITRAN al Concesionario con una anticipación menor de tres (03) días hábiles, en donde los funcionarios de OSITRAN, plenamente identificados, desarrollarán el contenido de la agenda conjuntamente con los representantes de concesionario, la misma que deberá haber sido previamente remitida a este último.
34. A pesar que en el presente caso los requerimientos de los funcionarios del Regulador a los trenes en operación se realizó un día antes de la visita, ello no fue cuestionado por el concesionario, sino que ofreció sus mejores oficios a efectos de permitir las mejores condiciones para la inspección requerida por los funcionarios del Regulador. En vista que no se reunieron los requisitos necesarios para permitir el acceso a los funcionarios de OSITRAN, sin que se afecte la operación continua, segura y regular del Servicio, no obstante de haberlos solicitado en más de uno de los correos dirigidos a uno de los funcionarios de OSITRAN, les manifestamos finalmente, que lamentamos no poder acceder a improvisar las visitas a lugares de ingreso restringido, como son los locales técnicos de estaciones y la cabina de conducción del tren en circulación, porque estaríamos incumpliendo con nuestros procedimientos o instructivos de seguridad; razón por la cual, consideramos que no se obstruyó las actividades de supervisión del Regulador."

[El subrayado es nuestro]

Que, como puede observarse, la empresa Concesionaria ha formulado sus descargos, respecto de su negativa al ingreso de personal de OSITRAN a la cabina de los trenes, sobre la base de los siguientes principales argumentos:

13/22



OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

- (i) Por motivos de seguridad y operatividad, existen diversas actividades de supervisión por parte de OSITRAN que requieren ser coordinadas previamente con el Concesionario, como es el caso del acceso a la cabina de conductores de los trenes en operación y al local técnico del enclavamiento de la Estación La Cultura, las cuales son de acceso restringido.
- (ii) En ese sentido, el Concesionario ha visto la necesidad de requerir la coordinación previa con los funcionarios del Regulador para permitir el acceso a aquellas zonas de acceso restringido.
- (iii) El Concesionario considera que la exigencia de una visita inopinada a las áreas de acceso restringido no generaría mayores beneficios a las labores de supervisión que las efectuadas con visitas previamente coordinadas.
- (iv) Conforme a lo dispuesto por el artículo 19 del Reglamento General de Supervisión, las inspecciones deberán ser comunicadas por OSITRAN al Concesionario con una anticipación no menor de tres días hábiles.

Sin embargo, en el caso materia del procedimiento, el funcionario de OSITRAN se comunicó con el personal del Concesionario un día antes de la fecha prevista para realizar la supervisión.

- (v) Concluyendo finalmente que:

"(...) En vista que no se reunieron los requisitos necesarios para permitir el acceso a los funcionarios de OSITRAN, sin que se afecte la operación continua, segura y regular del Servicio, no obstante de haberlos solicitado en más de uno de los correos dirigidos a uno de los funcionarios de OSITRAN, les manifestamos finalmente, que lamentamos no poder acceder a improvisar las visitas a lugares de ingreso restringido, como son los locales técnicos de estaciones y la cabina de conducción del tren en circulación, porque estaríamos incumpliendo con nuestros procedimientos o instructivos de seguridad; razón por la cual, consideramos que no se obstruyó las actividades de supervisión del Regulador."

[El subrayado es nuestro]



Que, sobre el particular, OSITRAN ejerce las funciones de supervisión y fiscalización, entre otras, con el fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas de las entidades prestadoras, conforme a lo previsto en la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332, en la Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, Ley N° 26917, y en el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, Decreto Supremo N° 044-2006-PCM;

Que, adicionalmente, la cláusula 1.19 del Contrato de Concesión del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, Línea 1, señala que los reglamentos emitidos por OSITRAN son disposiciones legales que regulan el contrato y sus efectos.

Que, asimismo, la cláusula sobre la definición de *Leyes y Disposiciones Aplicables*, del mencionado Contrato de Concesión, establece que las mismas constituyen "... el conjunto de disposiciones legales peruanas de carácter general que regulan el Contrato y sus efectos. Incluyen

14/22



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

a Constitución Política del Perú, las normas con rango de ley, los reglamentos, directivas y resoluciones, que pueda dictar cualquier Autoridad Gubernamental competente....”.

Que, las Cláusulas 1.2.10 y 2.2.10 del Anexo 7 sobre prestación del servicio y conservación de los bienes, señalan que para ambos casos “El Regulador inspeccionará, supervisará y controlará el cumplimiento de todas las obligaciones del CONCESIONARIO de manera continua e inopinada, con el fin de detectar oportunamente las desviaciones y exigir que se corrijan las deficiencias encontradas”;

Que, en consecuencia, el Artículo N° 4 del Reglamento General de Supervisión establece que “[l]o dispuesto en el presente Reglamento es aplicable para OSITRAN y las Entidades Prestadoras en el marco de las actividades de supervisión que realicen el OSITRAN...” [El subrayado es nuestro].

Que, conforme a lo señalado por el Reglamento General de Supervisión, la actividad de Supervisión comprende la supervisión de aspectos económicos y comerciales, la supervisión de aspectos operativos, la supervisión de inversiones y la supervisión de aspectos administrativos y financieros;

Que, de acuerdo a lo establecido por el Artículo N° 8 del Reglamento General de Supervisión, la supervisión de aspectos operativos implica “... la verificación del cumplimiento de obligaciones vinculadas a los aspectos operativos de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público y el mantenimiento de la misma.”. En ese sentido, las actividades de supervisión de aspectos operativos comprenden:

- a) Verificar el cumplimiento de las normas y estándares técnicos de mantenimiento de la infraestructura, así como la ejecución del Plan de Mantenimiento respectivo;
- b) Verificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales referidas a la gestión ambiental;
- c) Verificar que en los casos de afectación de las operaciones, su restablecimiento se realice en el menor tiempo posible;
- d) Verificar el cumplimiento de las obligaciones relativas a la calidad de los servicios correspondientes a cada tipo de infraestructura;
- e) Verificar el cumplimiento de las obligaciones relativas a la calidad (niveles de servicio y/o especificaciones pertinentes) establecidas contractualmente para la infraestructura de transporte;
- f) Verificar que el uso de los bienes concesionados se encuentre conforme a lo contractualmente pactado;
- g) Verificar la vigencia de los procedimientos relacionados con los aspectos operativos de los Certificados de Calidad, en los casos que corresponda de acuerdo a los Contratos de Concesión y convenios suscritos;
- h) Verificar el cumplimiento de los estándares de servicio establecidos para las entidades prestadoras;
- i) Verificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales referidas a seguridad
- j) Verificar el cumplimiento de los registros de tráfico en caso la facturación se dé con empresas vinculadas;
- k) Verificar el cumplimiento de cualquier otra obligación de naturaleza análoga que resulte exigible a las entidades prestadoras.”

Que, en ese contexto, a criterio del Regulador, para efectos de realizar una adecuada supervisión operativa resultaba indispensable, ingresar a zonas de acceso restringido como son la cabina de conductores de los trenes, así como a los locales técnicos de estaciones;



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

15/22





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

Que, asimismo, uno de los mecanismos utilizados para ejercer la función supervisora³ consiste en realizar inspecciones con o sin previo aviso, para efectos de verificar el cumplimiento de las obligaciones de las entidades prestadoras;

Que, sobre el particular, los artículos 19°, literal a), y 20° del Reglamento General de Supervisión, señalan lo siguiente:

"Artículo N° 19.- Procedimiento de Inspección

Las inspecciones se realizarán de acuerdo al siguiente procedimiento:

- a) *Con una anticipación no menor a tres (3) días, el órgano Supervisor convocará a una Reunión de Trabajo, la cual se efectuará por medios escritos, ya sea mediante oficios o correos electrónicos, acordando fecha, lugar y agenda para la realización de la misma.*

(...)"

"Artículo N° 20.- Inspección con o sin previo aviso

Las inspecciones podrán ser con o sin aviso previo a la Entidad Prestadora.

En los casos que se realice con aviso previo, se procederá de acuerdo al procedimiento descrito en el numeral (sic) anterior.

En los casos que se realice sin previo aviso, se procederá de acuerdo al procedimiento contenido en el artículo anterior, con la salvedad que la agenda será entregada por el supervisor responsable de la inspección, al presentarse en las instalaciones de la Entidad Prestadora".

[El subrayado es nuestro]

Que, como puede observarse, OSITRAN tiene la facultad de realizar inspecciones con o sin previo aviso, para efectos de verificar el cumplimiento de las obligaciones de las entidades prestadoras, lo que implica que, en caso se programe una supervisión sin previo aviso, la agenda de supervisión será entregada por el supervisor al momento mismo de iniciar la inspección;

Que, en consecuencia, resulta contrario al marco normativo vigente cualquier intento por parte del Concesionario de pretender limitar el ejercicio de la actividad de supervisión operativa por parte del Regulador, al requerirse la "coordinación previa" con los funcionarios de OSITRAN para permitir el acceso a aquellas zonas de acceso restringido, especialmente en caso el Regulador realice supervisiones sin previo aviso;

Que, mediante Resolución N° 096-2011-GG-OSITRAN, de fecha 22 de diciembre de 2011, se aprobó el Plan Anual de Supervisión correspondiente al año 2012;

Que, el mencionado Plan Anual de Supervisión fue notificado a la empresa Concesionaria mediante Oficio N° 5470-2011-GS-OSITRAN recibido el 03 de enero de 2012;

³ En atención al artículo 67° del Reglamento General del OSITRAN, las facultades de investigación permite exigir la exhibición de todo documento; citar e interrogar, realizar inspecciones, entre otros.

16/22



OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

Que, en ese sentido, solamente la supervisión contemplada en el Plan Anual de Supervisión es la única respecto de la cual deberá efectuarse el aviso previo mencionado en el artículo 19 del Reglamento General de Supervisión;

Que, en ese sentido, mediante Oficio N° 2818-2012-GS-OSITRAN, de fecha 06 de julio de 2012, notificada el 10 de julio de 2012, la Gerencia de Supervisión, en cumplimiento del Plan Anual de Supervisión, efectuó el aviso de la inspección de operaciones programada, conforme a la Agenda N° 132-2012-GS-OSITRAN que se adjuntó, detallándose entre otras cosas que la supervisión se realizaría el día 16 de julio de 2012 a las 10:00 hrs.

Que, como puede observarse, la inspección del día sábado 07 de julio 2012 no se encuentra contemplada en el Plan Anual de Supervisión, lo que implica que se trata de una supervisión sin aviso previo, lo cual significa que el Regulador se encontraba facultado a visitar la infraestructura sin el aviso a que hace referencia el literal a) del Artículo N° 19 del Reglamento General de Supervisión;

Que, no obstante ello, a fin de facilitar la coordinación a nivel del Concesionario, el día viernes 06 de julio de 2012, el Supervisor de Material Rodante de OSITRAN, Sr. Máximo MONTOYA GUILLE, efectuó comunicaciones electrónicas con el Sr. Johnny GARRO FERNANDINI, de la Gerencia de Operaciones del Concesionario, a fin que se le pueda brindar facilidades para ver algunas estaciones, permitirle viajar en la cabina de conductores de los trenes y acceder a los locales técnicos de algunas estaciones;

Que, a pesar de ello, para el ingreso de los supervisores del Regulador a las zonas mencionadas, el Sr. GARRO FERNANDINI comunicó a OSITRAN vía correo electrónico, lo siguiente:

- Correo electrónico emitido por el Sr. GARRO FERNANDINI (GYM FERROVIAS S.A.) dirigido al Sr. MONTOYA GUILLE (OSITRAN), del viernes 06/07/2012, 03:18pm

1. *Les otorgaremos todas las facilidades para acceder al sistema (en forma gratuita) por cualquiera de las estaciones, previa identificación con el Agente de Estación.*
2. *Para acceder a los locales técnicos de las estaciones, es necesario que precisen el horario, la Estación y el local técnico materia e la visita, aun así no requieran el acompañamiento.*
3. *Para autorizar el ingreso a la cabina de conducción de un tren, por procedimiento de seguridad, es necesario que nos indiquen la estación de origen, la estación de destino y la carrera (tren de horario) que desean abordar.*

[El subrayado es nuestro]

- Correo electrónico emitido por el Sr. GARRO FERNANDINI (GYM FERROVIAS S.A.) dirigido al Sr. MONTOYA GUILLE (OSITRAN), del viernes 06/07/2012, 06:29pm

"... lamentamos no poder acceder a improvisar las visitas a lugares de ingreso restringido, como son los locales técnicos de estaciones y la cabina de conducción del tren en circulación, porque estaríamos incumpliendo con nuestros procedimientos de seguridad.

Por favor para la próxima vez programen con anticipación sus vistas a lugares de acceso restringido, para poder brindarles todas las facilidades...

Siempre pueden acceder a la zona libre de las estaciones presentándose con el Agente de Estación."

17/22



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

[El subrayado es nuestro]

Que, como puede observarse de lo señalado por el Concesionario en las comunicaciones electrónicas precedentes, así como a lo indicado por él en los ítems 31 y 34 de su escrito de descargos, se evidenció el comportamiento, por parte de GYM FERROVIAS S.A. de negarse a que se le efectúen inspecciones sin aviso previo a zonas de acceso restringido, pese a las facultades que goza el Regulador y a que aquello constituye una inequívoca infracción administrativa, lo que nos releva de mayor comentario sobre el particular;

Respecto al impedimento de realizar labores de supervisión en la Estación Angamos

Que, con relación al impedimento de realizar labores de supervisión en la Estación de Angamos, no obstante no ser una denominada zona de acceso restringido (caso del agente de estación Sr. Humberto PIAGGIO FERNANDEZ), cabe señalar que en los numerales 35 al 39 del escrito de descargos presentado por GYM FERROVIAS S.A. se señala lo siguiente:

(...)

35. *Respecto a lo sucedido en la Estación de Angamos, debemos señalar que, no obstante que las instrucciones efectuadas por la Gerencia de Operaciones del Concesionario no establecían limitación alguna para que los funcionarios de OSITRAN pudieran efectuar sus labores de supervisión en áreas de libre acceso, las dificultades del personal del Regulador se debieron al erróneo entendimiento de las directrices señaladas por parte del Agente de Estación Humberto Piaggio Fernández, quien no permitió el ingreso a los funcionarios del OSITRAN.*
36. *Si bien es cierto que la actuación del referido Agente de Estación no fue la adecuada, debe tenerse en cuenta que dicho comportamiento no fue motivado ni por una directriz de la Gerencia de Operaciones del Concesionario ni implica, bajo ningún aspecto, un comportamiento continuado y sostenido de limitar o restringir las labores de supervisión de OSITRAN. Tan es así que, una vez conocido los hechos acaecidos en la Estación de Angamos, el Concesionario realizó las medidas necesarias, a efecto de abrir un proceso disciplinario para amonestar al referido agente por su inapropiado proceder.*
37. *Lo antes mencionado comprueba el compromiso del concesionario de permitir las labores de supervisión de OSITRAN, dado que actuó de manera inmediata y enérgica para contrarrestar cualquier acción que restrinja de manera inadecuada las actividades a cargo de OSITRAN. Por ello, no negamos los hechos suscitados en la Estación Angamos, pero dicho proceder del agente de estación, no puede ser considerado como un comportamiento repetido o sistemático del Concesionario.*
38. *Además, consideramos que el inapropiado proceder del Agente de Estación Humberto Piaggio Fernández no ha generado perjuicio alguno a los usuarios del servicio de transporte ni constituye una potencial afectación al interés público involucrado.*
39. *En la misma línea, es necesario precisar que el Concesionario no ha cometido con anterioridad ni posterioridad una infracción idéntica a la señalada en el presente caso, respecto de la cual se le haya observado ni mucho menos impuesto una sanción, lo cual certifica que lo ocurrido en la Estación Angamos representa un hecho aislado, el mismo que*

18/22



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

generó la reacción inmediata y enérgica del Concesionario para corregir dicho comportamiento por parte del Agente de Estación.

(...)

[El subrayado es nuestro]

Que, sobre el particular, la empresa Concesionaria ha manifestado lo siguiente:

- (i) No niega el impedimento por parte del personal del Concesionario, de levantar información al equipo supervisor de OSITRAN.
- (ii) Considera que dicha negativa no ha generado perjuicio alguno a los usuarios del servicio de transporte, ni constituye una potencial afectación al interés público involucrado.
- (iii) Declara que no ha cometido con anterioridad ni posterioridad una infracción idéntica a la señalada en el presente caso.

Que, al respecto, debemos manifestar lo siguiente:

- (i) La empresa Concesionaria reconoce el accionar indebido por parte de su personal, en perjuicio del personal supervisor de OSITRAN.

Asimismo, tal como lo indica el Informe de Hallazgos N° 2109-2012-GS-OSITRAN en sus numerales 21 y 22, ha quedado confirmado que el Concesionario impidió la acción de supervisión del Regulador pues en el Acta de Visita de Campo elaborada por OSITRAN el propio agente ha certificado con firma que: "OSITRAN está impedido el día de hoy a levantar información, solo estando permitido como usuarios". Es decir, no se permitió que el Regulador realice inspecciones, ni siquiera de las otras instalaciones diferentes a las cabinas de los trenes;

Conforme a lo señalado en los considerandos precedentes, dicha conducta constituye la comisión de la infracción por una desobediencia (Artículo 35 del Reglamento de Infracciones de OSITRAN). En ese sentido, al tratarse de un hecho objetivo, no corresponde evaluar, a efectos de imputar la responsabilidad, si dicha obstaculización ha generado o no un perjuicio a los usuarios, siendo que sí ha afectado al interés público pues dicha conducta impidió el ejercicio de la función supervisora del Regulador.

Así también, para el caso en concreto, no se requiere un análisis de lesividad, debido a que la conducta en sí misma sea perturbadora de un bien jurídico, lo que es necesario es que la conducta que se ha observado, en términos estadísticos, representa un peligro al modelo sectorial de gestión. Es decir, se ha perturbado el buen orden del sector de actividad.⁴

⁴Cita de Gómez Tomillo Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría general y práctica de Derecho Penal administrativo, Aranzadi, Pamplona, 2008.pp.291 y ss. – por Víctor Sebastián Baca Oneto – Profeso de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho por la Universidad de Piura.- Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora. Pág. 5.

19/22



OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

Que, según lo mencionado y, de acuerdo a lo notificado a la empresa concesionaria a través del Oficio N° 3711-12-GS-OSITRAN, el incumplimiento materia del presente procedimiento, califica como Muy Grave, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 35° del Reglamento de Infracciones y Sanciones;

Que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 61° del Reglamento de Infracciones y Sanciones, y teniendo en consideración que GYM FERROVIAS S.A. se encuentra ubicada en la primera escala de sanciones, en atención a su nivel de Ingresos Operativos Anuales, que son menores a 20 mil UIT, en el caso de acreditarse el incumplimiento denunciado, el importe de la multa a ser determinado podría alcanzar un monto máximo de 140 UIT;

Que, en ese orden de ideas, corresponde determinar la sanción aplicable conforme a lo señalado en el Artículo 4 del Reglamento de Infracciones y Sanciones y a los criterios señalados en el numeral 3 del Artículo 230 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

Que, para efecto de la aplicación del Principio de Razonabilidad para graduar la sanción, debe tenerse en cuenta que, conforme a los considerandos precedentes, se ha acreditado plenamente la comisión de la infracción por parte de GYM FERROVIAS S.A., verificándose que el Concesionario ha obstaculizado e impedido el ingreso del personal de OSITRAN para el ejercicio de la labor de supervisión del cumplimiento de las obligaciones del Concesionario;

Que, para efectos de graduar la cuantía⁵ de la sanción, el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, establece en orden de prelación, que se deben observar los siguientes criterios: a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, b) El perjuicio económico causado, c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, d) Las Circunstancias de la comisión de la infracción, e) El beneficio ilegalmente obtenido, f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor; del mismo modo, se tendrán en consideración los efectos de la calidad del servicio a los usuarios, así como la conducta procesal del Concesionario;

Que, sobre el particular, cabe señalar lo siguiente:

a) **La gravedad del daño al interés público o bien jurídico protegido.**- En el presente caso, cabe tener en cuenta, tal como se ha mencionado en la presente Resolución, el incumplimiento de lo establecido en las Cláusulas 8.9, 8.10, 17.4 – Competencias Administrativas – Facultades del Regulador y Disposiciones Comunes de la Sección XVII, los numerales 1.4.4, 1.4.10, 1.2.10 y 2.10 del Anexo 7 “Niveles de Servicios” del Contrato de

⁵ Sobre el particular, es pertinente anotar el artículo 4° de RIS, establece:

Artículo 4.- Principios de la Potestad Sancionadora

4.1 OSITRAN deberá aplicar los principios a los que alude el Artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444.

4.2 Para efectos de determinar la cuantía de la sanción una vez tipificada la infracción, en aplicación con el Principio de Razonabilidad contemplado en el numeral 3 del Artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444 OSITRAN empleará los siguientes criterios:

- Intencionalidad.
- Perjuicio causado.
- Circunstancias de la comisión de la infracción.
- Repetición en la comisión de la infracción.

Adicionalmente tendrá en consideración los siguientes criterios:

- Efectos en la calidad del servicio a los usuarios.
- Conducta procesal.



20/22

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

Concesión y el artículo 13° inciso b) del Reglamento General de Supervisión, sobre obligaciones del Concesionario de facilitar el cumplimiento de las funciones del Regulador, acreditándose que el Concesionario ha obstaculizado e impedido el ingreso del personal de OSITRAN para el ejercicio de la labor de verificación del cumplimiento de las obligaciones del Concesionario.

En este orden de ideas, se advierte que al haber sido interrumpida la actividad de supervisión (Inspección sin previo aviso⁶), se produjo no solo la obstaculización e impedimento, sino que esta acción de impedir que los supervisores de OSITRAN viajen en la cabina de los trenes, producida por el Concesionario, trajo como consecuencia que no se verifique la calidad de la conducción del tren, que redundaba directamente en la seguridad de los pasajeros (usuarios), y la verificación de los tiempos de viaje que demora el tren entre cada estación o terminal, lo que trae como consecuencia verificar si cada viaje se realiza en el tiempo establecido en el Contrato de Concesión, o si es menor o mayor a los estándares establecidos en dicho Contrato.

Por tanto, se advierte que la conducta de la Concesionaria ha perturbado el ejercicio de la función supervisora del Regulador, al haber obstaculizado e impedido el ingreso del personal de OSITRAN para el ejercicio de la labor de verificación del cumplimiento de las obligaciones del Concesionario, afectándose gravemente de esta manera el interés público.

b) En relación al perjuicio económico causado, es propio anotar que el Informe de Hallazgos N° 2109-13-GS-OSITRAN no ha evidenciado el perjuicio económico causado. Sólo se hace mención en el numeral 21 y 22 del mencionado informe que: "21... Esta acción ha impedido que se pueda verificar la calidad de conducción del tren y los tiempos que toma el viaje entre estaciones terminales, hecho que redundaba en beneficio de la seguridad y el menor tiempo de viaje para los usuarios, por otra parte se beneficia el CONCESIONARIO por no poderle fiscalizar el servicio que presta. 22. En este sentido, se acredita que el Concesionario ha obstaculizado el ingreso del personal de OSITRAN para el ejercicio de la labor de verificación del cumplimiento de las obligaciones del Concesionario, trayendo como consecuencia que el usuario no se beneficie con la seguridad y menor tiempo de viaje. Como prueba se adjunta el Acta suscrita por el personal de seguridad del Metro de Lima, en el que se precisa que por orden superior no permitió el acceso del personal de OSITRAN."

c) En relación a la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, se debe mencionar que de la revisión efectuada al Registro de Infracciones y Sanciones aplicadas a las empresas prestadoras, se ha verificado que no existe antecedente de sanción o conducta similar en años anteriores, para con la empresa concesionaria GYM FERROVIAS S.A., por lo que se descarta que exista una conducta repetitiva, lo que se tiene en consideración al momento de graduar la sanción;

d) En relación al beneficio ilegalmente obtenido, debemos señalar que no se ha verificado ello.

⁶ Reglamento General de Supervisión, aprobado mediante Resolución N° 024-2011-CD-OSITRAN

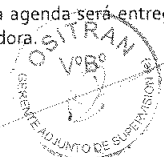
Artículo N° 20.- Inspección con o sin previo aviso

Las inspecciones podrán ser con o sin aviso previo a la Entidad Prestadora.

En los casos que se realice con aviso previo, se procederá de acuerdo al procedimiento descrito en el numeral anterior,

En los casos que se realice sin previo aviso, se procederá de acuerdo al procedimiento contenido en el artículo anterior, con la salvedad que la agenda será entregada por el supervisor responsable de la inspección, al presentarse en las instalaciones de la Entidad Prestadora.

21/22



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

e) En cuanto a las circunstancias de la comisión de la infracción, de acuerdo a lo señalado en el Informe de Hallazgos N° 2109-10-GS-OSITRAN, se desprende que la empresa concesionaria conocía perfectamente las obligaciones normativas y contractuales, contenidas en las Cláusulas 8.9, 8.10, 17.4 – Competencias Administrativas - Facultades del Regulador y Disposiciones Comunes de la Sección XVII, los numerales 1.4.4, 1.4.10, 1.2.10 y 2.10 del Anexo 7 "Niveles de Servicios" del Contrato de Concesión y el artículo 13° inciso b) del Reglamento General de Supervisión. Por lo tanto, se advierte que en todo momento el Concesionario no tuvo voluntad de cumplir sus obligaciones de facilitar el cumplimiento de las funciones del Regulador, acreditándose que el Concesionario ha obstaculizado e impedido el ingreso del personal de OSITRAN para el ejercicio de la labor de verificación del cumplimiento de las obligaciones del Concesionario, situación que sin duda evidencia un quebrantamiento al principio de buena fe, lo cual se tiene en consideración al momento de graduar la sanción;

f) En relación a la existencia o no de intencionalidad, como se podrá observar, en virtud a lo establecido en el Contrato de Concesión y el marco normativo vigente, la empresa concesionaria conocía que debía facilitar el cumplimiento de las funciones del Regulador durante la operación y explotación de la infraestructura;

g) En relación a los efectos en la calidad del servicio a los usuarios, tal como se ha mencionado, al haber sido obstaculizada la actividad de supervisión (Inspección sin previo aviso ha traído como consecuencia que el Regulador no pueda garantizar la calidad y continuidad de la prestación del servicio a los usuarios conforme con el artículo 8 del Reglamento General de OSITRAN⁷, lo que se tiene en consideración al momento de graduar la sanción;

h) Conducta Procesal (La finalidad de la Sanción Pecuniaria).- Tal como se ha mencionado anteriormente para la aplicación de una sanción administrativa, como son las multas, debe tenerse en cuenta que la sanción debe cumplir la finalidad de desincentivar la conducta infractora, por lo que en el presente caso corresponde imponer una multa que sea capaz de disuadir a la Concesionaria a cumplir oportunamente y sin necesidad de requerimiento previo alguno, las obligaciones contractuales asumidas;

Que, para la determinación de la sanción se debe considerar entre otros, el principio de razonabilidad para graduar la sanción, teniendo en cuenta la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; el perjuicio económico causado; la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción; las circunstancias de la comisión de la infracción; el beneficio ilegalmente obtenido; y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor;

Que, asimismo, se debe tomar en cuenta que, se debe prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que incumplir las normas infringidas o asumir la sanción, sino su aspecto represivo carecería de sentido;

Que, teniendo en consideración los factores agravantes y atenuantes, así como el objeto y finalidad de la sanción administrativa que es el de adecuar las conductas al cumplimiento de las normas emitidas para disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados, se considera que debiera imponerse como sanción una multa de treinta (30) UITs a la empresa concesionaria GYM FERROVIAS S.A., por el incumplimiento detectado;



⁷ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM



22/22



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

De conformidad con el Numeral 16 de las Funciones Generales de la Gerencia General, del Manual de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado mediante Resolución N° 006-2007-CD-OSITRAN y sus modificatorias, en virtud del cual corresponde a esta Gerencia resolver en primera instancia el presente procedimiento administrativo sancionador;

SE RESUELVE:

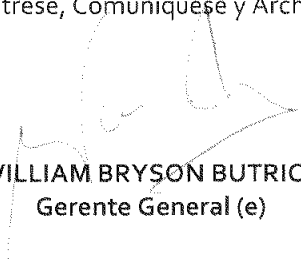
Artículo 1º.- Declarar que la empresa concesionaria GYM FERROVÍAS S.A. ha obstaculizado e impedido el ingreso del personal de OSITRAN para el ejercicio de la labor de verificación del cumplimiento de las obligaciones del Concesionario, constituyéndose la infracción contemplada por el Artículo 35 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN.

Artículo 2º.- Imponer a la empresa concesionaria GYM FERROVÍAS S.A., como sanción, por el incumplimiento referido en el artículo precedente, una multa equivalente a treinta (30) UITs, la misma que deberá ser pagada dentro del plazo establecido en el Artículo 75º del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN.

Artículo 3º.- Notificar la presente Resolución a la empresa concesionaria GYM FERROVÍAS S.A.

Artículo 4º.- Hacer de conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de la Gerencia de Supervisión de OSITRAN la presente Resolución.

Regístrese, Comuníquese y Archívese


WILLIAM BRYSON BUTRICA
Gerente General (e)



Reg. Sal. GG N° 14440
Reg. Sal. GG N° 13391
Reg. Sal. GS N° 12541

23/22

OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

