

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

REGLAMENTO DE INCENTIVOS, INFRACCIONES Y SANCIONES

I. ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN

El numeral 6.2 del artículo 6° de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo (Ley de Creación del OSITRAN), establece que las atribuciones reguladoras y normativas del OSITRAN, comprenden la potestad exclusiva de dictar, en el ámbito de su competencia, reglamentos autónomos y otras normas referidas a intereses, obligaciones o derechos de las Entidades Prestadoras o de los Usuarios.

Asimismo, el literal c) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, establece que la función normativa de los Organismos Reguladores comprende la facultad de dictar en el ámbito y materia de sus respectivas competencias, entre otros, reglamentos que regulen los procedimientos a su cargo y, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas, y aquellas derivadas de los Contratos de Concesión bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por el propio Regulador.

Igualmente, el literal d) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, establece que la función fiscalizadora y sancionadora comprende la facultad de imponer sanciones dentro del ámbito de competencia del OSITRAN por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos Contratos de Concesión.

En ese mismo sentido, el literal c) del numeral 7.1 del artículo 7° de la Ley N° 26917 establece como principales funciones del OSITRAN, adoptar las medidas correctivas y aplicar sanciones sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas; asimismo, el artículo 39° del Reglamento General del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, dispone que la función fiscalizadora y sancionadora permite al OSITRAN imponer sanciones y medidas correctivas a las Entidades Prestadoras por el incumplimiento de las normas, disposiciones y/o regulaciones establecidas por el OSITRAN aplicables a los Contratos de Concesión y de las obligaciones contenidas en los Contratos de Concesión.

Dentro de este marco normativo, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN, se aprobó el Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSITRAN, el mismo que tenía como objeto establecer la tipificación de las infracciones en las que podía incurrir la Entidad Prestadora, la escala de sanciones que le eran aplicables y el procedimiento para su aplicación y cobro.

No obstante, desde de la publicación del referido Reglamento (2003), se suscribieron veintiséis nuevos Contratos de Concesión y OSITRAN ha emitido nuevas normas, entre las que se encuentran aquellas relacionadas a la regulación tarifaria, supervisión, aportes por regulación, entre otros.

De esta manera, desde marzo de 2015, el OSITRAN cuenta con un Reglamento de Organización y Funciones (ROF), aprobado por el Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, el cual modificó su estructura orgánica, al crear y reasignar roles y funciones entre sus órganos. De esta forma, se incorporó al Tribunal en Asuntos Administrativos, en la estructura orgánica del OSITRAN, el cual ejercerá la función de segunda instancia administrativa de las resoluciones que emita la Gerencia de Supervisión y Fiscalización¹.

De igual manera, la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, fue modificada por el Decreto Legislativo N° 1272. Así, el artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que esta norma contiene disposiciones comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales. Además, dispone que las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que aquellas previstas en esta norma.

En consecuencia, la antigüedad del Reglamento de Infracciones y Sanciones, los nuevos Contratos de Concesión suscritos y la nueva normativa vigente, ha generado la necesidad de actualizar el mencionado Reglamento. De esta forma, la modificación contemplará nuevas conductas que no se encontraban previstas, así como introducirá nuevos mecanismos que incentiven el cumplimiento de las obligaciones de las Entidades Prestadoras, además de optimizar la supervisión y fiscalización y mejorar el esquema de multas que impone el OSITRAN.

En ese sentido, se ha elaborado la presente propuesta de reforma, que trae como principales cambios o incorporaciones, los siguientes:

- Una nueva denominación: Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones (RIIS)
- Un Título sobre Incentivos no Punitivos de cumplimiento
- Nuevas Infracciones
- Un Título sobre el Procedimiento Sancionador acorde a la normativa actual.
- Explicitación de una metodología de cálculo de sanciones

En términos generales, esta propuesta modifica instituciones ya previstas, incorpora nuevos mecanismos de incentivos para el cumplimiento de las obligaciones de las Entidades Prestadoras y mejora la metodología de cálculo de sanciones, entre otros aspectos que se describirán a continuación.

¹ Al respecto, el artículo 67° del Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN, establece lo siguiente:

"Artículo 67.-Del Tribunal en Asuntos Administrativos

Del Tribunal en Asuntos Administrativos resuelve en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación planteados contra lo resuelto por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, conforme a la normativa de la materia."

II. RESPECTO A LAS DISPOSICIONES GENERALES

El proyecto de Reglamento presenta un nuevo enfoque de *enforcement* para el Regulador, en relación con el cumplimiento de las obligaciones contractuales y normativas de las Entidades Prestadoras, buscando integrar mecanismos de incentivos no punitivos al clásico mecanismo de sanción. El nuevo enfoque de cumplimiento que busca el OSITRAN ha llevado a que este Reglamento contemple nuevos mecanismos para desincentivar la comisión de infracciones por parte de las Entidades Prestadoras. Éste es el motivo que ha ocasionado el cambio de la denominación de esta nueva norma a "Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones".

El Proyecto de Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones (en adelante, "Proyecto de RIIS") propone dos mecanismos. El primero de ellos es un mecanismo no punitivo en el cual el objetivo es incentivar el cumplimiento apelando al premio o reconocimiento social de aquellas conductas deseadas por el marco normativo. El segundo es el mecanismo punitivo, cuyo establecimiento apela a desincentivar comportamientos no deseados y el alineamiento con el objetivo del bien público protegido en la Entidad Prestadora respecto a las consecuencias que podrían darse de incumplir con sus obligaciones.

Este nuevo enfoque está previsto en el artículo 1 del Título I del Proyecto de RIIS, como finalidad del Reglamento. Asimismo, el Proyecto de RIIS propone criterios de aplicación de sus disposiciones, tales como eficacia, oportunidad, razonabilidad y beneficio de la medida para los usuarios. Estos criterios permitirán que, al momento de aplicar el Reglamento, el OSITRAN considere la alternativa más adecuada para lograr el cumplimiento de las obligaciones de las Entidades Prestadoras, sin descuidar los intereses de los Usuarios del servicio. Para ello, se tiene como finalidad que la medida adoptada sea razonable, así como que sea oportuna y objetiva a efectos de que logre un impacto positivo en el sistema regulatorio, los usuarios y la sociedad.

Otra de las novedades que presenta el Título I es la incorporación de un número mayor de definiciones, lo cual facilita la lectura y aplicación de los artículos. De esta forma, se genera claridad, comprensión y se descartan textos ambiguos u oscuros que puedan generar diferentes lecturas de la normativa.

Entre las nuevas definiciones, se encuentra la definición de Infracción y Sanción, que son necesarias para comprender mejor el Reglamento. Asimismo, se precisa la definición de Concedente, que es un término recurrentemente utilizado en el Proyecto de RIIS. Finalmente, a lo largo del Proyecto de RIIS, también se mencionan otros términos que han sido definidos previamente para su mejor comprensión. Entre ellos: Empresa Vinculada, Informe de Hallazgo, Medida Correctiva, etapa de inversión, etapa de operación, Concesión, entre otros.

III. RESPECTO A LOS MECANISMOS DE INCENTIVOS NO PUNITIVOS DE CUMPLIMIENTO

La regulación que se ha estado aplicando ante los incumplimientos contractuales de las Entidades Prestadoras se ha caracterizado por ser básicamente punitiva². Ésta es una particularidad propia de un modelo regulatorio superado en otros países que, cuando es aplicado de manera exclusiva y excluyente, deja en evidencia sus limitaciones³.

Al respecto, debemos tener presente que las sanciones (aunque estén acompañadas de otros mandatos) no generan el suficiente impacto positivo en el sistema regulatorio, debido a que su imposición no mejora el desempeño de las Entidades Prestadoras, por encima de lo previamente establecido en los Contratos de Concesión o en la normativa aplicable. Es decir, las amonestaciones y las multas, que impone el regulador disuaden conductas por los efectos negativos que ocasionan en las entidades prestadoras; pero esto no es suficiente. Por ello es necesario que el OSITRAN proponga otros mecanismos de gestión que de manera directa puedan contribuir al desarrollo del sector. Por tal motivo, con la publicación del Proyecto de RIIS se intenta mejorar el actual modelo regulatorio sancionador, caracterizado por multar las infracciones y limitado a la gestión de los daños.

² La regulación de "Mandato y Control" es el ejercicio de la influencia mediante la imposición de estándares respaldados por sanciones criminales. La fuerza de la Ley puede ser utilizada para imponer estándares fijos y prohibir una actividad que no está conforme con dichos estándares.

Baldwin, R. and M. Cave (1999): "Understanding Regulation". Oxford, Oxford University Press. Pág. 35.

³ Al respecto, se suele relacionar a la regulación de "Mandato y Control" con las siguientes desventajas:

Captura

Una primera preocupación fue que en la regulación "Mandato y Control", las relaciones entre los reguladores y los regulados "podría tender a volverse muy cercana y llevar a la captura, es decir, llevaría a la búsqueda de los Intereses de las empresas reguladas en vez de los intereses del público en general.

Asimismo, la proximidad de las relaciones entre el regulador y el regulado, que está asociada con las técnicas de "Mandato y Control", puede pensarse que sea particularmente conducente a la captura de en la medida que las agencias, cuando formulan y llevan a cabo las normas, deben confiar en alguna medida en la cooperación de las empresas reguladas. Así, de acuerdo con este argumento, los reguladores requieren de un buen trato de la información para poder llevar a cabo sus funciones, lo que significa fijar estándares apropiados en temas tales como niveles de polución aceptable o incrementos de precio. La principal y mejor fuente de tal información va a ser a menudo la industria. De acuerdo con esto, el regulador requiere de alguna ayuda por parte de las empresas reguladas para poder realizar el trabajo de regulación "Mandato y Control". Esto da a las empresas reguladas un grado de Influencia sobre los procedimientos y objetivos reguladores, una influencia que con el tiempo produce la captura.

Legalismo

Una segunda preocupación principal con relación a la regulación "Comando y Control" ha sido su propensión a producir normas innecesariamente complejas e inflexibles y, por supuesto, a una proliferación de normas que llevan a la sobrerregulación, al legalismo, a la demora en la inmersión en las libertades gerenciales y llevan al estrangulamiento de la competencia y de la empresa. (...)

Establecimiento de estándares

Se ha sostenido que el establecimiento de estándares apropiados pone mayores dificultades a los reguladores debido a que las demandas de información son muy altas. (...)

Ejecución

La ejecución es costosa, las técnicas usadas dan pie a la discusión y se dice que los efectos de la ejecución o puesta en marcha son inciertos. (...) De acuerdo con esto-, éstas pueden fracasar en cuanto a cubrir una conducta que debería ser controlada o también puede restringir una actividad que no debería ser restringida. (...)

Baldwin, R. and M. Cave. Ob.Cit. . Pág. 36-39.

En ese sentido, el OSITRAN podría recurrir al uso de diversas técnicas y mecanismos para lograr el cumplimiento de las obligaciones por parte de las entidades prestadoras. Dichos mecanismos podrían ir desde el uso de la negociación o la persuasión, hasta mecanismos más punitivos⁴.

Hay que mencionar que las ventajas presentadas por esquemas no punitivos son numerosas. Así por ejemplo, da libertad a los gerentes para realizar su gestión. Al respeto, cabe mencionar que es labor de la empresa regulada, y no del regulador, el comparar entre realizar la infracción con los costos de evitarla en un contexto particular y el analizar los medios para reducir la comisión de la infracción⁵, debido que los Gerentes son capaces de ser más flexibles en cuanto a sus modos de actuar⁶.

Adicionalmente, los regímenes basados en incentivos involucran cargas relativamente ligeras en cuanto a la recolección de información y costos, para producir resultados. Además, este tipo de régimen estimula a las empresas reguladas a reducir la conducta dañina lo más posible (un incentivo que tiende a "cero") y no simplemente a cumplir las obligaciones exigidas por el Contrato de Concesión o la normativa de aplicable. .

En ese sentido, el Título II del Proyecto de RIIS, referido a los incentivos no punitivos, tiene como finalidad que el Regulador no solo cuente con mecanismos punitivos para incentivar el cumplimiento de las obligaciones contractuales y normativas por parte de las Entidades Prestadoras, sino que también utilice otras herramientas (como premios o beneficios no monetarios) para alcanzar dicho objetivo.

De esta forma, la propuesta prevé como incentivos no punitivos a los reconocimientos honoríficos, beneficios u otros que busquen fomentar el cumplimiento de obligaciones en las Entidades Prestadoras. Como parte de este conjunto de incentivos, se propone dos tipos de reconocimientos: por desempeño y por sobrecumplimiento. Ambos a ser evaluados en un período determinado.

El incentivo de "Reconocimiento por desempeño" consiste en destacar honoríficamente el buen desempeño de la Entidad Prestadora respecto del servicio que brinda, tomando en cuenta las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión o de la normativa aplicable. De este modo, serían reconocidas las Entidades Prestadoras que ejecuten las disposiciones establecidas en sus correspondientes Contratos de Concesión u otro Título Habilitante y sus modificaciones o en la

⁴ Hutter, Bridget M. *Compliance: Regulation and Environment*. Oxford: Clarendon Press. 1997. Pág. 14.

"Enforcement of the law, it was argued, did not refer simple to legal action but to a wide array of informal enforcement techniques, including education, advice, persuasion, and negotiation. These were used by law enforcement officials, but came into a particular prominence in the regulatory arena"

El cumplimiento de la ley no se refiere a simples acciones legales, sino a una amplia gama de técnicas informales de cumplimiento, como la educación, la recomendación, la persuasión y la negociación. Estas técnicas son utilizadas por los encargados de hacer cumplir la ley; pero toman especial relevancia en el campo de la regulación. (Traducción libre).

⁵ Baldwin, R. and M. Cave. *Ob.Cit.* Pág. 41.

⁶ Otras ventajas son, por ejemplo, el involucrar niveles relativamente bajos de discreción regulatoria, comparados con los sistemas de "Mandato y Control" debido a que las recompensas operan de forma mecánica una vez que el régimen es establecido. Estos niveles bajos de discreción y modos estructurados de aplicación reducen los peligros de captura regulatoria en la medida que los reguladores no están involucrados en constantes negociaciones, relaciones cercanas en intercambios de información con los regulados, como suele ocurrir en el esquema de "Mandato y Control".

normativa aplicable, sin necesidad de requerimiento de cumplimiento por parte de la administración pública, durante el periodo de evaluación. Asimismo, el "Reconocimiento por sobrecumplimiento" consiste en reconocer honoríficamente aquellas actividades adicionales (sobrecumplimiento) no establecidas como obligación en el Contrato de Concesión o en la normativa y que tienen un impacto positivo en el sistema regulatorio, los usuarios y la sociedad. De esta forma, se reconocerían a las Entidades Prestadoras que en sus respectivas organizaciones inviertan y/o implementen programas, proyectos, sistemas, etc., que generen estándares de calidad en sus servicios, que sean superiores a los inicialmente establecidos en sus respectivos Contratos de Concesión u otro Título Habilitante o en la normativa aplicable.

Este tipo de incentivos no punitivos permitirán al Regulador fomentar la conducta de las Entidades Prestadoras hacia aspectos u objetivos del servicio que consideran podrían ser mejorados o atendidos. Esto a través de los criterios de evaluación y parámetros de medición, que se emplearán para calificar a las Entidades Prestadoras y, finalmente, elegir a aquellas que destaquen en desempeño y/o sobrecumplimiento.

Para otorgar los reconocimientos mencionados, el proyecto de RIIS establece criterios de evaluación por cada tipo de reconocimiento, lo cual permite, por un lado, mayor objetividad en el proceso y, por otro, que las Entidades Prestadoras tengan suficiente tiempo para interiorizar la información y establecer estrategias en dirección a obtener una buena calificación en los mismos.

Para efectos de aplicar los incentivos no punitivos propuestos, el Proyecto de RIIS propone la realización de un concurso anual que resulte en el reconocimiento de aquellas Entidades Prestadoras que se caractericen por el buen desempeño y/o sobrecumplimiento en relación con sus obligaciones contractuales o normativas.

En el concurso, se seleccionará a un ganador para cada categoría definida en las bases publicadas previo al inicio del periodo de evaluación (por ejemplo, subsector y/o tipo de infraestructura a cargo de la Entidad Prestadora). Finalmente se otorgará un reconocimiento que consistirá en un premio, distinción, certificado u otro medio oficial, cuya difusión estará a cargo del OSITRAN.

En relación a las bases del concurso, se establece que, dentro del plazo previsto en el Reglamento, la Gerencia General emitirá las disposiciones necesarias para la aplicación de los incentivos. Esto considerará, entre otros aspectos, la designación de un comité evaluador; la definición de indicadores, parámetros o metas que permitirán medir los criterios de conducta de cada Entidad Prestadora; las categorías del concurso; el diseño de una metodología de evaluación; el cronograma de actividades; así como criterios adicionales para aplicar los incentivos; entre otros.

Finalmente, se considera que la relevancia de esta propuesta radica en que los incentivos no punitivos representan una herramienta complementaria al enfoque fiscalizador del OSITRAN, que le permite aplicar otras maneras de promover el cumplimiento por parte de las Entidades Prestadoras. Asimismo, tomando en cuenta que esta propuesta es nueva y que su implementación requerirá precisiones y mejoras para su sostenibilidad, el Reglamento prevé el establecimiento de disposiciones complementarias, las cuales estarán a cargo de la Gerencia General.

IV. APUNTES SOBRE LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS INFRACCIONES

1. Infracciones de carácter general

En relación con las Infracciones de Carácter General del Capítulo I del Título III del Proyecto de RIIS, se ha buscado consolidar aquellas infracciones que tienen relación directa con obligaciones de la Entidad Prestadora como parte de su Contrato de Concesión o su título habilitante y que, dado su alcance o contenido, no se pueden ser previstas en otro capítulo del Proyecto de RIIS.

Cabe señalar que se ha estandarizado la tipificación de las infracciones establecidas en el Proyecto de RIIS, de manera que se hace referencia a que los incumplimientos son derivados del incumplimiento de obligaciones previstas en el Contrato de Concesión, las disposiciones o regulaciones del OSITRAN o la normativa aplicable, entendiéndose por esta última a la normativa que se encuentra bajo la supervisión y fiscalización del OSITRAN y, por ende, cuyo incumplimiento puede ser sancionado por el Regulador.

Así, las nuevas conductas infractoras son, entre otras, las siguientes: la no suscripción o pago del Capital Social; la falta de elaboración de inventarios; la celebración o ejecución de contratos con socios o terceros sin cumplir los procedimientos previstos en el Contrato de Concesión; la inadecuada aplicación del mecanismo de liberación de pago en Concesiones; el destino de los recursos, bienes o derechos de la concesión a fines distintos a los establecidos en el Contrato de Concesión respectivo; y, el incumplimiento de medidas correctivas o compromiso de cese, por parte de las Entidades Prestadoras.

De igual manera, se ha precisado la tipificación de algunas infracciones contempladas en el reglamento vigente aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN, a fin de incorporar nuevos supuestos que complementan la conducta originalmente tipificada. Así, por ejemplo, se ha establecido nuevos supuestos que completan la infracción por no contar con una garantía de fiel cumplimiento. Asimismo, en el caso de no contratar cobertura de seguros, se precisa que se considera infracción el hecho de que no se mantenga vigente o no se renueve la respectiva cobertura. También se ha precisado la infracción relacionada a la obstaculización al ejercicio de las competencias del OSITRAN, entre otras mejoras en los tipos de infracción originalmente establecidos por el reglamento antes mencionado.

Ahora bien, es imposible llegar a cubrir en una sola norma todos los supuestos que puedan ser contrarios al orden jurídico. En ese sentido, "Una ley auténticamente tipificadora, sería interminable y, además, habría de ser alterada sin cesar"⁷.

De esta manera "Las exigencias propias del Estado de Derecho no pueden ser manejadas de forma tal que su realización efectiva se haga sencillamente impracticable. Y el límite de lo posible se sobrepasa cuando se aspira a la total tipificación (...) en el derecho sancionador administrativo.

⁷ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Cuarta edición. Editorial Tecno Madrid. Pág. 312.

Las características de tecnificación, complejidad y dinamicidad de la sociedad actual privan de todo soporte, con toda evidencia, a semejante ideal”⁸.

En esa línea, las funciones del proyecto de Reglamento es desincentivar la comisión de conductas que podrían constituir incumplimiento de las obligaciones contractuales o normativas de las Entidades Prestadoras, por tal razón el proyecto de Reglamento se busca incluir el mayor número de conductas que puedan tener como consecuencia de dicha vulneración. Para que de esta forma las entidades reguladas procuren tomar las medidas necesarias para cumplir con el ordenamiento jurídico en su conjunto.

En ese sentido, al final de cada capítulo se incorpora un artículo ubicado al final de cada capítulo del proyecto de Reglamento, donde se establece como infracción toda conducta que constituyan incumplimientos de las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión, la Disposición o la regulación del OSITRAN, así como la normativa aplicable; que no se encuentren tipificadas en los demás artículos de cada uno de esos capítulos.

Ello constituye una técnica jurídica que permite mantener vigente el control de los comportamientos indeseados por la Administración Pública y brinda un mensaje claro a los destinatarios de aquellas.

Cabe señalar que lo indicado, no implica arbitrariedad por parte de la administración pública, toda vez que únicamente podrá iniciarse un procedimiento administrativo sancionador respecto de normas, obligaciones, disposiciones y mandatos que se encuentren predeterminados en el Contrato de Concesión y en el ordenamiento jurídico, constituyendo la base legal o contractual para la aplicación del tipo previsto en el Reglamento.

2. Infracciones relacionadas con las inversiones

En este capítulo se establecen las conductas relacionadas con la etapa de inversión del proyecto, el cual es definido en el propio proyecto de Reglamento como la fase en la que se distingue la etapa de diseño, que comprende el desarrollo del Expediente Técnico y la ejecución misma del proyecto correspondiente (el cual comprende obra, equipamiento y cualquier otra inversión) el cual debe ceñirse a los parámetros técnicos, económicos y ambientales bajo los cuales fue aprobado.

Por lo que, en este capítulo se recogen aquellas infracciones que corresponden a la etapa de construcción o etapa pre-operativa, en el cual se realizan las inversiones iniciales de infraestructura de transporte. De esta forma, se ha acogido gran parte de las infracciones reguladas en el anterior reglamento como el no habilitar vías alternas o facilidades necesarias, no llevar registros de control de calidad y no realizar el mantenimiento a los bienes de la Concesión.

⁸ PAREJO, Luciano; JIMENEZ-BLANCO, Antonio; y, ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Manual de Derecho Administrativo. Segunda Edición*. Editorial Ariel S.A. Barcelona, 1992. P. 313.

Asimismo, se han incorporado nuevas conductas infractoras. De esta forma, se ha considerado como infracción el supuesto de operar los bienes fuera de los límites establecidos en el Contrato de Concesión y la normativa aplicable, incumplir con la corrección de defectos comunicados por el OSITRAN. Del mismo modo, se ha ampliado el alcance de la infracción referida al incumplimiento de las normas de seguridad en la etapa de operación y prestación del servicio, disponiéndose que se deberá cumplir la normativa aplicable y no sólo el Contrato de Concesión. Asimismo, ya no será necesario que exista grave riesgo en la integridad de la infraestructura, para la configuración de la infracción, tal como estaba previsto en varios tipos de infracciones en el vigente Reglamento de Infracciones y Sanciones. Finalmente, se ha propuesto considerar como infracción no solo no informar sobre alteraciones temporales, sino, en general, no informar sobre cualquier situación de emergencia que impida el uso de la infraestructura o la prestación del servicio.

3. Infracciones relativas a la operación de la infraestructura y a la prestación del servicio

En este capítulo se establecen las conductas relacionadas con la etapa de operación del proyecto. Esta etapa está delimitada en las definiciones del proyecto de Reglamento. Al respecto, se señala que esta fase se inicia cuando se ha concluido la ejecución del proyecto correspondiente (el cual comprende obra, equipamiento o cualquier otra inversión) y se encuentra bajo la entidad prestadora para su operación y mantenimiento.

De esta forma, en el Capítulo III del Título III se ha acogido gran parte de las infracciones reguladas en el anterior reglamento como incumplir las condiciones de operación relacionadas al acceso a facilidades esenciales, no habilitar vías alternas o facilidades necesarias, no llevar registros de control de calidad y no realizar el mantenimiento a los bienes de la Concesión.

De otro lado, se ha incorporado nuevas conductas infractoras. De esta forma, se ha considerado como infracción el supuesto de operar los bienes de la concesión fuera de los límites establecidos en el Contrato de Concesión o la normativa, incumplir con la corrección de defectos comunicados por el OSITRAN. Además, se ha ampliado el alcance de la infracción al incumplimiento de las normas de seguridad en la etapa de operación y prestación del servicio, disponiéndose que ahora se deberá cumplir la normativa aplicable y no sólo el Contrato de Concesión; asimismo, ya no será necesario que exista grave riesgo en la integridad de la infraestructura, sino que el solo incumplimiento de la norma de seguridad prevista en el Contrato de Concesión o la normativa aplicable será suficiente para que se configure la infracción. Asimismo, se ha propuesto considerar como infracción no solo no informar sobre alteraciones temporales, sino, en general, no informar sobre cualquier situación de emergencia que impida el uso de la infraestructura o la prestación del servicio. Finalmente, se ha propuesto como infracción, el incumplimiento por parte de la Entidad Prestadora de servicios públicos o titular de las interferencias, de lo dispuesto por el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 1192, "Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, liberación de Interferencias y dicta otras medidas para la ejecución de obras de infraestructura"; en aquello que corresponda al ámbito de competencias de OSITRAN.

4. Infracciones relativas al acceso a la infraestructura

En este capítulo, se recogen aquellas infracciones que corresponden a incumplimientos relacionados al acceso a la infraestructura y, en general, a incumplimientos relacionados con el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (REMA), aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 014-2003-CD-OSITRAN.

De otro lado, se ha incorporado nuevos supuestos de incumplimientos; entre ellos, se encuentra la acción de nunca elevar al Tribunal de Solución de Controversias y Atención de Reclamos, los expedientes de apelación relacionados a controversias sobre acceso a la infraestructura o elevarlo luego de quince días hábiles de vencido el plazo establecido en el REMA. De esta forma se complementa lo regulado en la normativa vigente, dado que actualmente sólo constituye infracción los casos de no elevación en los plazos establecidos en el REMA. Además, se mejora el orden, la distribución y la numeración de los artículos, incisos y literales para hacer más fácil la ubicación y referencia a las infracciones.

5. Infracciones relativas a la contabilidad regulatoria

El Capítulo V del Título III del Proyecto de RIIS, relacionado a la contabilidad regulatoria, constituye otra de las novedades introducidas. En efecto, debemos resaltar que la contabilidad regulatoria tiene como objetivo obtener información adicional o distinta a la proporcionada por la contabilidad tradicional. Así, la finalidad de la contabilidad tradicional es básicamente servir a la gestión interna de la empresa, independientemente de las necesidades específicas de información del regulador. Lo anterior ocasionaba dificultades en la supervisión, ya que no se desagregaba los servicios y los costos sujetos a regulación.

Frente a esto, la contabilidad regulatoria busca obtener información de servicios específicos de la Entidad Prestadora para poder revisar regulación de precios y verificar si ellos son consistentes con los costos vinculados a los servicios regulados.

En ese sentido, este capítulo comprende como infracciones los incumplimientos relacionados con los principios generales aplicables a la contabilidad regulatoria, así como la presentación de documentos relacionados a la contabilidad regulatoria, la metodología para la asignación de costos, ingresos y activos entre servicios, entre otras obligaciones establecidas en el respectivo Manual de Contabilidad Regulatoria.

Finalmente, debemos señalar que la asimetría informativa existente entre empresas y reguladores económicos ha sido uno de los mayores obstáculos a superar en la implementación de toda regulación. El obtener información objetiva de las Entidades Prestadoras es una necesidad que se ha vuelto transcendental para alcanzar una regulación con mayor eficacia. Por tanto, esta es la importancia de que, en el Proyecto de RIIS, se establezcan nuevas infracciones que aseguren la obtención de la información regulatoria.

6. Infracciones relativas a tarifas, cargos de acceso y recargos

En cuanto al Capítulo VI del Título III relacionado con infracciones relativas a tarifas, cargos de acceso y recargos, se contempla infracciones relacionadas a temas tarifarios en general y a lo dispuesto en el Reglamento General de Tarifas, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 043-2004-CD-OSITRAN.

En ese sentido, los incumplimientos se han estructurado sobre la base de tres artículos principales: los relacionados a la publicidad de las tarifas o políticas comerciales; la aplicación de tarifas; y la aplicación de políticas comerciales anunciadas por las Entidades Prestadoras. Esta estructura ha permitido agrupar los incumplimientos por temas y simplificar su identificación en el proyecto de Reglamento, lo que permitirá una mejor comprensión por parte del administrado (las Entidades Prestadoras).

7. Infracciones relativas a las obligaciones de las Entidades Prestadoras frente a los usuarios

En este capítulo se ha incorporado aquellas infracciones que tengan relación con incumplimiento de obligaciones relacionadas con derechos de los usuarios reconocidas por el Reglamento de Usuarios de Terminales Aeroportuarios y Portuarios, aprobado por Resolución N° 074-2011-CD-OSITRAN y, el Reglamento de Usuarios de Infraestructura Vial, Ferroviaria y del Sistema eléctrico de Transporte Masivo, aprobado por Resolución N° 004-2012-CD-OSITRAN.

Cabe precisar que estos Reglamentos están en etapa de modificación a través del proyecto de Reglamento de Usuarios de Infraestructura de Transporte de Uso Público, cuya prepublicación fue aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 028-2016-CD-OSITRAN. Es de mencionar que este proyecto recoge las obligaciones ya establecidas por los citados Reglamentos de Usuarios, por lo que tienen correspondencia con las infracciones previstas en el proyecto de Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones.

De esta manera, se continúa protegiendo la seguridad de los Usuarios, habiéndose incluido además infracciones relacionadas a las obligaciones de accesibilidad, prestación del servicio y no discriminación; asimismo, se han incluido infracciones por incumplimientos de la implementación de una línea telefónica y una página web, así como infracciones relacionadas a resguardar el derecho a la información de los usuarios, entre otras.

8. Infracciones relativas a las normas sobre reclamos de los usuarios y solución de controversias

En el Capítulo VIII del Título III, vinculado a las infracciones relacionadas con la tramitación de reclamos de los usuarios y solución de controversias, se ha incluido nuevos tipos de infracciones aplicables a las Entidades Prestadoras.

Así, la propuesta contempla como infracciones, por ejemplo, no establecer adecuadamente una mesa de partes para la atención de los reclamos, no cumplir con lo solicitado por el administrado

en los procedimientos de reclamos en los que se haya configurado el silencio administrativo positivo, no observar los alcances de un precedente de observancia obligatoria emitido por el Tribunal de Solución de Controversias, no remitir al Tribunal de Solución de Controversias la queja interpuesta en su contra, entre otros. Con dichas infracciones, se busca desincentivar las conductas de las Entidades Prestadoras en cuanto a sus obligaciones vinculadas a reclamos y evitar afectaciones a los usuarios.

9. Infracciones relativas a la información y documentación

Respecto al Capítulo IX del Título III, relacionado a las Infracciones relativas a la no entrega de información o documentación, este nuevo Reglamento ha mejorado la redacción de algunos supuestos de infracción e incorpora otros nuevos.

De esta forma, se mantiene y/o se han precisado infracciones como no entregar información o documentación, no subsanar observaciones, suministrar información falsa y ocultar fuentes de información.

10. Infracciones relativas al incumplimiento de las disposiciones o decisiones de OSITRAN

En el Capítulo X del Título III, referido a infracciones relativas al incumplimiento de las disposiciones o decisiones del OSITRAN, se ha reemplazado el listado de supuestos de incumplimientos relacionados a resoluciones o normas emitidas por OSITRAN o el Concedente que se encontraban en distintos artículos a lo largo del Reglamento de Infracciones y Sanciones vigente, por un solo artículo que comprende a todos los supuestos previstos en la normativa vigente e incluye otros supuestos adicionales. Asimismo, se ha incorporado el incumplimiento de las disposiciones del OSITRAN como parte del tipo de infracción que se sancionará, para lo cual el proyecto de Reglamento también ha considerado, dentro de sus definiciones, al término "Disposiciones".

11. Infracciones relativas a pago de Retribución u otros

Otro de los cambios del proyecto de Reglamento es que no tipifica como infracción sancionable por la falta de pago oportuno del Aporte por Regulación. Esta modificación se sustenta en lo establecido en la Ley Marco de los Organismos Reguladores, toda vez que esta no dispone que el incumplimiento de pago (tardío o parcial) del aporte por regulación constituya una infracción.

Asimismo, cabe mencionar que, con la emisión de la Ley Marco de los Organismos Reguladores, el Tribunal Constitucional se pronunció acerca de la naturaleza del aporte por regulación, toda vez que dicha norma no la definía. De este modo, señaló que el aporte por regulación tiene naturaleza tributaria. En razón a ello, a través de la Sentencia emitida en el Expediente N° 3303-2003-AA/TC, afirmó que el aporte por regulación es una contribución y que tiene naturaleza coactiva, pues no media para su establecimiento la voluntad de las empresas obligadas al pago:

"Naturaleza de los denominados "aportes por regulación"

3. A estos efectos, es menester definir la naturaleza de este tipo de cobros. A juicio de este Tribunal es indiscutible que tienen naturaleza tributaria y, en virtud de ello, están sometidos a la observancia de los principios constitucionales consagrados por el artículo 74° de la Constitución, que regulan el régimen tributario, como son el de legalidad, de igualdad, de no confiscatoriedad, de capacidad contributiva y los derechos fundamentales.

Estos principios de la tributación constituyen límites de observancia obligatoria para quienes ejercen el poder tributario de acuerdo a la Constitución.

4. Lo anteriormente expuesto se sustentan en la propia definición de lo que técnicamente se entiende por tributo, que aun cuando de modo expreso no haya sido recogida en nuestra legislación, no obsta para tener un acercamiento a ella, en base a lo desarrollado por la doctrina.

Así, el tributo es definido como: la obligación jurídicamente pecuniaria, ex lege, que no constituye sanción de acto ilícito, cuyo sujeto activo es, en principio, una persona pública y cuyo sujeto pasivo es alguien puesto en esa situación por voluntad de la ley" (Geraldo Ataliba. Hipótesis de Incidencia Tributaria. Instituto Peruano de Derecho Tributario. 1987. Pág. 37).

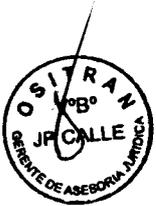
A partir de esta noción, podemos establecer los elementos esenciales de un tributo, los cuales son: a) su creación por ley; b) la obligación pecuniaria basada en el ius imperium del Estado; y c) su carácter coactivo, pero distinto a la sanción por acto ilícito.

5. Estos elementos del tributo pueden identificarse en el artículo 10° de la Ley N.° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, cuyo tenor es el siguiente: "los organismos reguladores recaudarán de las empresas y entidades bajo su ámbito, un aporte por regulación, el cual no podrá exceder del 1% del valor de facturación anual, deducido el Impuesto General a las Ventas y el Impuesto de Promoción Municipal, de las empresas bajo su ámbito. Este aporte será fijado en cada caso mediante Decreto Supremo aprobado por el Consejo de ministros, refrendado por el Presidente del consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas".

En efecto, los denominados "aportes por regulación", recaudados a favor de los Organismos Reguladores –adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros– para el mejor cumplimiento de sus fines, son obligaciones de pago nacidas en virtud de la ley, las cuales tienen naturaleza coactiva pues no media para su establecimiento la voluntad de las empresas obligadas al pago. Debe enfatizarse que la falta de pago oportuno de este aporte se encuentra sujeta a la aplicación de sanciones e intereses previstos en el Código Tributario, conforme se establece en el Decreto Supremo N.° 004-2002-PCM, que deroga el Decreto Supremo N.° 114-2001-PCM."

[Subrayado agregado]

Por ello, en tanto el OSITRAN, como cualquier otra entidad pública, debe guiarse de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, puesto que constituye una fuente del derecho, tal



como se manifiesta en el considerando 34 de la Sentencia emitida en el Expediente N° 047-2004-AI/TC; motivo por el cual se encuentra jurídicamente justificado que no se tipifique como infracción la falta de pago oportuno del Aporte por Regulación.

Respecto al resto del Capítulo XI del Título II, vinculado a las infracciones relacionadas con aportes y pagos que deben efectuar las Entidades Prestadoras, el Proyecto de Reglamento establece como infracciones, entre otros, el incumplimiento de los pagos de retribución por el derecho de concesión, los depósitos o pagos previstos para la supervisión y otros pagos o contribuciones, en los plazos y condiciones establecidos en el contrato de concesión o la normativa de la materia o las disposiciones de OSITRAN.

Finalmente, es pertinente señalar que el capítulo incorpora un nuevo artículo con la finalidad de optimizar el plazo y condiciones de recepción de información para el OSITRAN, el mismo que está referido al incumplimiento con la remisión de información sobre Retribución al Estado.

V. Del procedimiento administrativo sancionador

Uno de los cambios sustanciales introducidos en el presente Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones es el desarrollo detallado del Procedimiento Administrativo Sancionador, el cual deberá ser aplicado obligatoriamente antes de la imposición de cualquier tipo de sanción. En ese sentido, a diferencia de la norma vigente, en el presente proyecto de reglamento se desarrolla a detalle el procedimiento en un Título completo de once capítulos, demostrando la trascendental importancia del respeto al procedimiento administrativo sancionador previo a la imposición de sanciones.

De esta forma, el Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones contempla capítulos referidos a aspectos generales del procedimiento, asimismo delimita las funciones de las autoridades que intervendrán en el mismo, desarrolla la postulación del procedimiento, el compromiso de cese, el período de pruebas, la conclusión del procedimiento en primera instancia, los recursos impugnatorios, el procedimiento en segunda instancia, la ejecución de resoluciones, la prescripción de la infracción, la caducidad del procedimiento y detalla las sanciones que pueden ser impuestas.

En lo referente al Capítulo de Aspectos Generales, con la finalidad de guardar armonía con todo el ordenamiento jurídico, el Proyecto de RIIS dispone que, en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, se aplicará supletoriamente las disposiciones establecidas en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, a efectos de garantizar el derecho al debido procedimiento, reconocido como un derecho Constitucional⁹.

⁹ El Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 03891-2011-PA/TC establece que el fundamento principal por el que se habla de un debido procedimiento administrativo encuentra sustento en el hecho de que tanto la jurisdicción como la administración están indiscutiblemente vinculados a la Carta Magna, de modo que si ésta resuelve sobre asuntos de interés de los administrados, y lo hace mediante procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer categorías invocables ante instancias administrativas.

Asimismo, cabe mencionar que se precisa que la responsabilidad administrativa de la Entidad Prestadora se configura independiente de la responsabilidad civil o penal que se origine por los hechos u omisiones que configure la infracción administrativa. Además, la verificación del cese de la infracción no exime de responsabilidad al administrado ni substraer la materia sancionable, salvo disposición distinta en el Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones.

Respecto al Capítulo II, los cambios introducidos por el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, Reglamento General de OSITRAN y el Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN, hicieron necesaria la actualización del Reglamento de Infracciones y Sanciones al contenido de las mencionadas normas. En ese sentido, a efecto de concordar el rol de cada uno de los partícipes en el procedimiento administrativo con las nuevas normas emitidas, se delimita cada una de las facultades de la Jefatura de Fiscalización, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, y el Tribunal en Asuntos Administrativos del OSITRAN. De este modo, ahora se identifica a la Jefatura de Fiscalización como el órgano instructor del procedimiento administrativo que tendrá atribuciones intrínsecas a su rol de investigador y en ejercicio de dicha facultad podrá efectuar investigaciones preliminares, iniciar e instruir el procedimiento administrativo sancionador, solicitar la ampliación del periodo de pruebas entre otras concernientes a su labor de instrucción, encontrándose facultada también para requerir la exhibición de cualquier tipo de documento, interrogar a representantes, empleados, funcionarios, asesores, terceros, y realizar inspecciones sin previa notificación; a fin de asegurar su amplia potestad en búsqueda de la verdad material, recogido como principio en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 2744, Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁰.

Asimismo, se añade las funciones de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización como órgano autónomo de naturaleza resolutoria, con las atribuciones de declarar la existencia o no de una infracción, dictar medidas correctivas, entre otros. Igualmente, se indica que el Tribunal en Asuntos Administrativos es el encargado de revisar en segunda y última instancia administrativa los actos impugnables emitidos por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización.

Cabe precisar la propuesta de Reglamento prevé en su Segunda Disposición Complementaria Transitoria que, en tanto no entre en funciones el Tribunal en Asuntos Administrativos, quien asumirá sus funciones será la Gerencia General de OSITRAN, tal como viene ocurriendo en el

¹⁰ 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.

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

marco de lo dispuesto por el Consejo Directivo (Acuerdo N° 1820-546-15-CD-OSITRAN de fecha 29 de abril de 2015).

Dentro de las principales novedades del Capítulo III, se encuentra plazos máximos para que la actuación interna de los órganos involucrados del Regulador, sea oportuna y eficaz. Así el Reglamento establece tres plazos internos a efectos que el OSITRAN cumpla con comunicarle a la Entidad Prestadora el trámite del procedimiento administrativo sancionador, tomando como base los siguientes plazos para la actuación de los órganos respectivos:

- (i) Un plazo máximo para que luego de concluir las actividades de supervisión, en sus distintas modalidades, programadas en el Plan de Supervisión o efectuadas de cualquier otra forma sobre la base de la información que remita la Empresa Supervisora, el Supervisor In Situ y/o las unidades orgánicas de OSITRAN; el profesional de la Jefatura de Contratos correspondiente de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN informe los hechos que configurarían incumplimiento contractual por parte de las Entidades Prestadoras, que generen la imposición de sanciones, a la Jefatura de Contratos correspondiente y a la Jefatura de Fiscalización.
- (ii) Un plazo máximo para que la Jefatura de Contratos y la Jefatura de Fiscalización emitan su "Informe de Hallazgo", estableciendo que dicho plazo podrá ser prorrogado, por razones justificadas.



Lo anterior es sin perjuicio que, en caso se advierta la existencia de un presunto incumplimiento, la Jefatura de Contratos correspondiente requiera a la Entidad Prestadora el cumplimiento efectivo de la obligación debida, independientemente de la aplicación de las sanciones, conforme a lo establecido en el artículo 65 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224, Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF, según el cual la aplicación de penalidades o sanciones no exime al inversionista del cumplimiento efectivo de las obligaciones contractuales o normativas.

- (iii) Un plazo máximo para que la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, en su calidad de órgano resolutorio de primera instancia administrativa, emita la resolución correspondiente.



De esta forma se busca establecer, en el ámbito interno de OSITRAN, una actuación oportuna y predecible por parte del órgano competente en primera instancia en la detección del incumplimiento y la imposición de la sanción.

Asimismo, se encuentra la disposición que todo procedimiento administrativo sancionador será iniciado de oficio por el órgano competente (órgano instructor), otorgando de este modo certeza respecto al inicio del procedimiento y a las conductas infractoras imputadas. Asimismo, se detalla una lista de actuaciones previas a la admisión a trámite generados por la presentación del Informe de Hallazgo. Además, este Reglamento considera la posibilidad de exceptuar el inicio del procedimiento administrativo sancionador si como consecuencia de los resultados de las acciones de supervisión y fiscalización, y luego de iniciar un análisis costo beneficio, se encuentra que no se ha generado un grave daño a los usuarios o no se ha producido una grave afectación al interés público involucrado. Ello permitirá que la Administración no destine recursos económicos y



humanos a la tramitación de procedimientos sancionadores que cumplan estrictamente tales condiciones.

Al respecto, esta excepción permitirá a las Entidades Prestadoras sustraerse de un procedimiento administrativo sancionador gravoso y costoso y permitirá a la propia administración descongestionar su carga en los procedimientos sancionadores que tramita, de esta forma se optimiza el trabajo del OSITRAN dirigiendo su atención a la tramitación de procedimientos sancionadores de infracciones con mayor impacto. De esta forma la persecución administrativa llega anticipadamente a su término, obviándose la realización de actos formales de inicio del procedimiento sancionador y las impugnaciones propias de todo procedimiento administrativo.

En ese sentido existirán renunciaciones mutuas: la de OSITRAN a seguir ejerciendo sus poderes de fiscalización, y la de la Entidad Prestadora a que se agoten los trámites normales del procedimiento²¹. Pero este mecanismo es excepcional y sólo es factible cuando la ritualidad subsiguiente del procedimiento se torna más onerosa que la gravedad y las consecuencias producidas por la infracción.

Además, es importante destacar que la excepción al inicio del procedimiento, es una facultad que se encuentra reglada por criterios preestablecidos para su aplicación. Asimismo, para su empleo se debe tener un sustento de costo beneficio. De esta forma, se reduce la discrecionalidad que puedan tener los funcionarios que apliquen la norma.

Asimismo, se incorpora que la comunicación de la excepción a la Entidad Prestadora constituirá una advertencia en caso volviera a incurrir en la misma infracción. En ese caso, los hechos serán tomados en consideración para el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador que corresponda.

Por otro lado, el Reglamento hace una remisión a las condiciones eximentes de responsabilidad por infracciones, establecidas por el numeral 236.1-A del artículo 236-A de la LPAG²². Sobre el

²¹ Conforme lo dispone el artículo 206 de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, que garantiza el derecho a la contradicción, el cual establece:

"Artículo 206.- Facultad de contradicción

206.1 Conforme a lo señalado en el Artículo 108, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente.

206.2 Sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.

206.3 No cabe la impugnación de actos que sean reproducción de otros anteriores que hayan quedado firmes, ni la de los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma."

²² Artículo 236-A.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

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

- a) El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada.
- b) Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa.

particular, de acuerdo al caso en concreto se determinará cuáles de estas serán aplicables, considerando además que OSITRAN supervisa y fiscaliza a Entidades Prestadoras, las cuales se constituyen como personas jurídicas.

El Proyecto de Reglamento también regula el compromiso de cese, al igual que la legislación antitrust de diversos países. Mediante esta institución jurídica los infractores de las normas se comprometen a cesar la conducta prohibida y adoptar medidas efectivas para tal efecto, a cambio de lo cual la agencia de competencia respectiva dispone la suspensión o finalización del procedimiento en trámite y, de ser el caso, la exención de la sanción correspondiente³³. Además, se debe resaltar que el Compromiso de Cese, de la forma como se encuentra regulado en el Proyecto Reglamento, destaca la importancia de la voluntad de las Entidades Prestadoras para sus propias medidas antes de suscribir el mencionado compromiso.

En ese sentido, en el Capítulo IV, referente al compromiso de cese se determina una serie de requisitos a tomar en consideración previamente, como el reconocimiento expreso de la infracción imputada respecto de la cual se solicita la aprobación del compromiso de cese, que la infracción no resulte del incumplimiento de obligaciones que impliquen la caducidad del Contrato de Concesión, que no se haya generado grave daño a los usuarios ni al interés público, que la entidad no haya sido sancionada por los mismos actos u omisiones tipificados de la misma manera a los que son materia del compromiso de cese en trámite, que no se haya suscrito un compromiso de cese y que la Entidad Prestadora ofrezca medidas correctivas que permitan verificar el cese del incumplimiento, la reversión de los efectos lesivos y la garantía que no habrá reincidencia. Además, a diferencia del reglamento vigente, se detalla el procedimiento que se deberá seguir para la evaluación del compromiso de cese. Igualmente, se señala una lista no limitativa de medidas correctivas que podrán ser empleadas por el OSITRAN a fin de establecer las cosas o situaciones alteradas por una conducta antijurídica a su estado anterior, y de este modo revertir o limitar el daño generado en todo lo que fuera posible.

Cabe destacar que el mencionado compromiso de cese es un compromiso voluntario que el presunto responsable ofrece para el cese de los hechos investigados o la modificación de aspectos

c) La incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción.

d) La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.

e) El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal.

f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 235.

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

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

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

b) Otros que se establezcan por norma especial

³³ Informe N° 005-2005-INDECOPI/ST-CLC, publicado en el marco del "Compromiso de Cese presentado en el arco del procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio contra KLM Compañía Real Holandesa de Aviación- Sucursal en el Perú y Hansaperú Consulting S.A.C. por la presunta concertación de la fecha de reducción de las comisiones pagadas a las agencias de viajes el 1 de abril de 2000."

relacionados con ellos. Asimismo, se mantiene lo establecido por el vigente Reglamento de Infracciones y Sanciones que el pronunciamiento del OSITRAN al compromiso de cese es inimpugnable.

Además, con la finalidad de salvaguardar los derechos de las Entidades Prestadoras, en el capítulo V del presente reglamento de infracciones, se señalan las pruebas que podrán ofrecerse durante el procedimiento sancionador, así como los plazos en que éstas podrán actuarse, con la finalidad de garantizar plazos específicos de ejercicio de la facultad sancionadora del OSITRAN.

La conclusión del procedimiento administrativo en primera instancia, previsto en el Capítulo VI, es otro de los tópicos desarrollados, resaltándose plazos que el OSITRAN y la Entidad Prestadora deben respetar. Cabe precisar, acorde con lo establecido por la modificación de la Ley N° 27444, por el Decreto Legislativo N° 1272, se prevé que el informe emitido por la Jefatura de Fiscalización sea remitido a la Entidad Prestadora a efectos de que presente descargos. Se contempla que estos nuevos descargos sean evaluados por dicha Jefatura en tanto sus funciones previstas en el artículo 64 del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, incluye las de instrucción, así como conoce todo el expediente en razón a la actuación de pruebas. De este modo, se encuentra en mejores condiciones para conocer la verdad material, razón por la que le corresponde evaluar estos segundos descargos de la Entidad Prestadora. Cabe agregar que el hecho de que la Jefatura de Fiscalización revise los nuevos descargos de la Entidad Prestadora no afectaría el sentido y propósito del numeral 5 del artículo 235 del Decreto Legislativo, en tanto que esta disposición tiene como finalidad otorgar la oportunidad al administrado para que presente nuevamente descargos. En ese sentido, el Proyecto de RIIS no desconoce este objetivo, sino que lo contempla como parte del procedimiento sancionador.



De otro lado, en el Capítulo VII, se desarrollan el alcance y oportunidad de interposición de los recursos de reconsideración y apelación, a fin que se garantice que la entidad sancionada pueda cuestionar las resoluciones del regulador. Así, también se ha previsto, como remedio procesal, la queja. De esta manera, se abarca todos los mecanismos de defensa contemplados en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Con la misma lógica de control de plazos, en el Capítulo IX correspondiente al procedimiento en segunda instancia administrativa, se determina un plazo máximo de treinta (30) días para que el órgano superior resuelva la impugnación. Igualmente se recoge la doctrina de la proscripción de "*reformatio in peius*", estableciéndose, en el artículo 109° del Proyecto de RIIS, que el Tribunal en Asuntos Administrativos no podrá imponer sanciones más graves para el infractor sancionado, cuando sea éste quien impugne la resolución.

Además, el Proyecto de RIIS establece que una vez agotada la vía administrativa la Resolución será ejecutiva y la Gerencia de Supervisión y Fiscalización podrá adoptar las medidas cautelares para garantizar su eficacia. Asimismo, OSITRAN podrá ejercer facultades coactivas para garantizar el pago de las sanciones. Otra novedad trata de la incorporación de un artículo sobre prescripción, en el que se fija como tiempo de prescripción cuatro (4) años. De esta manera, el



cómputo del plazo de prescripción comenzará a partir del día en que la infracción se hubiera cometido en el caso de las infracciones instantáneas o infracciones instantáneas de efectos permanentes, desde el día que se realizó la última acción constitutiva de la infracción en el caso de infracciones continuadas, o desde el día en que la acción cesó en el caso de las infracciones permanente. Además, se incorpora un supuesto de interrupción de la prescripción en el Proyecto de RIIS, adecuándolo a lo establecido en el numeral 229.2 del artículo 229° y al artículo 233° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁴.

En consecuencia, los plazos para la interrupción de la prescripción regulados en el presente reglamento garantizan los derechos de los administrados al igual que lo dispuesto en el capítulo de Procedimiento Sancionador de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

En la misma línea, se regula la caducidad del procedimiento sancionador en el Proyecto de Reglamento, en aplicación del artículo 237-A de la LPAG¹⁵. Así, establece que el plazo máximo

¹⁴ Al respecto, dichos artículos establecen lo siguiente:

Artículo 229. *Ámbito de aplicación de este capítulo*

(...)

229.2 *Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales, incluyendo los tributarios, los que deben observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 230, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador.*

Los procedimientos especiales no pueden imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo.

Artículo 233. *Prescripción*

233.1 *La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas, prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio del cómputo de los plazos de prescripción respecto de las demás obligaciones que se deriven de los efectos de la comisión de la infracción. En caso ello no hubiera sido determinado, dicha facultad de la autoridad prescribirá a los cuatro (4) años.*

233.2 *El cómputo del plazo de prescripción de la facultad para determinar la existencia de 232 infracciones comenzará a partir del día en que la infracción se hubiera cometido en el caso de las infracciones instantáneas o infracciones instantáneas de efectos permanentes, desde el día que se realizó la última acción constitutiva de la infracción en el caso de infracciones continuadas, o desde el día en que la acción cesó en el caso de las infracciones permanentes.*

El cómputo del plazo de prescripción sólo se suspende con la iniciación del procedimiento sancionador a través de la notificación al administrado de los hechos constitutivos de infracción que les sean imputados a título de cargo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 235, inciso 3 de esta Ley. Dicho cómputo deberá reanudarse inmediatamente si el trámite del procedimiento sancionador se mantuviera paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles, por causa no imputable al administrado.

233.3 *La autoridad declara de oficio la prescripción y da por concluido el procedimiento cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar la existencia de infracciones. Asimismo, los administrados pueden plantear la prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos.*

En caso se declare la prescripción, la autoridad podrá iniciar las acciones necesarias para determinar las causas y responsabilidades de la inacción administrativa, solo cuando se advierta que se hayan producido situaciones de negligencia.

¹⁵ Artículo 237-A. *Caducidad del procedimiento sancionador*

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

para resolver el procedimiento sancionador es de nueve (9) meses, desde la fecha de notificación de cargos de la Jefatura de Fiscalización. Además, se propone que la Gerencia de Supervisión y Fiscalización apruebe la ampliación del plazo del procedimiento sancionador, toda vez que este órgano se encuentra en mejor posición para determinar si podrá realizar todas las acciones necesarias a fin de emitir su resolución de primera instancia. Asimismo, sugerimos que la Jefatura de Fiscalización también pueda proponer dicha ampliación, debido a que puede evaluar si necesitará de tiempo adicional a efectos de emitir su informe de fase instructora.

Igualmente, debido a que la caducidad no aplica al procedimiento recursivo, se señala que la Gerencia de Supervisión y Fiscalización será la encargada de (i) archivar el procedimiento sancionador en caso se configure la caducidad y (ii) declarar la caducidad. Igualmente, se permite que la Jefatura de Fiscalización, en su calidad de órgano instructor, pueda evaluar el inicio de un nuevo procedimiento sancionador.

Por otro lado, se puede evidenciar que la sumatoria de los plazos previstos en el procedimiento sancionador del Proyecto de RIIS, respeta el plazo máximo de nueve (9) meses, a fin de que no se configure la caducidad. Así, se puede sumar un total de ciento cinco (105) días hábiles, lo cual comprende un poco más de cinco (5) meses. Asimismo, la presentación, evaluación y aprobación de un compromiso cese, previsto en el artículo 98 del Proyecto de Reglamento, tampoco permitiría que se configure la caducidad del procedimiento sancionador, dado que éste estaría suspendido por dos (2) meses. Así, en caso se deniegue el compromiso de cese y se prosiga con todo el procedimiento sancionador, el tiempo total sería un poco más de siete (7) meses.

Finalmente, respecto al Capítulo XI, se precisa los principios en materia sancionadora previstos en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, que deben ser observados al momento de aplicar sanciones a los administrados. Asimismo, se señala que la responsabilidad administrativa es paralela a la responsabilidad penal o civil que se pudiera configurar por un hecho sancionable. Del mismo modo, se ha previsto que el OSITRAN llevará un registro de las sanciones que imponga a las Entidades Prestadoras. Por último, se contempla la posibilidad de reducir la sanción a través de una medida correctiva aprobada por el OSITRAN, a propuesta de la Entidad Prestadora, las cuales podrán ser aquellas establecidas en el numeral 100.3 del artículo 100° del Proyecto de RIIS. Así, la Entidad Prestadora deberá demostrar que dicha medida tendrá un beneficio directo en el usuario, en el sistema regulatorio o en la sociedad. Con esta medida, se busca que se reconozca la infracción con la respectiva sanción, pero, por otro lado, se permita que se pueda obtener un beneficio directo de la corrección propuesta por la Entidad Prestadora en la respectiva medida correctiva.

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

2. Transcurrido el plazo máximo para resolver, sin que se notifique la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado el procedimiento y se procederá a su archivo.

3. La caducidad es declarada de oficio por el órgano competente. El administrado se encuentra facultado para solicitar la caducidad del procedimiento en caso el órgano competente no la haya declarado de oficio.

4. En el supuesto que la infracción no hubiera prescrito, el órgano competente evaluará el inicio de un nuevo procedimiento sancionador. El procedimiento caducado no interrumpe la prescripción.

VI. Análisis del impacto de la vigencia del reglamento en la legislación nacional

El impacto de la entrada en vigencia del proyecto de RIIS del OSITRAN será positivo, para los usuarios, las Entidades Prestadoras y el propio OSITRAN, por varias razones.

En primer lugar, establecerá un conjunto de incentivos orientados al cumplimiento y sobrecumplimiento de obligaciones contractuales y normativas por parte de las Entidades Prestadoras, articulando para tal fin el uso de mecanismos de incentivos no punitivos, de reconocimiento de buenas prácticas, y de incentivos punitivos, por incumplimientos.

En segundo lugar, asegurará la coherencia entre las nuevas propuestas normativas que el OSITRAN viene desarrollando para el mejor cumplimiento de sus funciones, así como, con el Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN aprobado y el Reglamento General de OSITRAN y sus modificaciones.

En tercer lugar, incrementará el nivel de predictibilidad de la actuación de la administración frente a los administrados, a través de una tipificación más precisa y estructurada de forma sistémica, atendiendo a los principales aspectos de la inversión, operación y explotación de infraestructura de transporte de uso público o prestación de servicios, entre otros.

Finalmente, se prevé mayor celeridad en la determinación de las sanciones a imponer, en la medida que el proyecto de RIIS explicita una metodología detallada para el cálculo de multas, basada en criterios objetivos y uniformes, que incluye la aplicación de multas predeterminadas para un número importante de conductas infractoras.



VII. Análisis costo-beneficio

Con la finalidad de analizar si el proyecto de RIIS resulta conveniente para la sociedad en su conjunto, se comparará, a nivel cualitativo, los costos y los beneficios que se derivarían de su aprobación.



El proyecto de RIIS no implica ningún costo para los usuarios de las infraestructuras de transporte de uso público, pues al regular el cumplimiento de las obligaciones contractuales y normativas de las Entidades Prestadoras, no impone ninguna obligación adicional.

Por otro lado, el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el proyecto de RIIS tampoco genera costos adicionales a las Entidades Prestadoras, pues solo les reitera su obligación de cumplir con lo dispuesto en los Contratos de Concesión, disposiciones de OSITRAN y en la normativa aplicable, obligaciones que a la fecha ya vienen siendo asumidas por dichas empresas.



Cabe indicar que, en el caso de las sanciones monetarias a imponer a las Entidades Prestadoras, la metodología incluida en el proyecto de RIIS propone que dichas multas sean determinadas a partir de los beneficios ilícitos obtenidos o esperados por las empresas como resultado del incumplimiento de una obligación. Es decir, los mismos que, en una situación normal de cumplimiento, no se habrían obtenido.

En el caso del OSITRAN, tampoco se han identificado costos adicionales que serían generados por la propuesta normativa. Por el contrario, el proyecto de RIIS generaría una serie de beneficios, entre los cuales se encuentran los siguientes:

- a. Establecer normativamente un esquema de incentivos orientado al cumplimiento de obligaciones contractuales o normativas por parte de las Entidades Prestadoras, lo que incide en una mejora general en la calidad de la prestación de los servicios de infraestructura de transporte de uso público.
- b. Incorporar incentivos de cumplimiento no punitivos orientados a reconocer públicamente el buen desempeño de las Entidades Prestadoras en relación con sus obligaciones contractuales y normativas, o aquellas adicionales que el OSITRAN considere necesarias.
- c. Contar con un instrumento normativo actualizado que permita a las Entidades Prestadoras conocer con mayor precisión las consecuencias de posibles incumplimientos contractuales o normativos.
- d. Contar con un instrumento normativo concordado con actualizaciones de otras normas relacionadas a la prestación de servicios utilizando infraestructuras de transporte de uso público, por ejemplo, el Proyecto de Reglamento de Usuarios de las Infraestructura de Transporte de Uso Público; lo que permitirá alinear de forma más eficiente los incentivos orientados al cumplimiento de obligaciones contractuales o normativas.
- e. Elevar el nivel de predictibilidad de las decisiones adoptadas por la administración a través de tipificaciones más precisas y estructuradas de forma sistemática, atendiendo a los principales aspectos de la inversión, operación y prestación de servicios. Asimismo, presentar una escala de sanciones más precisa que permitirá a las Entidades Prestadoras antelar las consecuencias de sus acciones.
- f. Facilitar a las Entidades Prestadoras el ejercicio de sus derechos al establecer de forma más clara y precisa el proceso para la tramitación de los procedimientos administradores sancionadores, en la primera y segunda instancia administrativa.
- g. Disminuir el número de apelaciones a las resoluciones de primera instancia, debido que los criterios objetivos y uniformes empleados para la graduación de la multa están explicitados, disminuyendo el rango de aplicación subjetiva al imponer la multa.
- h. Concordar la participación de las diversas instancias que actúan en la tramitación y resolución de un procedimiento administrativo sancionador con lo establecido en el Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN.
- i. Reducir el tiempo de tramitación de los procedimientos administrativos sancionadores, generando incentivos para que las Entidades Prestadoras reconozcan su responsabilidad lo que disminuirá la necesidad de actuaciones probatorias y permitirá la rápida conclusión de los procedimientos.

En atención a lo antes expuesto, es posible concluir, a nivel cualitativo, que se obtiene un balance positivo de la comparación de los costos y los beneficios generados por el proyecto de RIIS propuesto para la sociedad en su conjunto, por lo que se justifica que el Proyecto de Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones sea aprobado.

VIII. Disposiciones complementarias transitorias, final y derogatoria

Por lo demás, el presente reglamento ha establecido, en su Disposición Complementaria Transitoria, que las disposiciones de naturaleza procesal se aplicarán a los procedimientos en



trámite, en la etapa en la que se encuentren. Asimismo, se explica que mientras no se constituya el Tribunal en Asuntos Administrativos, las funciones de este último serán ejercidas por la Gerencia General.

Cabe mencionar que, en la Única Disposición Complementaria Final, se menciona que el Tribunal en Asuntos Administrativos podrá actualizar los valores referentes al Anexo I cuando corresponda. Además, la Única Disposición Complementaria Derogatoria insta que el Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones es de orden público y deroga el Reglamento de Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN.



Respecto a la nueva metodología de cálculo de sanciones

Finalmente, respecto al monto de las sanciones, el proyecto de Reglamento explicita la metodología para la cuantificación de las multas, la que establece una categorización objetiva de las infracciones. El sustento de dicha metodología se encuentra detallada en el Anexo 1 de esta propuesta de Reglamento.



Cabe indicar que en el anexo 2 del proyecto de Reglamento se ha incluido la modalidad de multa (*ex ante, ad-hoc*) que se aplicará a cada una de las infracciones tipificadas en el proyecto RIIS.

