

INFORME N° 071-05-GAL-OSITRAN

Para : Walter Sánchez Espinoza
Gerente de Supervisión (e)

C.c. : Jorge Alfaro Martijena
Gerente General

Asunto : Descargos del PAS iniciado a los Concesionarios
Interoceánica Sur Tramo 2 S.A. e Interoceánica Sur Tramo 3
S.A. por incumplimiento en lo establecido en el literal h) de la
cláusula 3.4 del Contrato de Concesión

Referencia : Memorandos N° 172-05-GS-OSITRAN y 173-05-GS-OSITRAN

Fecha : 31 de octubre de 2005

I. OBJETO

Por el presente informe, en atención a los memorandos de la referencia, cumplimos con emitir opinión en relación a los descargos presentados por los concesionarios de la referencia, de manera conjunta, en atención a que el tenor de ambos documentos es el mismo.

II. ANTECEDENTES:

1. Por oficio N° 650-05-GS3-OSITRAN se notificó a la empresa Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 2 S.A. por el incumplimiento de lo establecido en el literal h) de la cláusula 3.4 del Contrato de Concesión;
2. Por oficio N° 651-05-GS3-OSITRAN se notificó a la empresa Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A. por el incumplimiento de lo establecido en el literal h) de la cláusula 3.4 del Contrato de Concesión;
3. Por oficio N° 015/2005-CIST2-OSITRAN de fecha 11 de octubre de 2005, la empresa Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 2 S.A. formuló sus descargos;
4. Por oficio N° 015/2005-CIST3-OSITRAN de fecha 11 de octubre de 2005, la empresa Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A. formuló sus descargos;

III. ANÁLISIS:

Para efectos de facilitar el análisis, dividiremos el presente acápite en 3 sub acápites en los que, a su vez, transcribiremos las afirmaciones del Concesionario, para proceder a refutarlos a continuación.

OSITRAN NO HABRÍA RESPETADO EL CRITERIO DE CULPABILIDAD:

1. Tal como señala el concesionario, al ejercer la potestad sancionadora deben respetarse los principios establecidos en el artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada por la Ley N° 27444, a la que en lo sucesivo nos referiremos como LPAG, entre ellos el de razonabilidad;
2. En opinión del concesionario, el texto del numeral 3) del artículo 230° de la LPAG que a la letra dice:

Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

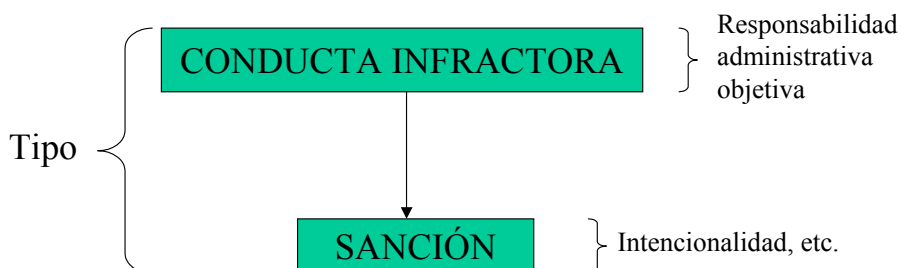
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

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; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de la infracción.*

Dicho principio obligaría a OSITRAN a “tomar en cuenta dos criterios básicos para el ejercicio de su potestad sancionadora: (i) la culpabilidad (o intencionalidad) y (ii) la proporcionalidad (o perjuicio causado)”;

3. Asimismo, el Concesionario considera que “El criterio de culpabilidad supone que aquel administrado que actuó con la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones frente a la administración pública, se encuentre liberado de cualquier tipo de sanción”;
4. Al respecto, cabe señalar que en nuestra opinión, la lectura del numeral 3) del artículo 230° de la LPAG efectuada por el concesionario es errada puesto que el legislador no se ha pronunciado en dicha norma sobre la aplicación del principio de culpabilidad o no al momento de determinar la responsabilidad administrativa;
5. Sin embargo, antes de analizar la referida afirmación, cabe indicar que en nuestra opinión la estructura del numeral 3) del artículo 230° de la LPAG contempla la conducta infractora (supuesto de hecho) y la sanción (consecuencia jurídica) conforme al siguiente cuadro:



6. El numeral 3) del artículo 230° de la LPAG se refiere a un momento posterior, es decir, cuando se determina la gravedad de la sanción, en donde efectivamente deberá evaluarse si el administrado tuvo intención de cometer la infracción. Sin embargo, en ningún momento se señala en el referido numeral que para que exista infracción deberá exigirse el requisito de dolo o culpa.

En nuestra opinión, esta decisión se debió a que los comportamientos que están bajo supervisión de la administración son de tan diversa índole, que establecer una regla con carácter general como la del principio de culpabilidad habría sido contraproducente.

Pensemos por ejemplo en el caso de las infracciones en materia tributaria (habría que probar, según la tesis del concesionario, que el contribuyente sí tuvo la intención de no presentar su Declaración Jurada del Impuesto a la Renta); o en el caso de infracciones de tránsito (la autoridad tendría que probar que el conductor tuvo la intención de pasarse la luz roja, es decir, no sólo bastaría probar el hecho sino también se requeriría probar la intencionalidad). Ciertamente que esa tesis dista mucho de ser la correcta;

7. Sin embargo, los anteriores no son los únicos ámbitos en que resulta de aplicación la responsabilidad administrativa objetiva, sino que lo propio ocurre con los casos de la Comisión de Protección al Consumidor y la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI cuando resuelven casos sobre protección al consumidor, o en los casos en que OSINERG y SUNASS ejercen la potestad sancionadora;
8. En el caso de OSITRAN, esta regla se encuentra expresamente prevista en su Reglamento General aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2001-PCM que a la letra dice:

Artículo 71°.- Responsabilidad del Infractor

La responsabilidad del infractor en caso de procedimientos administrativos sancionados que se sigan ante OSITRAN, debe distinguirse de la responsabilidad civil o penal que se origine, de los hechos u omisiones que configuren infracción administrativa. La responsabilidad administrativa es objetiva.

9. A mayor abundamiento cabe señalar que autores tan prestigiosos como Cassagne señalan que:

“en materia contravencional, las leyes especiales pueden legitimar un sistema de responsabilidad objetiva para ciertas infracciones donde el bien común reclama una solución diferente en orden a las mayores exigencias de la comunidad.”¹

10. Si a ello le agregamos que la potestad sancionadora de la administración, a diferencia del ejercicio del ius puniendi en el ámbito penal, sí recae en personas jurídicas - puesto que en el Derecho Administrativo no rige el principio “*societas delinquere non potest*” o las sociedades o personas

¹ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo. Tomo II.* 6ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. P. 578.

jurídicas no delinquen -, los argumentos del concesionario carecen de asidero²;

11. En efecto, el maestro y vocal del Tribunal Supremo Español, Francisco González Navarro señala lo siguiente:

“Acabamos de ver que la última jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional rotundamente se ha decantado a favor de considerar la culpabilidad como requisito para que pueda hablarse de infracción administrativa. Incluso he dicho que lo que ocurría es que en este caso no había una matriz disciplinar que se aceptase con carácter general y ahora ya la hay.

Ocurre, sin embargo, que la flamante teoría directriz se ha tropezado de inmediato con una dificultad que es necesario resolver: la responsabilidad de las personas jurídicas. ¿Cómo es posible hablar de culpabilidad de una persona jurídica?”

El referido maestro agrega, citando a Nieto:

<<En el derecho penal es el repertorio de ilícitos lo suficientemente breve como para ser conocido por todos los ciudadanos y, además, coincide a grandes rasgos con la conciencia popular. De tal manera que es infrecuente cometer un delito sin conciencia de ello. Al menos así sucede con el Código penal, ya que los repertorios de las llamadas leyes penales especiales enturbian bastante el panorama.

En el derecho administrativo sancionador, en cambio, la situación es muy diferente. Aquí los repertorios de ilícitos son inabarcables y el estado no puede exigir a nadie que los conozca. Por tanto, si la culpabilidad se concibe como conciencia y voluntad de alcanzar un resultado ilícito y se ignora – de hecho - que es ilícito, el sistema se cae por su propia base. En consecuencia, si nos atenemos a la culpabilidad en sentido penal, el derecho administrativo sancionador se disuelve y queda sustituido por un juego de ficciones y presunciones.

El dilema no parece tener salida: o se protegen a ultranza los intereses públicos, sacrificando la culpabilidad personal mediante la presunción de que el infractor conoce la ilicitud de su acción; o se protege a ultranza la inocencia del autor a quien se absuelve de responsabilidad por el filtro de la culpabilidad que rechaza la existencia de infracciones cuya ilicitud no se conoce.>>

¿Cómo resolver el problema? El autor apunta un camino: la diligencia exigible. Y me parece que, efectivamente, es por este camino por donde se puede hallar la solución. Y claro es que, de admitir esto, la dificultad estaría salvada. Porque quien falta a la diligencia exigible está actuando negligentemente y en consecuencia la culpabilidad, como matriz disciplinar definidora de la infracción administrativa, puede seguir funcionando.³

12. De conformidad con lo anteriormente expuesto, la exigencia de culpabilidad no es un requisito para determinar si existió o no infracción por lo que no son atendibles las afirmaciones del concesionario;

³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*. Tomo II.1ª ed. Madrid: Civitas, 1997. Pp. 1789-1790.

13. Sin embargo, en el supuesto negado e hipotético que se acepte la tesis del concesionario, es evidente que el concesionario no ha cumplido con el nivel de diligencia exigible, pues éste debió tomar las precauciones necesarias, entre ellas acercarse a la entidad bancaria no el mismo día de vencimiento de la obligación sino el anterior, a efectos de que la misma se cumpla a tiempo;

OSITRAN NO HABRÍA RESPETADO EL CRITERIO DE PROPORCIONALIDAD:

14. El concesionario señala que *“La proporcionalidad, por su parte, está vinculada con la necesidad de mantener una debida proporción o congruencia entre el daño causado y su reposición; es decir, entre el medio a emplear y el fin público que se quiere tutelar, tal como lo dispone expresamente el artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444”*;
15. Señala que OSITRAN debería abstenerse de aplicar una sanción al resultar innecesaria porque no hay un daño que reparar o porque falta intencionalidad;
16. Señala además que *“cuando el artículo 230º de la Ley 27444 obliga a la administración a considerar el perjuicio causado, simplemente recoge un principio básico del debido proceso, establecido en el Título Preliminar del Código Penal: “La pena necesariamente, precisa de la lesión y puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”*;
17. En nuestra opinión, resulta evidente que al no haber sido propuesta sanción alguna por la Gerencia de Supervisión, difícilmente puede evaluarse si la decisión de OSITRAN ha sido proporcional o no. En todo caso, la conducta ha sido reconocida por el concesionario quien ha pagado una penalidad contractual por haber incurrido en ella;
18. En relación a la afirmación del concesionario en el sentido que al no existir daño, no existe la posibilidad de imponer una sanción, debemos tener presente lo señalado por De Palma del Teso en el sentido que *“El fundamento de la amenaza de la sanción administrativa representa es el deseo de evitar que se lleven a cabo las conductas tipificadas. Se trata, en definitiva, de que las personas realicen aquello que la norma impone o se abstengan de realizar lo que prohíbe”*⁴. Es decir, no es necesario que haya daño;
19. El maestro Nieto a su vez señala que: *“Los daños producidos en los bienes individuales están cubiertos por el instituto de la responsabilidad: el perjudicado puede reclamar directamente el importe de los daños causados. En cambio, cuando se trata de intereses y bienes generales, lo importante no es la indemnización del daño causado sino la evitación que se produzca (...). Lo que las normas sancionadoras fundamentalmente pretenden es que el daño no se produzca (...)”*⁵;
20. Asimismo, Cassagne señala que: *“El eje de la construcción jurídica del denominado derecho penal administrativo, elaborado a partir de la obra de James Goldschmidt y afirmado posteriormente en la escuela alemana por Eberhard Schmidt pasa por la idea de que existe una distinción cualitativa entre delitos judiciales y e infracciones administrativas (contravenciones),*

⁴ De Palma Del Teso, Ángeles. *El principio de culpabilidad en e derecho administrativo sancionador*. 1ª ed. Madrid: Tecnos, 1996. Pp. 42-43.

⁵ Nieto García, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005. P. 40.

determinada por la naturaleza de las cosas sobre la base de que, mientras en los primeros el contenido material del injusto se encuentra en el daño (o en la situación de peligro), concreto y mensurable, inferido a un bien jurídico, en las infracciones o contravenciones administrativas se trata de la violación del deber de obediencia o de colaboración por parte de los particulares con la Administración Pública, afectando solamente a intereses de tipo administrativo”⁶;

21. En todo caso, al igual que el caso de la intencionalidad, la existencia de un daño, conforme lo anteriormente señalado, no es requisito indispensable para la existencia de la infracción sino para determinar la gravedad de la infracción conforme a lo establecido en el numeral 3) del artículo 230º de la LPAG;
22. En cuanto al extremo relativo a la intencionalidad, nos remitimos a lo expuesto en el acápite anterior;

EL REGLAMENTO DE INFRACCIONES Y SANCIONES DE OSITRAN HABRÍA SIDO ILEGALMENTE APLICADO:

23. El Concesionario señala que en el presente caso debe hacerse un juicio de necesidad de la medida utilizada, conforme lo propone entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 30 de abril de 2003, recaída en el Expediente N° 016-2002-AI/TC;
24. Señala asimismo que el propio Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN contempla esa posibilidad en su Primera Disposición Complementaria, de modo que en el caso que exista una penalidad o sanción contractual pactada sea ella la que se aplique y no la sanción administrativa contemplada en el referido Reglamento. Sin embargo, es preciso indicar que en su escrito de descargos el concesionario reconoce que la naturaleza de las penalidades contractuales y de las sanciones administrativas contenidas en el Reglamento de Infracciones y Sanciones es distinta;
25. El concesionario señala además que en el supuesto negado que OSITRAN insistiera en la aplicación de una sanción al amparo del Reglamento de Infracciones y Sanciones, ello no sería posible porque siguiendo la regla del segundo párrafo del artículo 63º, al ser “0” sus ingresos, no sería posible la aplicación de sanción alguna;
26. Al respecto, debemos señalar que la Sentencia del Tribunal Constitucional citada se refiere a un caso en que había que optar entre privilegiar el aspecto referido a la reducción de costos o el referido a la seguridad jurídica, que en ese caso se presentaban como incompatibles;
27. En el presente caso por el contrario, cabe recordar lo señalado en el Reglamento General de OSITRAN que a la letra dice:

Artículo 71º.- Responsabilidad del Infractor

La responsabilidad del infractor en caso de procedimientos administrativos sancionadores que se sigan ante OSITRAN, debe distinguirse de la

⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo. Tomo II.* 6ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. P. 567.

responsabilidad civil o penal que se origine, de los hechos u omisiones que configuren infracción administrativa. La responsabilidad administrativa es objetiva.

28. Asimismo, la LPAG establece que:

Artículo 232°.- Determinación de la responsabilidad

232.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con la exigencia de la reposición a la situación alterada por el mismo a su estado anterior, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, los que serán determinados en el proceso judicial correspondiente.

29. En atención a que la penalidad contractual fija por anticipado la indemnización de daños y perjuicios, es evidente su carácter civil y en consecuencia, su compatibilidad con la consecuencia de carácter administrativo que es la sanción administrativa;

30. En cuanto a la interpretación formulada por el Concesionario en relación a la Primera Disposición Complementaria del Reglamento de Infracciones y Sanciones cabe señalar que la misma se refiere, por ejemplo al caso del Contrato de Concesión del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, Lima Airport Partners, que a la letra dice:

15.2. Incumplimiento por el Concesionario. Constituirá un incumplimiento del Concesionario:

(...)

El Concedente declara expresamente que será OSITRAN, quien conforme a sus facultades de fiscalización y mediante resolución de su Consejo Directivo, tipificará las infracciones vinculadas a la ejecución del presente Contrato.

31. Sin perjuicio de las discusiones que en su momento generó la expedición del referido régimen sancionatorio ad hoc para el referido concesionario, es decir, si el referido régimen constituía o no un anexo del Contrato de Concesión o si la naturaleza de las referidas sanciones era mixta, es decir, administrativa-contractual, es necesario indicar que es a un supuesto como ese al que se refiere la Primera Disposición Complementaria del Reglamento de Infracciones y Sanciones;

32. Es así que un régimen de sanciones administrativas o de sanciones administrativo-contractuales ad-hoc, impide la aplicación del régimen sancionatorio general contenido en el Reglamento de Infracciones y Sanciones;

33. Sin embargo, un régimen de penalidades contractuales no genera el mismo efecto, y no sólo porque así lo disponen las normas del Reglamento General de OSITRAN y de la LPAG anteriormente citadas, sino también porque el propio Contrato de Concesión del Concesionario de Interoceánica Sur así lo establece;

En efecto, el Contrato de Concesión del Concesionario de Interoceánica Sur señala a la letra que:

De la Potestad Sancionadora

13.8.- *EL REGULADOR estará facultado para aplicar sanciones al CONCESIONARIO en caso de incumplimiento de sus obligaciones, conforme a lo dispuesto en la Ley N° 26917 y las Normas Regulatorias.*

13.9.- *Para el ejercicio de la potestad sancionadora que le confiere este Contrato, el REGULADOR se sujetará a las disposiciones que sobre la materia emita, en uso de sus potestades regulatoria y normativa. El CONCESIONARIO deberá proceder al pago de las multas dentro del plazo que las referidas disposiciones establezcan.*

13.10.- *Las sanciones administrativas que se originen en la ejecución del presente Contrato, se aplicarán al CONCESIONARIO independientemente de las penalidades contractuales establecidas en el mismo y sin perjuicio de la obligación de responder por los daños y perjuicios resultantes de su incumplimiento.*

34. Es así que, en el caso particular del concesionario, no sólo la normatividad y la doctrina (Cassagne) sino el propio contrato de concesión establecen que la aplicación de las sanciones administrativas es sin perjuicio de la aplicación de las penalidades contractuales establecidas en su contrato de concesión, por lo que nuevamente, las afirmaciones del concesionario, carecen de asidero alguno;
35. En relación al tiempo en la demora y a la falta de intencionalidad, cabe remitirnos al acápite anterior en el sentido que en el presente caso se evaluará el daño y la intencionalidad al momento de establecer la sanción, pero no para determinar la sanción, pues así lo dispone el numeral 3) del artículo 230° de la LPAG;
36. Finalmente, en cuanto a la afirmación en el sentido que el promedio de los ingresos del concesionario es "0" conforme a la regla del artículo 63° del Reglamento de Infracciones y Sanciones, cabe señalar que el referido Reglamento establece lo siguiente:

Artículo 61.- Escala de sanciones

La Entidad Prestadora que incurra en infracción administrativa, será sancionada de conformidad con la siguiente escala, y en ningún caso la sanción podrá ser superior al 3% de los ingresos operativos anuales:

Ingresos Operativos anuales (en UIT)	Multas (en UIT)		
	Leve¹	Grave	Muy Grave
<i>Ingreso ≤ 20 mil</i>	<i>Hasta 25</i>	<i>Hasta 60</i>	<i>Hasta 140</i>
<i>20 mil < Ingreso ≤ 50 mil</i>	<i>Hasta 75</i>	<i>Hasta 180</i>	<i>Hasta 420</i>
<i>Ingreso > 50 mil</i>	<i>Hasta 180</i>	<i>Hasta 450</i>	<i>Hasta 840</i>

1/ Incluye la posibilidad de amonestación pública.

37. Es así que de conformidad con lo establecido en el artículo 61° del Reglamento de Infracciones y Sanciones, incluso en el caso que el promedio de ingresos del concesionario resulte "0", estará incluido en la primera escala, es decir, aquella en que los ingresos van de "0" a 20 mil. En consecuencia, en principio procedería la aplicación de una sanción administrativa de conformidad con lo dispuesto por el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN;
38. Sin embargo, al momento de imponerse la sanción deberá tenerse presente que en el caso que efectivamente se determine que el ingreso promedio anual del concesionario es cero (0) sólo cabrá la declaración de la comisión de la infracción, pero no la imposición de sanción alguna. El único caso en que procedería una sanción sería aquel en que se trate de una infracción leve, en que sí cabe la amonestación, pero dicha circunstancia no concurre en el presente caso;

IV. CONCLUSIONES:

Conforme al desarrollo anterior cabe concluir que:

1. De conformidad con lo dispuesto por el numeral 3) del artículo 230° de la LPAG la intencionalidad deberá evaluarse al momento de graduar la infracción y no para determinar si el concesionario ha incurrido en ésta o no;
2. De conformidad con lo dispuesto por el numeral 3) del artículo 230° de la LPAG, OSITRAN deberá tener en cuenta las circunstancias atenuantes o agravantes (existencia o no de intencionalidad o existencia o no del daño) a efectos de determinar la sanción a aplicar;
3. Del análisis efectuado se desprende que la aplicación del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN se ha hecho de manera correcta, sin incurrir en ilegalidad alguna;
4. En el caso de que se determine que el ingreso anual del concesionario ha sido 0, sólo cabrá declarar que el concesionario ha incurrido en infracción pero no procederá la imposición de una sanción;

Atentamente,

FELIX VASI ZEVALLOS
Gerente de Asesoría Legal