

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

N° 052-2006-CD-OSITRAN

Lima, 10 de septiembre 2006

El Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN;

VISTO:

El “Proyecto de Modificación del Reglamento de Infracciones y Sanciones” bajo la competencia de OSITRAN, presentado por la Gerencia General y aprobado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha 10 de septiembre del año en curso;

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 3.1 de la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, establece que OSITRAN tiene como misión regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como el cumplimiento de los contratos de concesión, con la finalidad de cautelar en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los Inversionistas y de los Usuarios, para garantizar la eficiencia en la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público;

Que, el artículo 6.2 del mismo marco normativo establece dentro de las atribuciones de OSITRAN, 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;

Que, de acuerdo a lo que establece el artículo 2° del Reglamento de la Ley N° 27332, aprobado por Decreto Supremo N° 042-2005-PCM, la función normativa general de los organismos reguladores es ejercida de manera exclusiva por el Consejo Directivo de dichos organismos;

Que, el literal a) del artículo 24° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, establece que en ejercicio de su función normativa, OSITRAN puede dictar Reglamentos y normas de carácter general referidos a reglas o lineamientos a que están sujetos los procesos que se sigan ante cualquiera de los ORGANOS DEL OSITRAN, incluyendo los reglamentos de infracciones y sanciones;

Que, el artículo 39° del Reglamento General de OSITRAN señala que la función fiscalizadora y sancionadora permite al OSITRAN imponer sanciones y medidas correctivas a las Entidades Prestadoras por el incumplimiento de las normas aplicables, 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;

Que, mediante la Resolución N° 006-99-CD/OSITRAN, del 20 de diciembre de 1999, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó el Reglamento de Cobro de Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas, modificado mediante la Resolución N° 029-2001-CD-OSITRAN, de fecha 30 de octubre de 2001. Asimismo, dicho colegiado mediante la Resolución N° 023-2003-CD-OSITRAN, del 26 de noviembre de 2003, aprobó el Reglamento de Infracciones y Sanciones, el mismo que se encuentra vigente desde el 25 de diciembre de 2003; y derogó las resoluciones antes mencionadas; el que a su vez ha sido modificado por la Resolución de Consejo Directivo N° 077-2005-CD-OSITRAN, vigente desde el 16 de diciembre de 2005;

Que, desde la entrada en vigencia de la modificación del Reglamento de Infracciones y Sanciones se ha detectado la necesidad de precisar algunos aspectos con motivo de la aplicación del mismo por los diversos órganos de OSITRAN;

Que, el literal c) del artículo 3.1 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332 modificada por la Ley N° 27631, establece que la función normativa comprende 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 los Organismos Reguladores;

Que, el artículo 26° del Reglamento General de OSITRAN establece como requisito para la aprobación de los Reglamentos, normas y regulaciones de alcance general que dicte OSITRAN, el que sus respectivos proyectos hayan sido publicados en el Diario Oficial El Peruano o en algún otro medio que garantice una debida difusión, con el fin de recibir los comentarios y sugerencias de los interesados, los mismos que no tendrán carácter vinculante, ni darán lugar al inicio de un procedimiento administrativo;

Que, en consecuencia, dando cumplimiento a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha 10 de Septiembre de 2006, y de conformidad con lo dispuesto en los considerandos precedentes, se debe proceder a disponer la prepublicación del Proyecto de modificación del Reglamento de Infracciones y Sanciones en el Diario Oficial "El Peruano";

De conformidad con el literal a) del artículo 12° de la Ley N° 26917, con el literal c) del artículo 3.1 de la Ley N° 27332 y con los artículos 22° y 24° del Reglamento General de OSITRAN;

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Autorizar la prepublicación, en el Diario Oficial El Peruano, del Proyecto de modificación del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, el mismo que forma parte integrante de la presente Resolución.

Artículo 2º.- Otorgar un plazo de veinte (20) días calendario, contados a partir de la prepublicación a que se refiere el artículo precedente, para que los legítimos interesados remitan por escrito a la Av. República de Panamá 3659, San Isidro, Lima, o por medio electrónico a info@ositran.gob.pe, sus comentarios o sugerencias, los que serán acopiados, procesados y analizados por la Gerencia de Regulación de OSITRAN.

Artículo 3º.- Autorizar la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial El Peruano y en la página web de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

Comuníquese, publíquese y archívese.

ALEJANDO CHANG CHIANG
Presidente

PROYECTO DE MODIFICACION DEL REGLAMENTO DE INFRACCIONES Y SANCIONES DE OSITRAN

Acuerdo del Consejo Directivo N° 844-217-06-CD-OSITRAN

Septiembre de 2006

EXPOSICION DE MOTIVOS

MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO DE INFRACCIONES Y SANCIONES (RIS)

I. ANTECEDENTES Y JUSTIFICACION

1. La Ley N° 26917, Art. 7°, inc. c) (LEY DE CREACION DE OSITRAN) y la Ley N° 27332, Art. 3°, inc. d) (LEY MARCO DE ORGANISMOS REGULADORES) complementada por la Ley N° 27631 (LEY QUE MODIFICA EL ART. 3, INC. C DE LA LEY MARCO DE ORGANISMOS REGULADORES) establecen como una de las funciones de OSITRAN, la de aplicar sanciones sobre las materias de su competencia o las que se les haya delegado, y tipificar las infracciones por incumplimiento de las obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión.
2. El D.S. N° 044-2006-PCM (Reglamento General de OSITRAN - REGO) publicado el 27 de julio de 2006, prescribe en su Artículo 42° que, además de las sanciones a las Empresas Concesionarias o Entidades Prestadoras infractoras, se podrán imponer sanciones a los representantes legales o a los que integran sus órganos directivos, según se determine su participación y responsabilidad en las infracciones cometidas.

Al respecto, los Artículos 72° y 75° de este Reglamento, han tipificado como faltas de cualquier persona, natural o jurídica, aquellas que estén vinculadas a la entrega de información falsa, ocultamiento destrucción o alteración de la misma; y, la denuncia maliciosa; respectivamente; con la consecuente posibilidad que OSITRAN pueda sancionar tal circunstancia.

3. Mediante la Resolución N° 006-99-CD/OSITRAN, del 20 de diciembre de 1999, el Consejo Directivo de OSITRAN aprobó el Reglamento de Cobro de Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas, modificado mediante la Resolución N° 029-2001-CD-OSITRAN, de fecha 30 de octubre de 2001. Asimismo, dicho colegiado mediante la Resolución N° 023-2003-CD-OSITRAN, del 26 de noviembre de 2003, aprobó el Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS), el mismo que se encuentra vigente desde el 25 de diciembre de 2003; y derogó las resoluciones antes mencionadas; el cual a su vez ha sido modificado por la Resolución de Consejo Directivo N° 077-2005-CD-OSITRAN, vigente desde el 16 de diciembre de 2005.

El RIS y sus modificatorias no han tipificado las faltas ni establecido las sanciones que pueden imponerse a los representantes legales o a las personas que integran sus órganos directivos.

4. El Artículo 5° del Decreto Legislativo N° 807 (Ley sobre las funciones de INDECOPI) modificado a su vez por la Ley N° 27146, prevé que quien a sabiendas entrega información falsa u oculte, destruya o altere cualquier información requerida, o para efectos de un procedimiento o que resulte relevante para tomar alguna decisión, está afecto a una multa no menor a 1 UIT ni mayor a 50 UIT, sin perjuicio de la responsabilidad penal.
5. De otro lado, el Artículo 65° del RIS ha establecido que el presunto responsable puede ofrecer un compromiso de cese de los hechos investigados y/o modificación de aspectos relacionados con ellos y/o subsanación de la omisión, consignando los requisitos que se deben cumplir para que proceda el mismo. Dentro de esos requisitos, se encuentra el que no permite compromisos de cese cuando, ente otros, se trata de infracciones calificadas como *“muy graves”*.
6. El RIS contempla en su Artículo 66°, las reglas que se deben seguir dentro de un Procedimiento Administrativo Sancionador, estableciendo el Artículo 68° que se puede declarar la inexistencia de una infracción, si es que dentro del procedimiento se determina tal circunstancia, lo cual deberá ser puesto en conocimiento del supuesto infractor.

Sin embargo, no existe una norma expresa que permita al órgano Instructor, dejar de iniciar dicho procedimiento, en caso que existan elementos suficientes que, en una relación de costo-beneficio, puedan determinar que el inicio y seguimiento del mismo, llevará a la conclusión de la inexistencia de una infracción sancionable.

7. Asimismo, el RIS no ha regulado los casos en donde, como consecuencia de una acción de supervisión, se determine la comisión de una posible infracción, pero que la conducta del posible infractor se encuentre en controversia ante uno de los órganos competentes para su resolución (Cuerpos Colegiados o Tribunal de Solución de Controversias).
8. De igual forma, la fórmula empleada en los contratos de concesión, que contienen el cofinanciamiento de las obras materia del pacto, la cual exige una opinión favorable previa por parte del concedente, u eventualmente OSITRAN, para el caso de establecimiento de políticas comerciales u de otro tipo, no se encuentra tipificada expresamente en el RIS, lo cual puede originar reclamos por falta de cumplimiento del principio de legalidad, situación que merece ser incluida dentro del RIS.
9. De acuerdo al Artículo 26° del Reglamento General de OSITRAN aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM, y tratándose de una norma de carácter general, el proyecto de modificación del RIS, debe ser prepublicado en el diario oficial El Peruano o algún otro medio que garantice su debida difusión.

II. OBJETO

10. Sustentar la modificación del RIS, actualizándolo en función al D.S. N° 044-2006-PCM (REGO) **(i)** incorporando dentro de los sujetos que pueden ser sancionados por cometer las faltas tipificadas, a los representantes legales e integrantes de los órganos directivos; **(ii)** revisando los requisitos que no permiten acceder a un compromiso de cese; **(iii)** incorporando los supuestos en que no se debe iniciar un Procedimiento Sancionador que predeciblemente deba concluir en una exención de responsabilidad o que deba esperar a que termine una controversia a cargo de los órganos competentes de OSITRAN; e, **(iv)** tipificando las conductas que incumplan obligaciones de obtener opinión previa favorable para el caso de establecimiento de políticas comerciales u de otro tipo; de modo que se pueda completar un marco normativo transparente y predecible, respecto de los casos mencionados.

III. PRINCIPALES PROPUESTAS NORMATIVAS

A. Sobre las sanciones a imponer a los Representantes Legales o Integrantes de los Órganos Directivos de las Entidades Prestadoras o Empresa Concesionarias:

11. Como se mencionó en los antecedentes, el REGO vigente, contiene la facultad de OSITRAN para imponer sanciones a los representantes legales o a las personas que integran sus órganos directivos.

Esta facultad no ha sido aún ejercida por OSITRAN, en tanto que al expedir el RIS vigente, expresó en su Exposición de Motivos que:

“(…)

*El Reglamento parte de la premisa que cada Contrato de Concesión debería contener su propio régimen de infracciones y sanciones, de modo que quede establecido con el mayor grado de precisión la conducta infractora y la consecuencia”.*¹

12. Desde la expedición del RIS aprobado por la Resolución N° 023-2003-CD-OSITRAN (que derogó el Reglamento de Cobro de Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas, aprobado por Resolución N° 006-99-CD/OSITRAN), el mismo que ha sufrido una sola modificación en el año 2005, mediante la Resolución N° 077-2005-CD-OSITRAN, se ha podido comprobar que en los contratos de concesión que se han venido celebrando, no se han incorporando como infractores, dentro de los regímenes de tipificación de las faltas y sanciones, a los representantes legales o integrantes de los órganos directivos, si es que muestran una

¹ Resolución N° 023-2003-CD/OSITRAN del 26 de noviembre de 2003. Reglamento de Infracción y Sanciones: Exposición de Motivos: Numeral 2. e)

conducta personal inadecuada o coadyuvante a la comisión de faltas de sus representadas o dirigidas.²

13. Dicha situación impide a OSITRAN, por carecer de un marco legal completo relacionado a las conductas de dichas personas, aplicar sanciones a los representantes legales o a los integrantes de sus órganos directivos, en su calidad de personas naturales; lo cual puede constituir un incentivo pernicioso que procure la comisión de faltas por parte de las mismas, quienes al estar exentos de una sanción, por su actuación personal en representación de las entidades prestadoras o empresas concesionarias, pueden coadyuvar a una conducta contraria al marco regulatorio por parte de sus representadas.³

² De conformidad con el Artículo 1º, numeral 1.1., de la Ley N° 27444 (LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL) uno de los principios específicos que tiene que cumplir la administración pública al realizar sus actos frente a los administrados, es el denominado Principio de Legalidad. Este principio se funda en una actuación con estricto respeto a la Constitución, las Leyes y las demás normas, dentro de las atribuciones que le están conferidas y de acuerdo a los fines para los que se les ha conferido.

El Código Penal Peruano, al recoger el Principio de Legalidad dentro de su desarrollo constitucional, indica que este principio se sustenta en que nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella

Sin embargo, no basta que se hayan tipificado las faltas ni establecido las infracciones, si es que no se ha establecido con claridad quienes son los agentes que pueden cometerlas.

En el caso concreto, las normas vigentes – y los contratos de concesión – han establecido como agentes a las empresas prestadoras o a las empresas concesionarias, obviando a sus representantes legales e integrantes de sus órganos directivos, lo cual impide – en estricta aplicación del principio de legalidad – instruir la conducta de dichas personas.

³ En la sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el EXP. N.º 2758-2004-HC/TC, se hace un análisis del Principio de Legalidad, el cual es el siguiente (<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/2758-2004-HC.html>):

“Este Tribunal considera que el principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica.

Por tanto, resulta igualmente claro que la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posibilita obviamente su reparación mediante este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales.

Si bien el principio de legalidad penal, el cual protege el derecho de no ser sancionado por supuestos no previstos en una norma jurídica, en tanto derecho subjetivo constitucional debe ser pasible de protección en esta vía, el análisis que debe practicar la justicia constitucional no es equiparable a la que realiza un juez penal”.

14. En otras entidades públicas, existen marcos legales que les permiten sancionar a personas naturales, por la comisión de faltas, como por ejemplo:

- El Artículo 5° del Decreto Legislativo N° 807 (Facultades y Organización de INDECOPI) contiene sanciones a las personas naturales que cometen infracciones tipificadas como tal, que van desde 1UIT hasta 50 UIT.
- El Reglamento de Sanciones de la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), aprobado por la Resolución SBS N° 835-2005 del 3 de junio de 2005, prevé en su Artículo 8°, que se impondrá a las personas naturales que se mencionan a continuación, sanciones de tipo pecuniario y no pecuniario:
 - Las personas naturales o jurídicas supervisadas por la Superintendencia.
 - Los accionistas, directores, gerentes, trabajadores y demás representantes de las personas señaladas en el inciso a) precedente. La responsabilidad en estos casos podrá ser adicional a la que corresponda a la empresa supervisada.
 - Las personas naturales y jurídicas no incluidas en los incisos a) y b) que anteceden, siempre que incurran en una infracción que deba ser sancionada por la Superintendencia.
- El Reglamento de Sanciones, aprobado por Resolución CONASEV N° 055-2001-EF/94.10, prevé sanciones pecuniarias para las personas naturales que infrinjan las normas bursátiles.

15. Con relación a las faltas que podrían cometer los representantes legales o los integrantes de sus órganos directivos, en su calidad de personas naturales, consideramos que ellos pueden cometer las mismas faltas tipificadas en el RIF para las Entidades Prestadoras o Empresas Concesionarias, incluyendo las reguladas en los Artículos 72° y 75° del RIS.

16. En efecto, al revisar el RIS, se determina que en él se han tipificado una serie de faltas que podrían cometer tanto las Entidades Prestadoras como las Empresas Concesionarias, dándosele a cada una de ellas su propia categorización (Leve, Grave y Muy Grave).

17. Un representante legal o integrante de sus órganos directivos, no podría cometer otro tipo de faltas que no sean las mismas que se consideran como tal para sus representadas, toda vez que la conducta de una Entidad Prestadora es producto de las disposiciones de aquellos, en los cuales finalmente recaen personalmente las responsabilidades societarias por los actos cometidos.

18. En lo que respecta a las sanciones, el RIS ha establecido una escala de multas en función a un número máximo de UIT's, y limitadas a un porcentaje de los ingresos operativos de las entidades sujetas a supervisión.

19. En el presente caso, tratándose de personas naturales, se plantea una escala de multas, también en función a la gravedad de las faltas, pero con un mínimo de 0.1 de la UIT y un máximo de 10 UIT, en función a esa gravedad, sobre la consideración que, en aplicación al Principio de Razonabilidad de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁴ se busca que la sanción sea disuasiva.

20. Siendo así, se hace necesario que OSITRAN, haga uso de su facultad legal modificando su RIS, aprobando la inclusión de los representantes legales o los integrantes de sus órganos directivos, en su calidad de personas naturales, como posibles infractores.

21. Por lo tanto se recomienda modificar el RIS, del siguiente modo:

- a) Modificar la definición de “**Infractor**”, contenida en el Artículo 3° DEFINICIONES del Reglamento de Infracciones y Sanciones, aprobado por la Resolución del Consejo Directivo N° 023-2003-PCM, del modo siguiente (*la modificación se muestra en negrita y cursiva*):

Infractor: Empresa Prestadora o **Entidad Concesionaria o Representante Legal**, que haya realizado actos u omisiones tipificados como infracciones por el Reglamento, por los respectivos Contratos de Concesión o por las normas de la materia.

También se puede considerar como “Infractor”, a los integrantes de sus Órganos Directivos.

En el caso de Representantes Legales o integrantes de sus Órganos Directivos, las sanciones se impondrán según se determine su participación y responsabilidad individuales en las infracciones cometidas.

- b) Agregar las siguientes definiciones al Artículo 3°: DEFINICIONES, del Reglamento de Infracciones y Sanciones, aprobado por la Resolución del Consejo Directivo N° 023-2003-PCM:

Representante Legal: *Persona Natural o Jurídica, incluyendo a la (s) persona (s) natura (es) que representan a ésta última, en las Empresas Prestadoras o Empresas Concesionarias, que ejercen la representación legal de las mismas, según lo establecido en sus estatutos sociales, ley de creación, Ley General de Sociedades y demás autorizaciones especiales concedidas; y, que tienen la posibilidad de tomar decisiones vinculadas a las acciones tipificadas por este Reglamento, como infracciones*

⁴ Ley N° 27444: Ley del Procedimiento Administrativo General:
(...)

1.4. **Principio de razonabilidad.**- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Integrante de Órgano Directivo: Persona Natural que pertenece al Directorio u órgano equivalente, en las Empresas Prestadoras o Empresas Concesionarias.

- c) Incluir el Artículo 61º- A: ESCALA DE SANCIONES APLICABLES A LOS REPRESENTANTES LEGALES O INTEGRANTES DE ORGANOS DIRECTIVOS, en el Reglamento de Infracciones y Sanciones, aprobado por la Resolución del Consejo Directivo N° 023-2003-PCM:

Artículo 61º-A: Escala de sanciones aplicables a los Representantes Legales o Integrantes de Órganos Directivos:

Los Representantes Legales o Integrantes de Órganos Directivos, que incurran en alguna de las infracciones administrativas señaladas en el presente Reglamento, serán sancionados, aplicando la siguiente escala:

	Multas (en UIT)		
	Leve /1	Grave	Muy Grave
Mínima	0.1	1	5
Máxima	1	5	10

1/ Incluye la posibilidad de Amonestación Pública

La aplicación de las presentes sanciones se hará sin perjuicio de las sanciones que corresponda a las Entidades Prestadoras o Empresas Concesionarias, ya que son independientes entre sí; y, se hará sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que les corresponda a dichas personas, tal como lo prevé el Artículo 5º del presente Reglamento.

B. Sobre el caso de los Compromisos de Cese:

22. Actualmente, el Artículo 65º del RIS prevé la posibilidad que el presunto responsable ofrezca un compromiso de cese de los hechos investigados y/o la modificación de aspectos relacionados con ellos y/o la subsanación de la omisión, siempre que ocurran algunos supuestos expresamente incluidos en esa norma.
23. Uno de esos casos es el mencionado en el numeral 65. 1, que prevé que no puede darse un compromiso de cese cuando se trata de una infracción muy grave.
24. Otro de los casos es el indicado en el numeral 65.2, por el que no procede el compromiso de cese cuando se ha generado un perjuicio al Estado o a los usuarios, a no ser que dichos perjuicios puedan ser materia de subsanación.
25. El compromiso de cese tiene por objeto que el presunto infractor o responsable se obligue a realizar ciertos actos, a un nivel de compromiso

que se pueda cumplir y que ocasione el reestablecimiento de una situación de normalidad en la conducta del mismo.

26. Sin embargo, en la actualidad no se puede asumir ese compromiso cuando se trate de una conducta calificada como muy grave, a pesar que la misma haya sido cometida por primera vez o mediando circunstancias fuera de control de parte del presunto infractor; o, cuando se haya causado un perjuicio al Estado o a los Usuarios de naturaleza insubsanable, pero de mínima trascendencia.

27. En instituciones de naturaleza sancionadora o investigadora de conductas penadas, existe en la doctrina penal el denominado "Principio de Oportunidad"⁵. Este principio permite dejar de accionar contra el presunto responsable en circunstancias donde se presenten circunstancias atenuantes de la responsabilidad, lo cual se puede dar en cualquier tipo de categoría de conducta categorizada con un grado de gravedad (Leve, Grave o Muy Grave).⁶

⁵ En términos de Acción Penal, y como consecuencia de la regulación procesal de ese tipo se ha otorgado a los fiscales la posibilidad de otorgar el denominado "Principio de Oportunidad" bajo ciertas circunstancias, como por ejemplo:

Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1470-2005-MP-FN del 8 de julio de 2005: "Reglamento de Aplicación del Principio de Oportunidad"

(...)

Artículo 7.- La abstención del ejercicio de la acción penal por la comisión de delitos de escaso efecto social (falta de merecimiento de la pena), prevista en el numeral 2 del Artículo 2 del Código Procesal Penal, a criterio del Fiscal, requiere que se tenga en cuenta lo siguiente:

- Que los delitos considerados sean aquellos cuya pena en su extremo mínimo no sea superior a los dos años de pena privativa de libertad.
- Que se trate de delitos que, por su insignificancia o poca frecuencia, no afecten gravemente el interés público.
- Están expresamente excluidos los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo.

Artículo 8.- La abstención del ejercicio de la acción penal por razones de mínima culpabilidad, a que se contrae el Numeral 3 del Artículo 2 del Código Procesal Penal, procederá en los siguientes casos:

- Cuando se presenten circunstancias atenuantes que permitan una rebaja sustancial de la pena, vinculadas entre otros factores, a los móviles y finalidad del autor, a sus características personales, a su comportamiento luego de la comisión del delito, con exclusión de la confesión. Se tendrá en consideración, además, aquellos supuestos vinculados a las causas de justificación y de inculpabilidad incompletas, al error (de tipo y de prohibición) y al arrepentimiento frustrado.
- La contribución a la perpetración del delito será mínima en los supuestos de complicidad secundaria.

⁶ **El Principio de Oportunidad en el Código de Procedimiento Penal de Colombia**

(...) Otra consideración, esta vez desde la perspectiva de los derechos del imputado, se esgrimió a favor del principio de Oportunidad. En el caso de delitos de escasa relevancia social o de mínima culpabilidad, debía otorgarse al fiscal la posibilidad de suspender un proceso para no exponer al imputado a una reacción penal injustificada, dado los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad, y teniendo en cuenta el principio de Proporcionalidad.

Para evitar una colisión con el principio de Legalidad, se prefirió en los países de tradición jurídica continental europea instaurar el principio de Oportunidad como excepción al de Legalidad. La regla general es la persecución de todos los delitos; los casos en que puede aplicarse el principio de Oportunidad están taxativamente consagrados en la ley.

(...)

El Principio de Oportunidad en el Derecho Alemán

Como se ha visto, el derecho continental europeo optó inicialmente por un sistema penal basado en el principio de Legalidad. En la actualidad, algunos Estados mantienen este sistema en sentido estricto. Pero otros países han admitido en sus legislaciones, en mayor o menor medida, la posibilidad de aplicar en ciertos eventos el principio de Oportunidad. Entre ellos, es preciso mencionar el caso alemán, por el notable influjo que ha tenido en el nuevo Código de Procedimiento Penal colombiano.

Según el artículo 152 [2](3) de la Ordenanza Procesal Penal alemana (StPO), que consagra el principio de Legalidad, la Fiscalía está obligada a proceder judicialmente por causa de todos los delitos perseguibles -siempre que haya suficientes puntos de apoyo sobre su ocurrencia-, salvo que la ley defina algo distinto. Como se aprecia, el principio de Oportunidad se consagra como excepción al principio de Legalidad, lo que tiene importantes efectos para la interpretación de la norma (*singularia non sunt extendenda*). Empero, una revisión de la lista de excepciones permite concluir que el principio de Oportunidad es la regla frente a la criminalidad leve y media en Alemania(4). Esto se ha regulado de este modo para brindar la flexibilidad necesaria a la administración de justicia frente a ciertos casos que pueden considerarse "delitos de bagatela" o insignificantes, contra los que no existe interés público en la persecución penal [artículo 153 (5)]. La aplicación del principio de Oportunidad queda en todo caso sometida a la aprobación de un juez.

Frente a situaciones de mediana gravedad, la legislación alemana contempla también la posibilidad de hacer cesar la persecución penal, pero con el lleno de algunas formas de reparación y sanción (artículo 153a StPO). Dado que estas formas de reparación se imponen contra una persona que se presume inocente, el acusado debe dar su consentimiento(6). La Fiscalía también podría renunciar a la imposición de una pena, si en un caso dado el juez penal puede prescindir de ella (artículo 153b StPO).

(...)

Conclusiones

El principio de Oportunidad no es en lo absoluto una invención del legislador colombiano. Por el contrario, la figura tiene sus orígenes en el sistema penal anglosajón, y su introducción al proceso penal colombiano ha seguido los lineamientos fundamentales trazados por países de tradición continental europea como Alemania, que han implementado un sistema de Oportunidad Reglado. Tampoco es una novedad en el contexto latinoamericano; en el Perú se incorporó desde 1991 (aunque con escaso desarrollo hasta finales de la década), y ya en el Código Modelo para Iberoamérica se contemplaba posible su introducción al proceso penal. Su inclusión como instrumento para buscar mayor eficacia en la justicia, al concentrar su acción en la persecución de los delitos más graves, es comprensible desde las tesis criminológicas modernas, que se preocupan por dar respuestas proporcionadas según los hechos que se investigan, ponderando el caso individual y las consecuencias de la pena. También en supuestos como la pena natural, donde la sanción carece de sentido, la figura parece ser una respuesta apropiada. La consagración taxativa de los casos en que la Fiscalía puede escoger entre adelantar una investigación o extinguir la acción penal podría ser un mecanismo legal a través del cual se pueda reducir la arbitrariedad de la selectividad de los casos penales que son sometidos al conocimiento del sistema judicial. Desde la perspectiva de la víctima, si la figura garantiza la reparación del daño, no se contrapondría con los intereses de justicia restaurativa que motivan el proceso penal.

Manuel Eduardo Góngora Mera* Abogado y magíster en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia. Candidato a magíster en Economía Internacional y Política de Desarrollo de la Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

<http://www.menschenrechte.org/index.htm>

Centro de Derechos Humanos De Nuremberg

28. Esta situación, en nuestra opinión, amerita eliminar la falta de posibilidad de asumir compromisos de cese en caso de infracciones calificadas como muy graves; y cuando se trate de un perjuicio al Estado o a los Usuarios de naturaleza insubsanable, pero de mínima trascendencia; ya que, inclusive en esos casos, podrían darse circunstancias que ameriten aceptar dichos compromisos. En efecto, lo que se prioriza es la estabilidad contractual y la aplicación del principio de razonabilidad.

29. Por lo tanto se recomienda modificar el RIS, del siguiente modo:

a) Modificar el numeral 65.1 y derogar el numeral 65.2. del Artículo 65° del Reglamento de Infracciones y Sanciones, aprobado por la Resolución del Consejo Directivo N° 023-2003-PCM, quedando redactado el mencionado Artículo 65°, con el siguiente texto: ***(la modificación se muestra en negrita y cursiva)***:⁷

Artículo 65°: Compromiso de Cese:

El presunto responsable podrá ofrecer un compromiso de cese de los hechos investigados y/o la modificación de aspectos relacionados con ellos y/o la subsanación de la omisión, siempre que concurran los siguientes requisitos:

65.1. La infracción no consista en el incumplimiento de obligaciones que impliquen caducidad del contrato de concesión respectivo.

65.2. (derogado)

65.3. El infractor no haya cometido con anterioridad una infracción idéntica a la que es materia del procedimiento, respecto de la cual se le haya impuesto una sanción por resolución administrativa firme o que haya suscrito un compromiso de cese, durante los dos (2) años inmediatos anteriores.

C. Sobre los casos en que no se debe iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionador que predeciblemente deba concluir en una exención de responsabilidad o que deba esperar a que termine una controversia a cargo de los órganos competentes de OSITRAN:

30. De acuerdo al Artículo 4° del RIS, OSITRAN debe aplicar los principios a que alude el Artículo 230° de la Ley N° 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General).⁸

⁷ Se elimina la frase: ***“o la infracción no califique como muy grave”***.

⁸ Ley N° 27444: Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título

31. Para ello, el RIS ha establecido que a efectos de establecer una sanción por la comisión de alguna de las conductas tipificadas como infracciones, se debe dar inicio al denominado Procedimiento Administrativo Sancionador, el cual se inicia siempre de oficio, ya sea porque proviene de una acción de supervisión o como consecuencia de una denuncia de parte.
32. Este procedimiento administrativo puede concluir en una sanción o en una declaratoria de no haber lugar a la misma; y, en ambos casos, informar al posible infractor de las conclusiones, ya sea para que haga uso de su derecho de impugnación o que conozca el término del procedimiento de manera favorable a sus intereses.
33. Las reglas establecidas ordenan que siempre se debe dar inicio a un procedimiento administrativo (con participación del posible infractor, para que haga uso de su derecho de defensa) aún cuando haya circunstancias en que, como consecuencia de hallazgos determinados en una acción de supervisión, se pueda anticipadamente prever que, por los elementos que rodean la supuesta comisión de una infracción, se terminará en una

de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

2. Debido procedimiento.- Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.

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 infracción.

4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

6. Concurso de Infracciones.- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

7. Continuación de Infracciones.- Para imponer sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días desde la fecha de la imposición de la última sanción y se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.

8. Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

10. Non bis in ídem.- No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

declaratoria de archivamiento por la declaratoria de la inexistencia de la infracción.

34. Ello origina una serie de costos, tanto económicos como administrativos y de horas-hombre, tanto para la entidad prestadora o empresa concesionaria, como para OSITRAN, que pueden evitarse incorporando una formula que permita llegar a la misma conclusión, pero sin dar inicio al procedimiento administrativo sancionador.⁹
35. El hallazgo, en términos de la definición contenida en el RIS, es “la identificación de presunto incumplimiento de obligaciones legales, contractuales, técnicas o administrativas, en que pueden incurrir las Entidades Prestadoras”.¹⁰
36. Sin embargo, el denominado “hallazgo” puede ser de tal naturaleza, que las circunstancias descritas como posibles conductas sancionables sean de tal magnitud o naturaleza que “per se” hace prever válidamente que no habrá lugar a sanción, ya sea por las circunstancias que rodearon su comisión o por la determinación de eventos que hagan considerar “a priori” que tuvieron una naturaleza irresistible o circunstancial, o por la conducta asumida por el posible infractor, o el comportamiento permanente de la entidad prestadora o empresa concesionaria, respecto de las obligaciones de la misma naturaleza, entre otros.¹¹
37. La Ley N° 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General) que es el marco dentro del cual se inserta todo tipo de actuación administrativa, contiene el denominado “Principio de Razonabilidad”, el cual prevé que las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.
38. En concordancia con dicho principio, el Reglamento de Supervisión de OSITRAN¹² contiene en su Artículo 5° el denominado “Principio de Eficiencia”, mediante el cual se prescribe que OSITRAN desarrollará las actividades de supervisión con el uso eficiente de sus recursos, procurando evitar que se generen costos excesivos a las Entidades Prestadoras (incluyendo a las Empresas Concesionarias) lo cual se cumpliría cuando un “Hallazgo” puede hacer prever razonablemente que el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador derivará en una declaración de no existencia de la infracción.

⁹ Ver Pie de Página N° 5 sobre “Principio de Oportunidad”

¹⁰ RIS: Artículo 3°: Definiciones.

¹¹ Ver PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD. Pie de Página N° 6

¹² Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 036-2004-CD/OSITRAN del 25 de agosto de 2004.

39. En ese sentido, es más eficiente dejar de iniciar el Procedimiento Administrativo Sancionador, en aras del ahorro de costos tanto para las Entidades Prestadoras, Empresas Concesionarias o Representantes Legales o Integrantes de sus Órganos Directivos, como para el mismo OSITRAN.¹³
40. Evidentemente, es importante que para efectos de la transparencia funcional, el Órgano Instructor deje evidencia de su decisión, sustentando la misma, para efectos de los controles posteriores.¹⁴
41. Asimismo, adicionalmente, y tratándose de “hallazgos” de esa naturaleza, también es importante e imperativo que el presunto infractor conozca la decisión de OSITRAN, no sólo para saber que no ha sido pasible de inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador, sino para que sepa que su conducta será tomada en cuenta para otros posibles “hallazgos” de similar tipo, como antecedente; y, para que tome las acciones necesarias que tiendan a modificar esas conductas, a fin de no ser sancionado posteriormente.
42. De ese modo, a través de dichas acciones informativas lo que se desea es lograr la transparencia en la actuación de OSITRAN y los agentes de estos mercados, y que los posibles infractores sean disuadidos de adoptar conductas que por su aparente nimiedad nunca serán sancionadas.
43. Por lo tanto se recomienda modificar el RIS, del siguiente modo:

a) Incluir el Artículo 68°-A: EXCEPCIÓN A LA OBLIGACIÓN DE INICIAR UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, en el Reglamento de Infracciones y Sanciones, aprobado por la Resolución del Consejo Directivo N° 023-2003-PCM, con el siguiente texto:

Artículo 68°- A: Excepción a la obligación de iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionador:

Eventualmente, el órgano instructor estará facultado a no dar inicio al procedimiento sancionador establecido en el Artículo 66° de este Reglamento, si como consecuencia de los resultados recogidos con motivo de la realización de actividades de supervisión, encuentra que los hallazgos,

¹³ El Artículo 13° del D.S. N° 044-2006-PCM (Reglamento General de OSITRAN) contiene también el “Principio de Eficiencia y Efectividad”, a través del cual se dispone que la actuación del organismo se guiará por la “búsqueda de la eficiencia en la asignación de recursos y el logro de objetivos al menor costo para la sociedad en su conjunto”.

¹⁴ El Principio de Transparencia desarrollado por el Reglamento de Supervisión de OSITRAN, prescribe que las decisiones de cualquier órgano de OSITRAN (en este caso el Órgano Instructor) debe adoptarse de tal manera que los criterios a utilizarse sean conocidos y percibibles, debiendo estar las decisiones debidamente motivadas.

luego de efectuar un análisis costo-beneficio, no ameritan tal acción.

Tal decisión debe estar amparada en un documento justificatorio, suscrito por el supervisor y refrendado por el Gerente de Supervisión o quien haga sus veces, en el cual se expresará:

- *Los hallazgos; y,*
- *Los elementos por los cuales se considera que no es necesario la apertura del procedimiento sancionador.*

Dicho documento justificatorio deberá ser archivado conjuntamente con el cargo de la comunicación remitida al presunto infractor, en el sentido que se ha hecho uso de la facultad concedida por este Artículo, pero que esos hallazgos serán utilizados como antecedentes para analizar conductas similares posteriores.

44. De otro lado, puede ocurrir que, como consecuencia de una acción de supervisión o por una denuncia de parte, el Órgano Instructor determine la existencia de una conducta que contenga indicios de ser una de las tipificadas como infracción, pero que derivada de los mismos hechos o circunstancias, sea materia de una controversia que se esté ventilando en la jurisdicción de alguno de los órganos de solución de controversias de OSITRAN (Cuerpos Colegiados o Tribunal de Solución de Controversias).
45. Sobre el particular, es importante anotar que se debe tener presente cuando los hechos, circunstancias o fundamentos de un hallazgo hagan determinar válidamente al Órgano Instructor que se encuentra frente a una situación que es materia de jurisdicción por parte de uno de los órganos competentes para solucionar controversias, es mejor reservar su intervención hasta que se termine de resolver dicha circunstancia, para no duplicar esfuerzos o enviar señales contradictorias.
46. En efecto, el Artículo 7° del Reglamento de Solución de Controversias de OSITRAN¹⁵ contiene las materias sujetas a reclamos y controversias, donde se puede apreciar que dichas materias se derivan de actuaciones o conductas de las Entidades Prestadoras o Empresas Concesionarias, respecto de usuarios, que eventualmente puedan ser materia de ser calificadas como infracción.
47. En este caso, puede generarse una situación contradictoria en el sentido que habiéndose avocado un órgano jurisdiccional a evaluar una controversia entre dos o más partes, ésta pueda terminar en considerar que la conducta o actuación de una Entidad Prestadora o Empresa Concesionaria se encuentra dentro de los parámetros legales establecidos;

¹⁵ Aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 002-2004-CD/OSITRAN del 15 de enero del 2004.

mientras que el Órgano Instructor puede considerar que su “hallazgo” contiene elementos punibles.

48. Esta situación podría dar señales diversas a los sujetos que interactúan en el ámbito de acción de OSITRAN, lo cual puede perjudicar la transparencia y neutralidad del mismo.
49. El Título Preliminar de la Ley N° 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General) prescribe que las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad; y, que cuando la deficiencia de la normativa lo haga aconsejable, complementariamente a la resolución del caso, la autoridad elaborará y propondrá a quien competa, la emisión de la norma que supere con carácter general esta situación, en el mismo sentido de la resolución dada al asunto sometido a su conocimiento.
50. En este caso, es pasible de aplicación el principio denominado “*Non bis in ídem*” en la acepción determinada por el Tribunal Constitucional del Perú, en la sentencia recaída en el Expediente N° EXP. N.° 2050-2002-AA/TC (CARLOS ISRAEL RAMOS COLQUE) que menciona lo siguiente:

“(…) En su vertiente procesal, tal principio (“Non bis in ídem”) significa que «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos», es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto.

Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto, por ejemplo).

Como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional de España (STC 47/1981), “(…) El principio non bis in ídem determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico pueda producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado” (cursivas agregadas). Lo que significa que, en el supuesto de existencia de una dualidad de procedimientos, el órgano administrativo queda inexorablemente vinculado a lo que en el proceso penal se haya declarado como probado o improbad.

51. Es por ello que se sugiere la reserva del inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador, hasta que se resuelva en definitiva la controversia, de modo que se puede tener elementos suficientes y objetivos

para determinar si se está frente a una infracción en los términos previstos en las normas particulares.

52. Igualmente, son aplicables al presente caso los mismos argumentos señalados en el numeral 18. que antecede, en el sentido de no sólo dejar evidencia de las razones para no iniciar el Procedimiento Administrativo Sancionador, sino en el de comunicar al presunto infractor la decisión de OSITRAN y la advertencia de tener las conductas materia de esas circunstancias como antecedentes aplicables a otros casos.

53. Por lo tanto se recomienda modificar el RIS, del siguiente modo:

a) Incluir el Artículo 68°- B: SUSPENSIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE INICIAR UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, en el Reglamento de Infracciones y Sanciones, aprobado por la Resolución del Consejo Directivo N° 023-2003-PCM, con el siguiente texto:

Artículo 68°- B: Suspensión de la obligación de iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionador:

Si en el curso de una acción de supervisión, el Órgano Instructor determina que la conducta de los posibles infractores es materia de un procedimiento de solución de controversias ante alguno de los órganos competentes de OSITRAN, y siempre que se derive de los mismos hechos, se abstendrá de abrir un Procedimiento Administrativo Sancionador, hasta la finalización del procedimiento administrativo.

Si como resultado de dicho procedimiento administrativo, se determina que la conducta del infractor es materia de sanción, se procederá a dar inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador correspondiente.

Son aplicables a estos casos el segundo y tercer párrafo del Artículo 68-A.

D. Sobre el caso relativo al incumplimiento de obtener la opinión previa favorable sobre políticas comerciales , cuando se trata de contratos de concesión bajo la modalidad de cofinanciados:

54. Como consecuencia de la celebración de contratos de concesión de tipo cofinanciado, OSITRAN en el marco de sus decisiones regulatorias en materia tarifaria, ha establecido que la empresa concesionaria debe obtener previamente la opinión favorable del concedente para la puesta en vigor de sus políticas comerciales. Dicha obligación, se ha incluido expresamente en el Reglamento General de Tarifas y debe ser supervisado por OSITRAN.

55. Siendo que el incumplimiento de la mencionada obligación no se encuentra expresamente tipificada en el RIS, se plantea su inclusión dentro del Artículo 53° del RIS, a fin que pueda ser pasible de sanción en caso de incumplimiento y para evitar que se argumente que no se ha cumplido con el principio de legalidad, ya antes analizado.

56.21. Por lo tanto se recomienda modificar el RIS, del siguiente modo:

a) Incluir en el Artículo 53° del Reglamento de Infracciones y Sanciones, aprobado por la Resolución del Consejo Directivo N° 023-2003-PCM, en numeral 53.7., con el siguiente texto (la modificación se muestra en negrita y cursiva):

Artículo 53°: Celebrar Actos sin autorización previa del Concedente u OSITRAN:

La Empresa Concesionaria que sin contar previamente y por escrito con la aprobación del concedente u OSITRAN, en los casos que así se encuentre establecido en el Contrato de Concesión o en las normas pertinentes, incurrirá en infracción muy grave cuando:

(...)

53.7. No cumpla con obtener las opiniones favorables previas, ya sea del concedente o de OSITRAN, del modo que estén previstas en los Contratos de Concesión o normas pertinentes; y, pongan en vigor las materias sujetas a dicha opinión previa.

PROYECTO DE MODIFICACION DEL REGLAMENTO DE INFRACCIONES Y SANCIONES

Artículo 3º.- Definiciones

Para efectos del Reglamento, entiéndase por:

Amonestación Pública: Sanción aplicable por OSITRAN, consistente en la publicación de la infracción cometida por un periodo no menor de seis (06) meses en la página web de OSITRAN.

Canon o Retribución: El importe que el Concesionario está obligado a pagar a favor del Concedente por la explotación de la infraestructura de transporte de uso público.

Cargo, Precio o Tarifa de Acceso: La contraprestación monetaria que cualquier operador de servicios competitivos está obligado a pagar por utilizar la infraestructura de transporte de uso público calificada como Facilidad Esencial.

Decisiones: Actos administrativos, conforme a la definición contenida en el Artículo 1º de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Días: Son días hábiles.

Empresa Concesionaria: Empresa o grupo de empresas que tiene la titularidad contractual para realizar actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público y que tiene frente al Estado la responsabilidad por la prestación de los servicios.

Entidad Prestadora: Empresa o grupo de empresas que tiene la titularidad legal o contractual para realizar actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público, sea empresa pública o privada y que conserva frente al Estado la responsabilidad por la prestación de los servicios.

Expediente técnico de obras: El conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto, valor referencial, análisis de precios y fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios.

Hallazgo: Identificación de presunto incumplimiento de obligaciones legales, contractuales, técnicas o administrativas en que pueden incurrir las Entidades Prestadoras.

Información no presentada: Toda información no entregada o remitida con posterioridad a la culminación del evento o procedimiento para el que fue requerida.

Infractor: Empresa Prestadora o Entidad Concesionaria o Representante Legal, que haya realizado actos u omisiones tipificados como infracciones por el Reglamento, por los respectivos Contratos de Concesión o por las normas de la materia.

También se puede considerar como “Infractor”, a los integrantes de sus Órganos Directivos.

En el caso de Representantes Legales o integrantes de sus Órganos Directivos, las sanciones se impondrán según se determine su participación y responsabilidad individuales en las infracciones cometidas.

Integrante de Órgano Directivo: Persona Natural que pertenece al Directorio u órgano equivalente, en las Empresas Prestadoras o Empresas Concesionarias.

Metodología: El conjunto de reglas, herramientas, procesos, procedimientos y métodos que deben seguir las Entidades Prestadoras en la determinación de las tarifas, cargos por Acceso u otros similares.

Nueva Concesión: La concesión otorgada y cuyo inicio de operaciones cuenta con una antigüedad menor a doce (12) meses.

Operador de servicios competitivos o en competencia: Es el agente autorizado a brindar Servicios Esenciales usando Facilidades Esenciales. Puede ser el operador principal, operador secundario, tercero calificado u otro.

Penalidad: Estipulación o cláusula contractual por la que las partes acuerdan limitar anticipadamente el resarcimiento por el incumplimiento de una obligación y que tiene naturaleza civil.

REMA: El Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público.

Resolución de Sanción: El acto por el cual el órgano competente de OSITRAN poner en conocimiento del infractor, conforme lo establecido en el Reglamento, la existencia de la infracción y su respectiva sanción, así como la obligación de cumplir con la misma.

Representante Legal: Persona Natural o Jurídica, incluyendo a la (s) persona (s) natura (es) que representan a ésta última, en las Empresas Prestadoras o Empresas Concesionarias, que ejercen la representación legal de las mismas, según lo establecido en sus estatutos sociales, ley de creación, Ley General de Sociedades y demás autorizaciones especiales concedidas; y, que tienen la posibilidad de tomar decisiones vinculadas a las acciones tipificadas por este Reglamento, como infracciones

Servicios complementarios: Aquellos que:

- a. Es conveniente prestar para la operación o mantenimiento de los servicios de transporte en aeropuertos, puertos, vías férreas o carreteras.
- b. Pueden ser provistos utilizando la infraestructura de transporte de uso público.

Servicios Esenciales: Aquellos que cumplen con las siguientes condiciones:

- a. Son necesarios para completar la cadena logística del transporte de carga o pasajeros en una relación origen - destino.
- b. Para ser provistos se debe utilizar una Facilidad Esencial, cuya duplicación no es técnica o económicamente rentable en el corto plazo.

En el REMA se establece una lista de Servicios Esenciales.

Sistemas tarifarios: El conjunto de precios regulados por Contrato de Concesión o por norma de OSITRAN que sigue una lógica económica – comercial en su determinación.

Tarifas: El precio por la prestación de los servicios o uso de la infraestructura de transporte de uso público que cobran las Entidades Prestadoras y cuya denominación pueden ser también tasas, peajes o cualquier otra que responda a dicha naturaleza.

Tasa de regulación: El pago que deben efectuar las Entidades Prestadoras a OSITRAN conforme a las disposiciones legales pertinentes.

Usuario final: Es la persona natural o jurídica que utiliza de manera final los servicios brindados por una Entidad Prestadora o usuario intermedio. Se considera usuario final a los pasajeros o dueños de carga que utilizan los distintos servicios de transporte utilizando la infraestructura de transporte de uso público.

Usuario intermedio: Es la persona natural o jurídica que utiliza la infraestructura de transporte de uso público para brindar servicios de transporte o vinculados a esta actividad.

Artículo 53º.- Celebrar actos sin autorización previa del Concedente u OSITRAN

La Empresa Concesionaria que sin contar previamente y por escrito con la aprobación del Concedente o de OSITRAN, en los casos en que así se encuentre establecido en el Contrato de Concesión o en las normas pertinentes, incurrirá en infracción muy grave cuando:

53.1 Incorpore socios mediante cualquier modalidad, los reemplace, reduzca capital, emita obligaciones convertibles en acciones, inscriba cualquier serie de acciones en la bolsa de valores, cambie de objeto social, se transforme, se fusione, escinda o disuelva la sociedad, constituya garantías reales sobre bienes sociales para respaldar obligaciones distintas de la propia Empresa Concesionaria;

53.2 Ceda la posición contractual o de cualquier forma sustituya, elimine o reduzca la participación de cualquier inversionista estratégico u operador principal;

53.3 Reduzca la participación del operador en la operación de la Empresa Concesionaria;

53.4 Designe acreedores permitidos que gocen de las garantías permitidas en el Contrato de Concesión;

53.5 Emplee subcontratistas, agentes o mandatarios para cumplir o ejecutar algún derecho u obligación sustancial establecida en el Contrato de Concesión; o;

53.6 Transfiera bienes de la concesión y/o celebre contratos, incluidos los extintivos;

53.7. No cumpla con obtener las opiniones favorables previas, ya sea del concedente o de OSITRAN, del modo que estén previstas en los Contratos de Concesión o normas pertinentes; y, pongan en vigor las materias sujetas a dicha opinión previa.

Artículo 61º-A: Escala de sanciones aplicables a los Representantes Legales o Integrantes de Órganos Directivos:

Los Representantes Legales o Integrantes de Órganos Directivos, que incurran en alguna de las infracciones administrativas señaladas en el presente Reglamento, serán sancionados, aplicando la siguiente escala:

	<i>Multas (en UIT)</i>		
	<i>Leve /1</i>	<i>Grave</i>	<i>Muy Grave</i>
<i>Mínima</i>	<i>0.1</i>	<i>1</i>	<i>5</i>
<i>Máxima</i>	<i>1</i>	<i>5</i>	<i>10</i>

1/ Incluye la posibilidad de Amonestación Pública

La aplicación de las presentes sanciones se hará sin perjuicio de las sanciones que corresponda a las Entidades Prestadoras o Empresas Concesionarias, ya que son independientes entre sí; y, se hará sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que les corresponda a dichas personas, tal como lo prevé el Artículo 5º del presente Reglamento.

Artículo 65º: Compromiso de Cese:

El presunto responsable podrá ofrecer un compromiso de cese de los hechos investigados y/o la modificación de aspectos relacionados con ellos y/o la subsanación de la omisión, siempre que concurran los siguientes requisitos:

65.1. La infracción no consista en el incumplimiento de obligaciones que impliquen caducidad del contrato de concesión respectivo.

65.2. (Derogado).

65.3. El infractor no haya cometido con anterioridad una infracción idéntica a la que es materia del procedimiento, respecto de la cual se le haya impuesto una

sanción por resolución administrativa firme o que haya suscrito un compromiso de cese, durante los dos (2) años inmediatos anteriores.

Artículo 68°- A: Excepción a la obligación de iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionador:

Eventualmente, el órgano instructor estará facultado a no dar inicio al procedimiento sancionador establecido en el Artículo 66° de este Reglamento, si como consecuencia de los resultados recogidos con motivo de la realización de actividades de supervisión, encuentra que los hallazgos, luego de efectuar un análisis costo-beneficio, no ameritan tal acción.

Tal decisión debe estar amparada en un documento justificatorio, suscrito por el supervisor y refrendado por el Gerente de Supervisión o quien haga sus veces, en el cual se expresará:

- Los hallazgos; y,
- Los elementos por los cuales se considera que no es necesario la apertura del procedimiento sancionador.

Dicho documento justificatorio deberá ser archivado conjuntamente con el cargo de la comunicación remitida al presunto infractor, en el sentido que se ha hecho uso de la facultad concedida por este Artículo, pero que esos hallazgos serán utilizados como antecedentes para analizar conductas similares posteriores.

Artículo 68°- B: Suspensión de la obligación de iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionador:

Si en el curso de una acción de supervisión, el Órgano Instructor determina que la conducta de los posibles infractores es materia de un procedimiento de solución de controversias ante alguno de los órganos competentes de OSITRAN, y siempre que se derive de los mismos hechos, se abstendrá de abrir un Procedimiento Administrativo Sancionador, hasta la finalización del procedimiento administrativo.

Si como resultado de dicho procedimiento administrativo, se determina que la conducta del infractor es materia de sanción, se procederá a dar inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador correspondiente.

Son aplicables a estos casos el segundo y tercer párrafo del Artículo 68-A.