

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 005-2007-CD-OSITRAN

Lima, 10 de enero de 2007

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 enero del año en curso, su respectiva Matriz de Control de Comentarios y Sugerencias; el proyecto de Resolución de Consejo Directivo que aprueba la Modificación; y, su Exposición de Motivos;

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, 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, de acuerdo a lo que establece el artículo 2º 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 24º 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 39º 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, 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° 023-2003-CD-OSITRAN, del 26 de noviembre de 2003, aprobó el Reglamento de Infracciones y Sanciones vigente desde el 25 de diciembre de 2003; 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 última modificación del Reglamento de Infracciones y Sanciones se ha considerado conveniente precisar algunos aspectos con motivo de la aplicación del mismo por los diversos órganos de OSITRAN;

Que, el artículo 26º 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 prepublicados 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, el 20 de setiembre de 2006 se publicó en el diario oficial El Peruano la Resolución N° 052-2006-CD-OSITRAN el proyecto de modificación del Reglamento de Infracciones y Sanciones lo cual generó que diversas entidades prestadoras y personas remitiesen sus comentarios y sugerencias;

Que, analizados los mencionados comentarios y sugerencias según aparece de la exposición de motivos y la matriz que se publicarán conjuntamente con la presente Resolución, se ha determinado que el proyecto presentado sea modificado con relación a la propuesta publicada;

Que, en consecuencia, se debe proceder a disponer la aprobación del proyecto final de modificación del Reglamento de Infracciones y Sanciones en el Diario Oficial "El Peruano" de conformidad a lo propuesto y los comentarios y/ sugerencias presentados;

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 1°.- Aprobar la modificación de los artículos 53° y 65°, así como la inclusión de los nuevos artículos 68° - A y 68° - B, del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN y su correspondiente Exposición de Motivos; que forma parte integrante de la presente Resolución; y la Matriz de Control de Comentarios y Sugerencias; en los siguientes términos:

“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 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;

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

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 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 infracción, siempre que concurren los siguientes requisitos:

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

65.2. La infracción no haya generado grave daño a los usuarios, ni haya severidad en la afectación del interés público involucrado”.

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

Excepcionalmente, con el informe del órgano instructor, la Gerencia General estará facultada a no dar inicio al procedimiento sancionador establecido en el Artículo 66º de este Reglamento, si como consecuencia de los resultados de la realización de la acción de supervisión, encuentra que los hallazgos, luego de efectuar un análisis costo-beneficio y evaluar que no haya generado grave daño a los usuarios ni haya severidad en la afectación del interés público involucrado, 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 68º- B: Abstención de apertura o suspensión de 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, procederá de la siguiente manera:

a) Se abstendrá de abrir; o, en caso de estar abierto, se suspenderá, un Procedimiento Administrativo Sancionador, hasta la finalización del procedimiento administrativo.

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

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

Artículo 2°.- Autorizar la publicación de la presente Resolución y su Exposición de Motivos en el Diario Oficial El Peruano; y, los documentos indicados más la Matriz de Comentarios y Sugerencias en la página web de OSITRAN (www.ositran.gob.pe).

Comuníquese, publíquese y archívese.

ALEJANDO CHANG CHIANG
Presidente

MODIFICACION DEL REGLAMENTO DE INFRACCIONES Y SANCIONES DE OSITRAN

Acuerdo del Consejo Directivo N° 899-227-07-CD-OSITRAN

Enero de 2007

EXPOSICION DE MOTIVOS

MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO DE INFRACCIONES Y SANCIONES (RIS)

I. ANTECEDENTES

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.
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 nuevo 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. Posteriormente, este Reglamento fué modificado por la Resolución de Consejo Directivo N° 077-2005-CD-OSITRAN, vigente desde el 16 de diciembre de 2005.
4. 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.
5. El 20 de setiembre de 2006, atendiendo a la Resolución del Consejo Directivo N° 052-2006-CD-OSITRAN del 10 del mismo mes y año, se publicó en el diario oficial El Peruano el proyecto indicado, para que en un plazo de 20 días calendario se remitan las sugerencias o comentarios que desearan los legítimos interesados.
6. Dentro del plazo fijado, y aún fuera de él - en aras de obtener la mayor participación - se efectuaron diversos comentarios y sugerencias por parte de entidades prestadoras y/o interesados, los mismos que - de manera coincidente y similar - se concentraron principalmente en el incumplimiento del principio de legalidad, en tanto que según los participantes no existiría norma de rango legal que permitiese a OSITRAN tipificar infracciones para los representantes legales o los integrantes de los órganos directivos de las entidades prestadoras.

Las personas o entidades prestadoras que tuvieron a bien remitir sus comentarios o sugerencias fueron: Concesionarias Interoceánicas del Sur Tramos 2 Y 3 S.A.; Intersur Concesiones S.A.; Lima Airport Partners (LAP); Señor Ronald Fernández-Dávila Rivero (ROSELLO ABOGADOS); Enapu S.A. y D P World Callao S.A.

II. JUSTIFICACION

7. 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. Esta norma de rango legal da sustento al Artículo 66° del Reglamento General de OSITRAN (REGO).

8. 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*”.

9. 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.

10. 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).

11. 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.

12. El RIS y sus modificatorias o el Decreto Supremo N° 042-2005-PCM (Reglamento de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos) 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.

13. Al efecto, teniendo en cuenta la existencia de factores comunes en todas las participaciones y dada la importancia de esta situación, OSITRAN consideró

conveniente solicitar opinión al Doctor Jorge Danós Ordóñez, integrante del Estudio Echeopar Y Asociados, por contar con la experiencia, conocimientos y prestigio como profesor y especialista en Derecho Administrativo. Además se solicitó la opinión del Asesor Jurídico del Directorio, Dr. Rafael Muenta.

14. El Doctor Danós, luego de hacer un análisis exegético de las normas de derecho administrativo peruano comparadas fundamentalmente con las del derecho administrativo español, concluye en que, efectivamente, sólo la potestad de tipificar conductas sancionables para los representantes legales o integrantes de los órganos directivos de las Entidades Prestadoras, que está regulada en el Artículo 42° del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM (Reglamento General de OSITRAN) no es suficiente ya que dicha norma no está sustentada en norma de rango legal; opinión que termina compartiendo la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN.

El Doctor Muenta, a su vez, luego de hacer también un análisis del proyecto concluye en que no procedería la incorporación del Artículo 61-A del proyecto modificador del RIS y que el mismo debe ser limitado a los supuestos establecidos en el Decreto Legislativo N° 807.

15. En ese sentido y en correspondencia con los comentarios, sugerencias y el examen legal interno y externo, la propuesta de reglamento publicado sufriría algunas modificaciones, particularmente en lo que se refiere a la parte referida a la inclusión de sanciones a los representantes legales e integrantes de órganos directivos de las Entidades Prestadoras, por carecer el Artículo 42° del Decreto Supremo N° 044-2006-PCM (Reglamento General de OSITRAN) de sustento de rango legal que la sustente (Principio de Legalidad) tal como está explicado en la Matriz que forma parte de esta exposición de motivos.

III. OBJETO

Sustentar la modificación del RIS, actualizándolo en función al D.S. N° 044-2006-PCM (Reglamento General de OSITRAN) (i) revisando los requisitos que permiten acceder a un compromiso de cese; (ii) incorporando los supuestos por los 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, (iii) 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.

IV. PROPUESTAS NORMATIVAS

A. Sobre el caso de los Compromisos de Cese:

1. Actualmente, el Artículo 65° 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.
2. 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.

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.

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.

3. 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.
4. En instituciones de naturaleza sancionadora o investigadora de conductas penadas, existe en la doctrina penal el denominado "Principio de Oportunidad"¹. 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).²

¹ 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.

² 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.

5. 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.
6. Asimismo, se ha considerado que al evaluarse el Compromiso de Cese, se deberá apreciar en que medida existe una afectación tanto al usuario como al interés público; es decir, se está exigiendo que la infracción no genere un grave daño al usuario, ni haya severidad en la afectación del interés público involucrado. Ello, en lugar de referirse a “perjuicio al Estado”, como se refería el Numeral 65.2 del texto original del RIS, por considerar que el concepto de interés público es una categoría abstracta que remite a un concepto difuso en el que la Administración debe buscar el interés social.
7. Por lo tanto se recomienda modificar el RIS, del siguiente modo:

Modificar el 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)**

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

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 infracción, siempre que concurren los siguientes requisitos:

65.1. La infracción no consista en el incumplimiento de obligaciones que impliquen caducidad del contrato de concesión respectivo.³

65.2. La infracción no haya generado grave daño a los usuarios, ni haya severidad en la afectación del interés público involucrado.

B. 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:

8. De acuerdo al Artículo 4º del RIS, en los Procedimientos Administrativos Sancionadores (PAS) OSITRAN debe aplicar los principios sancionadores a que alude el Artículo 230º de la Ley N° 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General).⁴

³ Se elimina la frase: "o la infracción no califique como muy grave"

⁴ 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 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.

9. 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.
10. 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.
11. 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 declaratoria de archivamiento por la declaratoria de la inexistencia de la infracción.
12. 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.⁵

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”.

13. Sin embargo, las circunstancias descritas como posibles conductas sancionables del hallazgo pueden ser de tal naturaleza que “*per se*” hace prever válidamente a OSITRAN 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.
14. La Ley N° 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General) que es el marco dentro del cual se inserta todo tipo de actuación administrativa, contiene en su Artículo IV, numeral 1.4 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.
15. En concordancia con dicho principio, el Reglamento de Supervisión de OSITRAN 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

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

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.

16. En ese sentido, es más eficiente dejar de iniciar el Procedimiento Administrativo Sancionador; o, en caso de haberlo iniciado, que se suspenda, 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.

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.

17. Asimismo, tratándose de “hallazgos” de esa naturaleza, también es 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.

De ese modo, se logra 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.

18. En tal sentido, la inclusión de un nuevo artículo en el RIS, considera que deberá aplicarse la excepción a la obligación de iniciar un PAS por parte de la Gerencia General – a propuesta del órgano instructor -, cuando los hallazgos encontrados como resultados de la realización de la acción de supervisión, no generen un grave daño al usuario ni haya severidad en la afectación del interés público involucrado.

19. Por lo tanto se recomienda modificar el RIS, añadiendo un nuevo artículo, del siguiente modo:

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:

Excepcionalmente, con el informe del órgano instructor, la Gerencia General estará facultada a no dar inicio al procedimiento sancionador establecido en el Artículo 66° de este Reglamento, si como consecuencia de los resultados de la realización de la acción de supervisión, encuentra que los hallazgos, luego de efectuar un análisis costo-beneficio y evaluar que no haya generado grave daño a los usuarios ni haya severidad en la afectación del interés público involucrado, 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.

20. 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).
21. Sobre el particular, es importante anotar que se debe de 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.
22. En efecto, el Artículo 7° del Reglamento de Solución de Controversias de OSITRAN 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.
23. En este caso, puede generarse una situación contradictoria en el sentido que habiéndose avocado jurisdiccionales Tribunal de Solución de Controversias a evaluar una controversia entre dos o más partes, éste puede determinar en considerar que la conducta o actuación de una Entidad Prestadora o Empresa Concesionaria se encuentra dentro de los parámetros legales establecidos; mientras que paralelamente el Órgano Instructor puede considerar que su "hallazgo" contiene elementos punibles.
24. Esta situación podría dar señales contradictorias a los sujetos que interactúan en el ámbito de acción de OSITRAN, lo cual puede perjudicar la transparencia y neutralidad del mismo.
25. 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.

26. 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 nom 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 improbadado.

27. Es por ello que es conveniente 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.
28. Igualmente, son aplicables al presente caso los mismos argumentos señalados en el numeral 21. 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.
29. Por lo tanto se recomienda modificar el RIS, añadiendo un nuevo artículo, del siguiente modo:

Incluir el **Artículo 68°- B: Abstención de apertura o suspensión de 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: Abstención de apertura o suspensión de 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, procederá de la siguiente manera:

a) Se abstendrá de abrir; o, en caso de estar abierto, se suspenderá, un Procedimiento Administrativo Sancionador, hasta la finalización del procedimiento administrativo.

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

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

C. 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:

30. OSITRAN en el marco de sus decisiones regulatorias en materia tarifaria, ha establecido que en el caso de contratos de concesión de tipo cofinanciado, 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.

31. Siendo que el incumplimiento de la mencionada obligación no se encuentra expresamente tipificada en el RIS, recomendamos 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.

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

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.

MATRIZ DE COMENTARIOS Y SUGERENCIAS

Nombre del Proyecto: REGLAMENTO DE INFRACCIONES Y SANCIONES

Fecha de republicación: 20/09/2006

Institución o entidad que realiza el comentario (agregar N° de documento y fecha)	Sección, Capítulo, o Artículo	Observación o Sugerencia	Comentario de OSITRAN
<p>Concesionarias Interoceánicas del Sur Tramos 2 Y 3 S.A.</p> <p>(Carta N° 098-CIST2-OSITRAN del 13/10/2006)</p>	<p><u>Artículo 61-A</u> Escala de Sanciones Aplicables a los Representantes Legales o Integrantes de Órganos Directivos</p>	<p>1. La propuesta es ilegal porque OSITRAN no cuenta con facultades para sancionar a los representantes legales o miembros de los órganos de dirección en supuestos distintos a los indicados en el D.L. N° 807, porque se infringe el Principio de Legalidad y el Principio de Causalidad de la Ley 27444, ya que no cuenta con Ley expresa para sancionar a personas distintas a las entidades prestadoras.</p> <p>El sustento del Artículo 42 del REGO no es suficiente pues en una norma de rango legal inferior a una Ley.</p>	<p>El Artículo IV de la Ley N° 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General) expresamente indica lo siguiente:</p> <p><i>Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo</i></p> <p><i>1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:</i></p> <p><i>1.1. Principio de legalidad.-</i> Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.</p> <p>(...)</p> <p>Adicionalmente, tanto el principio de legalidad, como su par, el principio de tipicidad, han sido reconocidos por la Ley del Procedimiento Administrativo General, en la parte que se refiere a la potestad sancionadora, en su artículo 230° incisos 1 y 4, respectivamente, que se refieren a la posibilidad de ser aplicados en uso de la potestad sancionadora de la Administración y se expresan de la siguiente forma:</p> <p><i>“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 de sanción son posibles de aplicar a un administrado (...)</i></p> <p><i>2. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su</i></p>

			<p><i>tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía (...)</i>”</p> <p>Como quiera que los comentarios de todas las empresas participantes en esta convocatoria pública son unánimes en considerar que se estaría violando, fundamentalmente, el mencionado Principio de Legalidad, en el sentido que no existe norma expresa de rango legal que permita a OSITRAN tipificar como infracción conductas que tengan los representantes legales o miembros de los órganos directivos ni existe norma de rango legal que permita imponer sanciones a dichas personas, en tanto que las facultades que le han sido concedidas son para las conductas de las Empresas Prestadoras y que el Artículo 42° del REGO de OSITRAN carece de tal sustento, se consideró pertinente efectuar una consulta al Dr. Jorge Danós Ordóñez, del Estudio Ehecopar & Asociados, quien luego de hacer un análisis exegético de las normas de derecho administrativo peruano comparadas fundamentalmente con las del derecho administrativo español, concluye en que la potestad de tipificar conductas sancionables para los representantes legales o integrantes de los órganos directivos de las Entidades Prestadoras prevista en el Reglamento General de OSITRAN (REGO) no es suficiente ya que la misma no tiene un sustento en norma de rango legal; También se pronunció el Asesor Jurídico del Consejo Directivo, Dr. Rafael Munte, quien concluye en que no procede la incorporación del Artículo 61-A en razón a que considera que OSITRAN no tiene facultades legales para ampliar la responsabilidad de las personas naturales a todos los supuestos de infracciones y sanciones aplicables a las empresas supervisadas y que, en cualquier caso, los supuestos admisibles son aquellos relacionados a las infracciones previstas en el Decreto Legislativo N° 807 que no cubren todos los supuestos ; opiniones que comparte la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN.</p> <p>El Artículo 2 (Derechos fundamentales de la persona) Numeral 24, inciso d) de la Constitución Política del Perú expresa que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales, y por lo tanto que nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.</p>
--	--	--	--

	<p><u>Otros Artículos en General</u></p>	<p>2. Respecto de las demás propuestas de modificación, las consideran positivas, pero sugieren incorporar el “principio de oportunidad” como uno de los principios que recoge el RIS; además recomiendan que se prevea la posibilidad que el Regulador deje de sancionar aún cuando se haya iniciado el PAS y hayan elementos de juicio que permitan justificar la inaplicación de sanciones, basándose en el Principio de Oportunidad.</p>	<p>En el caso concreto del Proyecto de Modificación del REGO de OSITRAN, no se estaría dando cumplimiento con el Principio de Legalidad ya que este, según lo estipula el Artículo 230° de la Ley N° 27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General) prescribe que “(...) 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 de sanción son posibles de aplicar a un administrado (...).</p> <p>Por lo expuesto, se sugiere retirar del proyecto todo lo referido a esta materia.</p> <p>El Principio de Oportunidad es un principio que tiene que ver con el Derecho Penal y en este caso está siendo usado de manera comparativa. En el Derecho Administrativo existen legalmente predeterminados los principios vinculados a dicho derecho y de donde derivan los llamados Principios del Derecho Administrativo Sancionador. (Artículo IV y Artículo 230° de la Ley N° 27444).</p> <p>Si bien la indicada Ley prescribe que los principios enunciados en la misma no tienen carácter taxativo, por una cuestión de orden no es pertinente, por ahora, incorporar al RIS el Principio de Oportunidad, lo cual no significa que la racionalidad de la norma propuesta se encuentra ligada al mismo así como a otros principios como el de Presunción de Veracidad, de Eficacia, de celeridad, entre otros.</p> <p>Se sugiere mantener la redacción de los demás artículos.</p>
--	---	--	---

<p>Intersur Concesiones S.A. (Carta N° IC-455/06.BT del 10/10/2006)</p>	<p>Artículo 3° Definición de representante Legal Artículo 61-A Escala de Sanciones Aplicables a los Representantes Legales o Integrantes de Órganos Directivos</p>	<p>1. OSITRAN no cuenta con facultades legales para sancionar ni crear normas de sanción contra los representantes legales de las entidades prestadoras.</p> <p>El D.L. N° 807 no se aplica al caso pues las autorizaciones a INDECOPI no pueden hacerse extensivas a OSITRAN.</p>	<p>Para el comentario que se refiere a que OSITRAN no cuenta con facultades legales para sancionar o crear normas contra representantes legales de entidades prestadoras, nos remitimos al comentario efectuado para la empresa Concesionarias Interoceánicas del Sur Tramos 2 y 3 S.A.</p> <p>Por lo expuesto, se sugiere retirar del proyecto todo lo referido a esta materia.</p> <p>Respecto al comentario sobre la supuesta inaplicabilidad del D.L. 807, en el sentido que no puede hacerse extensiva a OSITRAN, es importante señalar que el Artículo 5° de la Ley N° 27332 (Ley Marco de los Organismos Reguladores) dispone de manera expresa que <i>“los Organismos Reguladores gozará de las facultades establecidas en el Título I del Decreto Legislativo N° 807 (LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACION DEL INDECOPI)”</i>.</p> <p>El mencionado Título I expresa que cada Comisión, Oficina o Sala de Indecopi (y cada organismo regulador por ende) tiene las facultades de, entre otras:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia comercial y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas. - Citar e interrogar, a través de los funcionarios que se designe para el efecto, a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas o grabaciones en vídeo. - Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros,
---	--	--	---

	<p>No se coloca criterios ni infracciones a los representantes legales atentándose contra el Principio de Predictibilidad”.</p> <p>Es desproporcional para OSITRAN tener que sancionar a los representantes legales afectándose el principio de razonabilidad.</p>	<p>documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. Para ingresar podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública. De ser necesario el descerraje en el caso de locales que estuvieran cerrados será necesario contar con autorización judicial, la que deberá ser resuelta en un plazo máximo de 24 horas.</p> <p>Asimismo, contiene otras normas entre las cuales se encuentra la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias de hasta 50 UIT.</p> <p>En tal sentido, la observación sobre este punto no tiene asidero legal ya que, al contrario, la facultad de OSITRAN está expresada en una norma de rango legal cual es el Decreto Legislativo N° 807.</p> <p>A mayor abundamiento, el Artículo 66° del REGO incorpora legislación sobre ésta materia</p> <p>Por lo expuesto, no se acepta la opinión sobre la facultad de OSITRAN de aplicar lo regulado en el D.L. 807, por ser una norma de rango de Ley.</p> <p>Al haberse sugerido el retiro de la propuesta en esta parte, se aplica el comentario referido al sustento de esa decisión.</p> <p>Al haberse sugerido el retiro de la propuesta en esta parte, se aplica el comentario referido al sustento de esa decisión.</p>
--	--	---

	<p><u>Artículo 68-A</u> Excepción a la Obligación de Iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionador</p>	<p>2. Al hacer una remisión al Contrato de Concesión para identificar la conducta sancionable, crea una tipificación subjetiva, fuera de la norma, e incompleta.</p> <p>Además lo contratos de concesión ya establecen penalidades contractuales y de prosperar la propuesta se estaría convirtiendo a típicas penalidades contractuales en sanciones administrativas.</p> <p>3. Están de acuerdo con la modificación, pero debe tenerse en cuenta que cuando se archiva un hallazgo y no hay PAS, para utilizar ese hallazgo en un PAS posterior debe respetarse el principio del debido proceso administrativo en el sentido que se debe dar el derecho de defensa respecto de ese “hallazgo archivado”.</p>	<p>Al haberse sugerido el retiro de la propuesta en esta parte, se aplica el comentario referido al sustento de esa decisión.</p> <p>Siendo que el Artículo 4° del RIS, que dispone los principios y criterios que se aplican son los mencionados en el Artículo 230° de la LGPA y en el Artículo 4° del RIS, es importante precisar que este artículo propone la no apertura del Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS) bajo criterios de costo-beneficio. Sin embargo, la realización de similares conductas de manera recurrente pueden ameritar que en ese análisis costo-beneficio OSITRAN – a la vista de los antecedentes que en un momento anterior le hicieron tomar una decisión de no abrir el proceso sancionador – decida la apertura del mismo donde esos antecedentes le permitirán tomar una decisión oportuna y justa, que finalmente ocasionen que el infractor cese en la conducta materia de investigación.</p> <p>La introducción de ese elemento como antecedente, que además es conocido por el presunto infractor ya que la norma propone que se le notifique de los mismos, forma parte de los elementos que le son notificados al tiempo de comunicar la apertura del proceso administrativo sancionador, el cual dentro de su desarrollo permite analizarlos y cuestionarlos o rebatirlos por las partes, dentro del debido proceso, el cual se desarrolla con todas las garantías legales.</p> <p>Por lo expuesto, se sugiere mantener la redacción del artículo.</p>
--	---	--	---

<p>Lima Airport Partners (LAP) (Carta N° LAP-GCCO-C-2006-00128 del 16/10/2006)</p>	<p>Artículo 3° Definición de representante Legal</p>	<p>1. La propuesta carece no solo de racionalidad económica sino jurídica porque es un intento de sobrerregulación que no encuentra un sustento en la teoría económica.</p> <p>OSITRAN se estaría excediendo de sus facultades pues el marco legal que cita no resulta suficiente para extender sus funciones a agentes que no tiene la condición de administrados en el campo regulatorio.</p> <p>Viola los principios de causalidad y el “non bis in idem” ya que pretenden individualizar a los representantes legales y directivo que actúen en nombre de las entidades prestadoras.</p> <p>Se incurre en un claro error conceptual al pretender consolidar en una sólo persona la figura de la representación y el actuar coadyuvante; si se actúa a favor de un tercero no hay complicidad sino el mero ejercicio de facultades otorgadas de acuerdo al CC y a la LGS.</p> <p>Carece de facultades para sancionar sujetos que se encuentran fuera del ámbito de su competencia.</p>	<p>Para el comentario que se refiere a que OSITRAN no cuenta con facultades legales para sancionar o crear normas contra representantes legales de entidades prestadoras, nos remitimos al comentario efectuado para la empresa Concesionarias Interoceánicas del Sur Tramos 2 y 3 S.A. y la empresa Intersur Concesiones S.A.</p> <p>Por lo expuesto, se sugiere retirar del proyecto toda la parte que esté referida a esta materia.</p>
---	---	---	--

<p>Señor Ronald Fernández-Dávila Rivero (ROSELLO ABOGADOS)</p> <p>rfernandez@rossellolaw.com</p> <p>Correo Electrónico enviado el Miércoles, 18 de Octubre de 2006</p>	<p>Artículo 3° Definición de representante Legal</p> <p>Artículo 61-A Escala de Sanciones Aplicables a los Representantes Legales o Integrantes de Órganos Directivos</p> <p>Artículo 65.1. Compromiso de Cese</p>	<p>1. Se pretende incluir a los representantes y directivos como sujetos de supervisión y sanción del ente regulador yendo mas allá de las facultades de OSITRAN perdiéndose absolutamente la integridad corporativa de la empresa prestadora, la cual siempre actúa a través de sus representantes legales.</p> <p>Se viola el Principio de Legalidad pues el REGO no ha respetado ese principio.</p> <p>Se viola el principio de tipicidad pues se estaría aplicando un regimen sancionador por analogía.</p> <p>2. Opina que es positiva la propuesta pero sugieren aclarar que las obligaciones a que se hace referencia sean “las obligaciones tipificadas expresamente como caducidad” y no “que impliquen caducidad” sobre la base de considerar que la suma de sanciones pueden ser materia de caducidad</p>	<p>Para el comentario que se refiere a que OSITRAN no cuenta con facultades legales para sancionar o crear normas contra representantes legales de entidades prestadoras, nos remitimos al comentario efectuado para la empresa Concesionarias Interoceánicas del Sur Tramos 2 y 3 S.A. , la empresa Intersur Concesiones S.A. y LAP</p> <p>Por lo expuesto, se sugiere retirar del proyecto toda la parte que esté referida a esta materia.</p> <p>conductas cuyo incumplimiento configura una infracción pasible de sanción.</p> <p>En ese sentido, sugerimos mantener la redacción del artículo sin modificarlo</p> <p>La sugerencia no es atendible pues se trata de situaciones distintas en la medida que una causal de caducidad se alcanza por acumulación de sanciones lo que es distinto a compromiso de cese que no estén vinculados a obligaciones establecidas y que tiene por objeto producir caducidad.</p> <p>Las obligaciones establecidas por contrato o por la norma son predeterminadas mientras que en el caso de acumulación de sanciones es una situación que nace a consecuencia de ellas y donde el compromiso de cese no funciona.</p> <p>Es preferible mantener el término utilizado por lo que sugerimos mantener la redacción propuesta.</p>
---	---	--	---

<p>Enapu S. A.</p> <p>Correo Electrónico enviado por juridica@enapu.com.pe el Martes, 10 de Octubre de 2006</p>	<p>Artículo 3° Definición de representante Legal</p> <p>Artículo 68-B Suspensión de la obligación de Iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionador</p>	<p>No se tiene en cuenta que en el ordenamiento citado como base legal describen situaciones cometidas por personas naturales como tales y no como representantes legales y no a nombre de las personas jurídicas.</p> <p>De otro lado, al considerar FONAFE que los directores no desempeñan funciones administrativas y como no son representantes de la sociedad, no pueden ser pasibles de sanción.</p> <p>Con mucha mayor razón se debe considerar la suspensión cuando la norma incumplida es materia de controversia judicial</p>	<p>Para el comentario que se refiere a que OSITRAN no cuenta con facultades legales para sancionar o crear normas contra representantes legales de entidades prestadoras, nos remitimos al comentario efectuado para la empresa Concesionarias Interoceánicas del Sur Tramos 2 y 3 S.A. , la empresa Intersur Concesiones S.A., LAP y Señor Fernández- Dávila.</p> <p>Por lo expuesto, se sugiere retirar del proyecto toda la parte que esté referida a esta materia.</p> <p>El Artículo 68-B propuesto se pone en el caso que durante la etapa investigatoria se determine que por los mismos hechos el posible infractor mantiene en trámite un procedimiento administrativo de solución de controversias.</p> <p>Las controversias en materia judicial que se originen sobre la base de actos administrativos pasibles de impugnación en el fuero jurisdiccional, son materias que han sido concluidas en el fuero administrativo que tiene sus propias reglas, donde el justiciable demandante puede pedir la suspensión del acto administrativo materia de impugnación o solicitar las medidas cautelares que consideren pertinentes.</p> <p>De la misma forma, el administrado tiene el derecho de solicitar la suspensión de cualquier acto o actividad administrativa si considera que ella agravia sus derechos, pero en el caso del Artículo en proyecto debe quedar claro que se está buscando regular la conducta del órgano competente a efectos que de <i>motu proprio</i> suspenda la apertura de un PAS aún cuando el órgano instructor haya determinado que existen razones fundadas para su apertura, pero siempre teniendo en cuenta que se trate de los mismos hechos.</p> <p>En ese orden de ideas, se sugiere mantener la redacción del Artículo propuesto.</p>
--	--	--	--

<p>D P World Callao S.A. Carta del 10/10/2006</p>	<p>Artículo 61-A Escala de Sanciones Aplicables a los Representantes Legales o Integrantes de Órganos Directivos</p>	<p>Es ilegal porque se viola el principio de legalidad, tipicidad y causalidad, por las razones legales y doctrinarias que se exponen en la carta</p>	<p>Para el comentario que se refiere a que OSITRAN no cuenta con facultades legales para sancionar o crear normas contra representantes legales de entidades prestadoras, nos remitimos al comentario efectuado para la empresa Concesionarias Interoceánicas del Sur Tramos 2 y 3 S.A. , la empresa Intersur Concesiones S.A., LAP , Señor Fernández- Dávila y Enapu.</p> <p>Por lo expuesto, se sugiere retirar del proyecto toda la parte que esté referida a esta materia.</p>
--	---	---	--