



FACULTAD DE DERECHO

**INFORME JURÍDICO DE EXPEDIENTE
ADMINISTRATIVO N° 022-2016-JFI-GSF-OSITRAN**

**PRESENTADO POR
CÉSAR ERNESTO MORA MUÑANTE**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

LIMA – PERÚ

2021



CC BY-NC

Reconocimiento – No comercial

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, y aunque en las nuevas creaciones deban reconocerse la autoría y no puedan ser utilizadas de manera comercial, no tienen que estar bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE
DERECHO

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado(a)

Informe Jurídico sobre Expediente N° 022-2016-JFI-GSF-OSITRAN

Materia : Procedimiento administrativo sancionador

Entidad : OSITRAN

Denunciante : OSITRAN

Denunciado : GF

Bachiller : César Ernesto Mora Muñante

Código : 2009223489

LIMA – PERÚ

2021

En el presente informe jurídico se analiza el procedimiento administrativo sancionador seguido ante OSITRAN contra la empresa concesionaria GF, en el que la referida entidad pública a través de su Jefatura de Fiscalización imputa a dicha empresa la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 39 del Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSITRAN relativa al incumplimiento de obligaciones sobre registro de información relacionada con mediciones de calidad, toda vez que, de acuerdo a los hechos ocurridos, la empresa concesionaria no habría cumplido con su obligación de realizar la producción diaria de un reporte (malla horaria) mediante software automatizado ligado al Puesto Central de Operaciones (PCO) conforme a lo dispuesto en la Cláusula 8.7 y el numeral 1.2.7 del Anexo 7 del Contrato de Concesión sobre el Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Callao, Línea 1, Villa El Salvador - Av. Grau - San Juan de Lurigancho. Cabe indicar que los presuntos incumplimientos antes señalados fueron detectados por la Jefatura de Contratos Portuarios y del Metro de Lima y Callao del OSITRAN, y fueron puestos en conocimiento a la Jefatura de Fiscalización, razón por la cual esta última jefatura inicio el procedimiento sancionador. En sus descargos, la empresa concesionaria argumentó, entre otros aspectos, que se habría vulnerado el Principio de Tipicidad en tanto se advierte que el tipo sancionador se podría configurar sólo si se hubiera omitido todas las condiciones previstas para el registro (forma y oportunidad), por lo que inobservar sólo una de ellas (forma) no podría conllevar a un incumplimiento, ello debido a que ha efectuado el reporte de la malla horaria antes de las 11 am manualmente por el Operador de Turno del PCO, cumpliendo así con la oportunidad. La Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSITRAN en primera instancia resolvió que la empresa concesionaria no cumplió con elaborar el reporte de movimiento de los trenes por estación en tiempo real y km recorridos, el cual debió ser automatizado vía software ligado al PCO, habiéndolo realizado de manera manual, incumpliendo de esta manera lo dispuesto en la Cláusula 8.7 y el numeral 1.2.7 del Anexo 7 del Contrato de Concesión, configurándose así la infracción prevista en el artículo 39 del RIS del OSITRAN, por lo que le impuso al administrado una multa ascendente 430 UIT. Luego de ello, la empresa concesionaria interpuso recurso de apelación contra lo antes dictaminado, el mismo que fue resuelto en segunda instancia por la Gerencia General del OSITRAN declarando fundado en parte dicho recurso y revocando la resolución de primera instancia a fin de que ésta realice una adecuada evaluación de los elementos del principio de culpabilidad y de cada una de las causales eximentes y de atenuación de las sanciones de responsabilidad administrativa. En atención a ello, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización resolvió atribuir responsabilidad administrativa a la empresa GF y sancionarla con una multa equivalente a 430 UIT, señalando además que no se había configurado ningún supuesto de eximente ni atenuante de responsabilidad administrativa. Este último dictamen fue apelado por la empresa concesionaria, lo cual fue resultado por la Gerencia General declarando fundado en parte el referido recurso, y en consecuencia modificó la multa impuesta de 430 UIT a 260.15 UIT.

ÍNDICE

I. RELACIÓN DE LOS HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCEDIMIENTO.....3

Imputación de Infracciones.....	3
Fundamentos de hecho.....	3
Descargos	5
Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización.....	6
Recurso de Apelación.....	7
Resolución de Gerencia General.....	8
Segundo descargo presentado por el administrado.....	9
Segunda Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización.....	11
Segunda Apelación.....	12
Segunda resolución de Gerencia General.....	13

II. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE.....15

1. ¿El error en la subsunción de una infracción afecta el principio de tipicidad?.....15
2. ¿Cuál es el sentido del principio de culpabilidad?.....17

III. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS Y LOS PROBLEMAS JURIDICOS IDENTIFICADOS.....18

- A. Posición fundamentada sobre los problemas jurídicos identificados.....18
- B. Posición fundamentada sobre las resoluciones emitidas.....23

IV. CONCLUSIONES28

V. BIBLIOGRAFÍA.....29

I. RELACIÓN DE LOS HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCEDIMIENTO.

IMPUTACIÓN DE INFRACCIONES

En primer término, es preciso mencionar que, con fecha 11 de abril de 2011, se suscribió entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, Concedente o MTC) y GF (en adelante “la empresa concesionaria”) el Contrato de Concesión para sobre el Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Callao, Línea 1, Villa El Salvador - Av. Grau - San Juan de Lurigancho (en adelante, Contrato de Concesión).

Ahora bien, mediante el Oficio No. 0088-2016-JFI-GSF-OSITRAN, de fecha 01 de junio de 2016, el **ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO** (en adelante, Ositran) inició el procedimiento administrativo sancionador en contra de la empresa concesionaria **GF** por el presunto incumplimiento de sus obligaciones establecidas en la Cláusula 8.7 así como en el numeral 1.2.7 del Anexo 7 del Contrato de Concesión, referidas a la producción diaria de un reporte (malla horaria) automatizado a través de un software ligado al puesto central de operaciones (PCO).

Fundamentos de hecho

Que, mediante Oficio No. 0088-2016-JFI-GSF-OSITRAN, de fecha 01 de junio de 2016, dirigido a la empresa concesionaria GF, la Jefatura de Fiscalización de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del Ositran inicia el procedimiento administrativo sancionador imputándole las siguientes infracciones:

- La empresa concesionaria no ha cumplido con realizar la producción diaria de un reporte (malla horaria) mediante software automatizado ligado al puesto central

de operaciones conforme a lo dispuesto en la cláusula 8.7¹ y el numeral 1.2.7² del Anexo 7 del Contrato de Concesión.

- De acuerdo con el Informe No. 00107-2016-JCFM-GSF-OSITRAN, que contiene el desarrollo de los hechos ocurridos y detectados por la Jefatura de Contratos Ferroviarios y del Metro de Lima se señaló lo siguiente:
 - El concesionario no produjo diariamente un reporte (malla horaria), donde se registre el movimiento de trenes por estación en tiempo real y kilómetros recorridos, el cual debía de ser automatizado vía software ligado al puesto central de operaciones.
 - Se ha advertido que se ha venido elaborando la malla horaria de los trenes de manera manual en una hoja excel por los operadores de turno del PCO y enviada de manera electrónica en PDF.
 - La concesionaria hace vulnerable y poco creíble el control de operaciones, debido a los errores humanos que pueden suscitarse.
 - De esta manera se ha incumplido la cláusula 8.7 y el numeral 1.2.7 del Anexo 7 del Contrato de Concesión.

- El presunto incumplimiento podría constituir infracción muy grave tipificada en el artículo 39³ del Reglamento de Infracciones y Sanciones del Ositran (en adelante RIS), por incumplimiento de obligaciones sobre registro de información.

¹ 8.7 El Concesionario deberá producir diariamente un reporte (malla horaria) donde se registre el movimiento de los trenes por estación en tiempo real y km recorridos, el cual deberá ser automatizado vía software ligado al puesto central de operaciones, de acuerdo a lo establecido en el Anexo 7 del presente Contrato. (...).

² 1.2.7 El Concesionario deberá elaborar diariamente un reporte con la información operativa y de demanda correspondiente al día anterior donde se registre el movimiento de los trenes estación por estación y los kilómetros-tren realizados conteniendo además los problemas operacionales presentados y los niveles de servicio alcanzados. Este reporte deberá ser automatizado vía software, ligado al puesto central de operaciones (PCO) y deberá ser remitido diariamente vía electrónica antes de las 11:00 a.m. al Regulador. Excepcionalmente, el Regulador podrá solicitar al Concesionario reportes adicionales que deberán ser atendidos en el día solicitado.

³ **Artículo 39.- Incumplir obligaciones sobre el registro de información**

La Entidad Prestadora que no cumpla con registrar, en la forma y oportunidad que se haya estipulado en su Contrato de Concesión o que haya sido dispuesto por OSITRAN en las normas sobre la materia, la información relativa a las mediciones de calidad, reclamos de los usuarios o cualquier otra dispuesta por OSITRAN, incurrirá en infracción muy grave.

- De acuerdo al artículo 61 del RIS y considerando que al momento de ocurrido los hechos la empresa concesionaria se encontraba ubicado en la tercera escala (empresas que cuentan con ingresos operativos anuales superiores a 50 mil UIT), la posible sanción podría alcanzar un importe máximo de hasta 840 UIT.
- La correspondiente sanción sería impuesta por el Gerente de Supervisión y Fiscalización del Ositran, en virtud a las prerrogativas establecidas en el numeral 12⁴ del artículo 53 del Reglamento de Organización y Funciones de Ositran, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM.

DESCARGOS

Mediante el escrito de fecha 23 de junio de 2016, la empresa GF cumplió con presentar sus descargos ante la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del Ositran señalando principalmente lo siguiente:

- Se ha vulnerado el principio de tipicidad al momento de calificar la infracción que supuestamente se ha cometido, toda vez que el artículo 39 del RIS señala que la infracción consiste en: “incumplir con el registro de información, en las condiciones de forma y oportunidad establecidas en el Contrato de Concesión”, así para que se incurra en dicha infracción, se debe incumplir con registrar la información de acuerdo con la forma prevista en el contrato de concesión y de manera conjuntiva con la oportunidad establecida en dicho instrumento.
- Con respecto a la forma, la empresa señala que ha venido cumpliendo con dicho aspecto, pues si bien este ha venido realizando el reporte de la malla horaria de los trenes de forma manual, esto se ha debido a que el Concedente no ha cumplido

⁴ Artículo 53.- Funciones de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización

Son funciones de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, las siguientes:

(...)

12. Resolver en primera instancia, en el marco del Procedimiento Administrativo Sancionador, la imposición de sanciones y medidas correctivas en caso de incumplimiento de las obligaciones legales, contractuales y de las disposiciones emitidas por el OSITRAN, así como administrar el sistema de información de sanciones en el ámbito nacional, de conformidad con la normativa sobre la materia;

(...)

con hacer la entrega del software para el registro automático, no siendo obligación de la empresa concesionaria adquirir el referido software.

- Señala también que, en caso el Ositran persista en el incorrecto entendimiento que no cumplió con la forma del registro de la información, la empresa concesionaria igualmente ha venido cumpliendo con la oportunidad, puesto que ha venido presentando dicho registro en la hora indicada en el Contrato de Concesión (antes de las 11:00 am al Regulador), lo cual ha sido reconocido por el Ositran, de manera que la conducta atribuible al Concesionario no se subsume en el tipo sancionador previsto en el RIS.
- Señala que la obligación establecida en el Contrato de Concesión gira en torno a cumplir con remitir la información correspondiente a la entidad reguladora, y no a la adquisición e implementación de un software puesto que solo se encuentra obligado a cumplir las inversiones obligatorias comprometidas. Por tanto, estando a que la entidad ha advertido que sí se ha remitido dicha información, a pesar de haberse hecho manualmente, corresponde no sancionar a la empresa.
- En ese sentido, señala que además de haberse incumplido con el principio de tipicidad, la entidad no debería de sancionar a la concesionaria, toda vez que ha cumplido con las obligaciones determinadas en el Contrato de Concesión.

RESOLUCIÓN DE GERENCIA DE SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN

Mediante Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 022-2017-GSF-OSITRAN de fecha 13 de marzo de 2017, se dispuso sancionar a la empresa GF, bajo los siguientes fundamentos:

- Se confirmó que la empresa GF no cumplió con elaborar el reporte de movimiento de los trenes por estación en tiempo real y km recorridos, el cual debió ser automatizado vía software ligado al PCO, habiéndolo realizado de manera manual, incumpliendo de esta manera lo dispuesto en la Cláusula 8.7 y el numeral 1.2.7 del Anexo 7 del Contrato de Concesión, configurándose así la infracción prevista en el artículo 39 del RIS del Ositran, de acuerdo con lo señalado en el Informe No. 0029-2017-JFI-GSF-OSITRAN.
- Sanciona a la empresa GF imponiéndole una multa ascendente a 430 UIT.

RECURSO DE APELACIÓN

Mediante escrito de fecha 03 de abril de 2017, GF interpuso recurso de apelación en contra de lo resuelto por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del Ositran mediante Resolución No. 022-2017-GSF-OSITRAN, argumentando lo siguiente:

- Señala que la decisión de la autoridad ha vulnerado el principio de legalidad toda vez que la Resolución No 022-2017-GSF-OSITRAN no ha cumplido con la observancia del marco normativo vigente y aplicable a los hechos que se le imputan a la empresa concesionaria.
- El acto deviene en nulo toda vez que se ha afectado el principio de aplicación inmediata de las normas, puesto que la autoridad ha desarrollado el procedimiento omitiendo las modificaciones realizadas a la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) mediante el Decreto Legislativo No. 1272, disposiciones actualmente sistematizadas en el Decreto Supremo No. 006-2017-JUS que aprueba el Texto Único Ordenado de la LPAG, sobre todo aquellas que resultan de aplicación para regular la potestad sancionadora administrativa.
- En la Resolución materia de impugnación se aprecia que la GSF no analizó los eximentes de responsabilidad; y, sólo analizó dos (02) atenuantes de responsabilidad, referidos a la subsanación voluntaria por parte del infractor, y el error inducido, lo que vulneraría los principios de legalidad y debido procedimiento, pese a que con la emisión del Decreto Legislativo N° 1272, se dispuso un nuevo marco de atenuantes y eximentes de responsabilidad administrativa.
- Señala que no se ha analizado el Principio de Culpabilidad, puesto que, para analizar el cumplimiento de dicho principio, es necesario que la sanción sea sustentada en la comprobación de la responsabilidad subjetiva del administrado infractor, conforme así lo reconoce expresamente el Decreto Legislativo N° 1272.
- En ese sentido, considera que la GSF a través de la Resolución N° 022-2017-GSF-OSITRAN habría vulnerado los Principios de Legalidad y Debido Procedimiento, así como habría omitido la evaluación de las modificaciones del Decreto Legislativo N° 1272, inaplicando así la retroactividad benigna, el Principio de Culpabilidad e inobservando a su vez la evaluación de todas las condiciones

eximentes y atenuantes de responsabilidad administrativa, razón por la cual, devendría en nula la Resolución impugnada.

- Señala que se ha vulnerado el principio de tipicidad, dado que se ha realizado una subsunción inadecuada de parte de la entidad puesto que la norma señala que es sancionable el incumplimiento de la remisión de la información en la forma y en la oportunidad, por lo que el solo incumplimiento de uno de estos elementos conllevaría a que no se impute la falta, toda vez que por un lado se ha cumplido con la remisión de dicha información en la oportunidad establecida, esto es, se ha efectuado el reporte de la malla horaria de los trenes, al igual que el cálculo de los kilómetros recorridos diariamente antes de las 11 am manualmente por el Operador de Turno del PCO en una hoja Excel, cumpliendo así con la oportunidad, siendo solo la forma del registro de información la condición que fue inobservada por la empresa concesionaria. En ese sentido no correspondería sancionar a la empresa, al no haberse cometido el íntegro de la infracción tipificada.
- La entidad ha forzado la subsunción de la conducta de GF al momento de calificar la infracción, debido a que ha considerado que se ha incumplido con entregar la información en la oportunidad, toda vez que no se ha cumplido con remitirlo mediante el sistema de software, equiparándolo con la forma, siendo ambos supuestos totalmente distintos.

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

La Gerencia General del Ositran a través de la Resolución No. 083-2017-GG-OSITRAN de fecha 17 de mayo de 2017, decidió declarar fundado en parte el recurso de apelación, en consecuencia, revocó la Resolución N° 022-2017-GSF-OSITRAN, a fin de que ésta realice una adecuada evaluación de los elementos del principio de culpabilidad y de cada una de las causales eximentes y de atenuación de las sanciones en el caso en concreto, principalmente en base a los siguientes argumentos:

- No se aprecia una afectación al principio de tipicidad, toda vez que la primera instancia ha cumplido con acreditar que no se ha cumplido con registrar la información en la forma y oportunidad establecida en el Contrato de Concesión.

- La resolución materia de impugnación ha sido emitida el 13 de marzo de 2017, fecha en la que aún no eran aplicables las modificaciones a la Ley No. 27444 dictadas en el Decreto Legislativo No. 1272, por lo que dicha resolución no adolece de ningún vicio al haberse evaluado la misma respetando todos y cada uno de los principios establecidos en la normativa vigente en el momento de su emisión.
- Acepta la recomendación señalada en el Informe No. 061-17-GAJ-OSITRAN, relativa a revocar la resolución impugnada únicamente en los extremos referidos a la evaluación del Principio de Culpabilidad y de todas y cada una de las condiciones eximentes y atenuantes de responsabilidad administrativa en los términos establecidos en el actual TUO LPAG, a fin de que la primera instancia se pronuncie al respecto.

En función de lo resuelto por dicha resolución, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización remitió a GF el Oficio No. 6339-2017-GSF-OSITRAN en el que se anexó el Informe No. 0094-2017-JFI-GSF-OSITRAN, donde se recomendó señalar que no se ha incumplido con el principio de culpabilidad, toda vez que la empresa concesionaria ha incumplido con su deber de diligencia, puesto que debió de realizar el registro de movimiento de trenes mediante el software, como se ha establecido en el Contrato de Concesión, incumplimiento presentado desde el inicio de la explotación de la concesión (09.01.2012) y que no ha cesado ni hasta la fecha de inicio del presente procedimiento administrativo sancionado (01 de junio de 2016).

Así pues, dicho informe ha indicado que no se ha incurrido en ningún supuesto de eximente ni de atenuación de las sanciones, ni mucho menos se ha afectado el principio de razonabilidad, puesto que la sanción ha sido proporcional en relación con la infracción cometida.

SEGUNDO DESCARGO PRESENTADO POR EL ADMINISTRADO

Mediante escrito de fecha 31 de agosto de 2017 la empresa GF presentó sus descargos contradiciendo lo señalado en el informe No. 0094-2017-JFI-GSF-OSITRAN, principalmente bajo los siguientes argumentos:

- La entidad parte de un error, puesto que tiene como principal premisa que la empresa concesionaria efectivamente ha cometido la infracción, pero solo teniendo como base un previo análisis que ha realizado sobre la responsabilidad objetiva, lo cual no es correcto, debido a que la entidad para sancionar la conducta del infractor debe realizar un análisis observando dos (02) principios, que son el de tipicidad y el de culpabilidad, habiéndose realizado un análisis simplista del principio de culpabilidad.
- La entidad no ha cumplido con acreditar que la empresa concesionaria haya incumplido con la obligación de remitir la información conforme a lo estipulado en el Contrato de Concesión, dado que es necesario que se cumpla la concurrencia, tanto de la omisión de forma como de la oportunidad para que se configure la comisión de la infracción, limitándose solo, la entidad, a analizar lo concerniente a la forma de registro de la información.
- La entidad no tiene noción de lo que es la oportunidad puesto que está incluyendo su análisis como si fuese parte de la forma en que se debe de presentar los reportes de movimientos de trenes, sin tener en cuenta que la oportunidad hace referencia al momento en que se debió de entregar dicha información.
- Señala que, la empresa concesionaria estuvo en cuestionamiento con el Concedente sobre la naturaleza de la obligación que se le pretende imputar; por tanto, hubo intención de la empresa concesionaria de llegar a un acuerdo sobre la mejor forma de cumplir con dicha obligación. Así pues, no se ha efectuado un análisis riguroso del principio de culpabilidad, a efectos de probar la conciencia y voluntad o la falta de diligencia de un administrado para la comisión de una infracción.
- No se ha realizado un análisis adecuado de las causales de eximentes y atenuantes de responsabilidad administrativa, toda vez que sí se generó una causal de eximente de responsabilidad, debido a que ha existido un error inducido por la administración, dado que el MTC mediante las distintas comunicaciones y coordinaciones, indujo a error a la empresa concesionaria, puesto que no se había definido la forma de implementar el software de registro.

SEGUNDA RESOLUCIÓN DE GERENCIA DE SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN.

Mediante Resolución No. 0124-2017-GSF-OSITRAN de fecha 21 de diciembre de 2017 la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del Ositran resolvió atribuir responsabilidad administrativa a la empresa GF y sancionarla con una multa equivalente a 430 UIT, principalmente bajo los siguientes fundamentos:

- Se ha probado, tanto en la primera como en la segunda instancia, que GF ha incumplido con remitir el reporte de movimiento de trenes automatizado mediante el software ligado al PCO de acuerdo con lo establecido en el Cláusula 8.7 y el numeral 1.2.7 del Anexo 7 del Contrato de Concesión, lo que configuró la infracción establecida en el artículo 39 del RIS.
- Se ha demostrado la culpabilidad de la empresa al haber incumplido con la obligación prevista en el Contrato de Concesión en lo referido a la producción diaria de un reporte (malla horaria), donde se registre el movimiento de los trenes por estación en tiempo real y km recorridos, el cual deberá ser automatizado vía software ligado al Puesto Central de Operaciones, incumplimiento presentado desde el inicio de la explotación de la concesión (09 de enero de 2012) y no ha cesado hasta la emisión del oficio N° 0088-2016-JFI-GSF-OSITRAN (01 junio de 2016)
- No se ha configurado ningún supuesto de eximente ni atenuante de responsabilidad administrativa.

SEGUNDA APELACIÓN

Mediante escrito de fecha 17 de enero de 2018, la empresa GF presentó su recurso de apelación en contra de la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización No. 0124-2017-GSF-OSITRAN, principalmente bajo los siguientes argumentos:

- Señaló que la primera instancia cometió el error de considerar que la Gerencia General ordenaba solo resolver lo correspondiente al principio de culpabilidad y los supuestos de eximente y atenuación de las sanciones, toda vez que este en

realidad había ordenado pronunciarse sobre todos los extremos del caso en concreto.

- El hecho de que los reportes no se hayan realizado mediante el soporte automático a través del software, no implica que haya sido de responsabilidad de la empresa, toda vez que la concedente no entregó un sistema que permitiera automatizar esa información, es decir, el sistema (Control de tráfico Centralizado - CTC) entregado por el Concedente no era idóneo para los fines de la concesión.
- La entidad no ha negado que la empresa ha cumplido con la obligación de remitir información sobre el número de trenes por estación y los kilómetros recorridos por cada uno en la oportunidad establecida en el Contrato de Concesión, por lo que no se habría configurado el tipo infractor dispuesto en el artículo 39 del RIS al configurarse solo un incumplimiento de las condiciones en la elaboración del reporte de la malla horaria (la forma).
- No se ha realizado un análisis adecuado del principio de culpabilidad, puesto que, si bien es correcto que para evaluar la culpabilidad de la empresa concesionaria debe medirse su nivel de diligencia exigible, dicha exigencia constituye un concepto cuyo contenido debe dotarlo no el Regulador, sino el Contrato de Concesión.
- La entidad no ha cumplido con realizar un análisis adecuado de las causales eximentes y atenuantes de responsabilidad administrativa, limitándose única y exclusivamente a un análisis mecánico, sin tomar en cuenta realmente los criterios eximentes de la LPAG. Esto debido a que la empresa concesionaria señala que hay una indeterminación en el Contrato de Concesión respecto de quién es el responsable de implementar el software de sistematización de información, y que incluso existe una comunicación del Concedente en que éste emitió un informe recomendando la contratación de dicho software, que lo indujo a mantenerse expectante al acuerdo que pudiera llegar con el MTC.

SEGUNDA RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Mediante Resolución No. 033-2018-GG-OSITRAN de fecha 26 de febrero de 2018 la Gerencia General del Ositran resolvió declarar fundado en parte el recurso de apelación

interpuesto por la empresa GF y modificar la multa impuesta de 430 UIT a 260.15 UIT, principalmente bajo los siguientes fundamentos:

- Señaló que no es posible volver a realizar un análisis de los puntos que no han sido objeto de la revocación indicados en la primera Resolución de Gerencia General (Se revocó la Resolución N° 022-2017-GSF-OSITRAN a fin de que la primera instancia reevalúe sólo el principio de culpabilidad y los eximentes y atenuantes de responsabilidad administrativa), toda vez que dicha instancia ya se ha pronunciado al respecto, de manera que no cabe la posibilidad de volver a emitir un nuevo pronunciamiento puesto que han quedado firmes (como por ejemplo sobre el principio de tipicidad), conforme al numeral 3 del artículo 215 del TUO Ley del Procedimiento Administrativo General.
- La primera instancia sí realizó el análisis correspondiente al principio de culpabilidad, sustentado su análisis en los documentos que obran en el expediente; asimismo, respecto a lo considerado por GF de que el nivel de diligencia se determina mediante el Contrato de Concesión y no por parte de la entidad, ello es incorrecto debido a que el principio de culpabilidad sí es un aspecto que puede ser revisado por la Gerencia General, para lo cual se deberá tener en cuenta las disposiciones que sobre el particular se encuentran previstas en el actual TUO LPAG. Se señaló que el deber de diligencia implica todas las acciones que debe de llevar a cabo a fin de que se pueda cumplir la obligación a la que está sujeta, las cuales no fueron realizadas por la empresa concesionaria incumpliendo con su obligación contractual; sin embargo, el periodo comprendido entre el 17 de enero de 2013⁵ al 02 de abril de 2014⁶ no le era exigible a GF algún actuar diligente, lo cual será considerado al momento de determinar la multa.
- Con respecto a que el CTC entregado por el Concedente no permitía efectuar el reporte (malla horario) en los términos establecidos en el Contrato de Concesión, se apuntó que, no era atendible dicho argumento debido a que ya había sido evaluado por la segunda instancia, habiéndose indicado que, si bien el Concedente hizo entrega al Concesionario del producto EbisScreen 2000 de Bombardier adaptado a la línea 1 del Metro de Lima, conforme a las Especificaciones Técnicas

⁵ Fecha en la cual el MTC recomendó la implementación del software vía inversión adicional.

⁶ Fecha en la que el MTC denegó la implementación del software vía inversión adicional.

Básicas, el Concedente había indicado de manera expresa que dicho sistema sería de gran ayuda para elaborar los reportes diarios de operación más no señaló que con dicha entrega cumpliría con los requerimientos funcionales previstos en el Contrato de Concesión, aspecto que de sumo era conocible por la empresa concesionaria desde el momento incluso del proceso de Licitación.

- Con respecto a los supuestos de eximentes y atenuantes de responsabilidad administrativa, no se ha producido un error inducido por la administración, toda vez que si bien existió una acción del Concedente que abordaba el tema de la inversión Adicional, ello ocurrió luego de más de un año de suscrito el Contrato de Concesión, ya habiéndose configurado el incumplimiento contractual, versando dicho pronunciamiento del Concedente sobre la manera en cómo llevar a cabo una inversión, más no sobre el carácter exigible de la obligación prevista en la cláusula 8.7 y numeral 1.2.7 del Anexo 7 del Contrato de Concesión.
- En cuanto al análisis del Principio de Razonabilidad, considerando que no le era exigible un actuar diligente al Concesionario en el periodo del 17 de enero de 2013 al 02 de abril de 2014, se omitió dicho periodo en el cálculo de la multa, siendo que el resultado de la multa base es de 144.53 UIT, la misma que multiplicada por el factor F (1.80) equivale a 260.15 UIT.

II. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE.

1. ¿El error en la subsunción de una infracción afecta el principio de tipicidad?

IDENTIFICACIÓN

En el presente caso GF (en adelante “la empresa concesionaria”) dentro de los principales argumentos que ha señalado en su defensa refiere que la entidad ha realizado una inadecuada subsunción del tipo infractor debido a que la infracción consiste en un incumplimiento tanto en la forma como en la oportunidad de entregar la información, siendo este último punto el que no ha sido cuestionado por la entidad en sus resoluciones, por lo que, de acuerdo con su análisis, la empresa señala que se ha venido vulnerando el principio de tipicidad.

ANÁLISIS

La emisión del acto administrativo no debe contrariar al Ordenamiento Jurídico, en específico a los principios del procedimiento común y del sancionador, para ello debe tenerse en cuenta qué es el acto administrativo, así en doctrina nacional se refiere lo siguiente:

Se define doctrinariamente como Acto Administrativo a la decisión general o especial que, en ejercicio de la función administrativa, toma en forma unilateral la autoridad administrativa, y que afecta a derechos, deberes e intereses de particulares o de entidades públicas, de acuerdo con la Ley del Procedimiento Administrativo General. Son actos administrativos, entonces, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta. (Guzmán, 2103, p. 317-318)

Ahora bien, en torno a la concepción que se tiene del principio de tipicidad, esto implicará una revisión desde la doctrina penal, quién es la que ha venido desarrollando la definición y alcances del principio de tipicidad.

En este caso, resulta importante a fin de verificar si es que la empresa concesionaria ha realizado un adecuado planteamiento de la problemática y del error en el que habría incurrido la entidad al momento de tomar su decisión.

En cuanto al principio de tipicidad la doctrina refiere:

De lo expresado hasta este momento, podemos apreciar lo esencial e importante que resulta el principio de tipicidad en materia administrativo- sancionadora, lo cual ha valido no sólo su reconocimiento legal en la actual LPAG (incluyendo la modificación del decreto Legislativo No. 1029 antes citado), sino también la aceptación que la existencia y aplicación del principio de tipicidad no se deriva de dicho reconocimiento legal sino directamente de la Constitución Política de nuestro país, en tanto es una de las garantías inherentes al derecho al de- bido

procedimiento que debe seguirse en materia sancionadora. (González, 2015, p. 367)

2. ¿Cuál es el sentido del principio de culpabilidad?

IDENTIFICACIÓN

Esta problemática es del tipo teórico, puesto que uno de los principales problemas jurídicos está relacionado con la aplicabilidad del principio de culpabilidad recogido expresamente en la vigente Ley de Procedimiento Administrativo General (luego de la modificatoria del Decreto Legislativo No. 1272).

Así la empresa concesionaria señala que no se ha efectuado un análisis riguroso del principio de culpabilidad, a efectos de probar la conciencia y voluntad o la falta de diligencia de un administrado para la comisión de una infracción. Además, no se ha realizado un análisis adecuado del principio de culpabilidad, puesto que, si bien es correcto que para evaluar la culpabilidad de la empresa concesionaria debe medirse su nivel de diligencia exigible, dicha exigencia constituye un concepto cuyo contenido debe enmarcarse en función a las obligaciones del Contrato de Concesión.

Ahora bien, la empresa concesionaria alegó que se vulneró el principio de culpabilidad en razón a que no se analizó adecuadamente su diligencia; puesto que, hubieron comunicaciones con el concedente respecto de la adquisición y/o implementación del software, lo cual denotaría que sí fue diligente.

ANÁLISIS

El desarrollo de este problema identificado debe de tener en cuenta el concepto de culpabilidad que ha venido desarrollando la doctrina, y también implicaría desarrollar los tipos de culpabilidad que ha tomado en cuenta nuestra norma a partir de la reforma del año 2016, toda vez que antes de ello no se encontraba establecido el principio de culpabilidad como uno de los principios que rigen al procedimiento administrativo sancionador en la Ley de Procedimiento Administrativo General.

El desarrollo de los tipos de culpabilidad de manera rigurosa nos permitirá tener claro en cuál de estos nos encontramos y cuál de las posiciones asumidas correspondía en el presente procedimiento.

Si bien este punto resulta ser teórico, es de vital importancia a fin de poder realizar una opinión crítica de la forma en cómo se están desarrollando los conceptos por parte de las autoridades administrativas, a fin de poder obtener mayores argumentos para poder observar estas decisiones.

Sobre el principio de culpabilidad Víctor Baca (2019) refiere:

En primer lugar, en el caso de las sanciones de mera inobservancia, es cierto que la elevación de los estándares de diligencia exigibles en este caso, de modo que el mero incumplimiento de una norma permite entender que se ha cometido la infracción y presumir la negligencia, hace en ocasiones difícil diferenciar estos supuestos de aquellos en donde se predica una responsabilidad objetiva. Sin embargo, más allá de que sea posible aún en estos casos defender el alcance del principio de culpabilidad, lo más importante es delimitar adecuadamente el ámbito donde es posible tipificar infracciones de esta manera. En este sentido, lo que proponemos es que el uso de esta forma de tipificación no sea la regla sino la excepción, y deba justificarse en la naturaleza de los bienes protegidos en estos casos, que se podrían ver afectados por las infracciones de riesgo estadístico. (p. 339)

III. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS.

A. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

1. ¿El error en la subsunción de una infracción afecta el principio de tipicidad?

El principio de tipicidad es uno de los principios más importantes dentro del ordenamiento jurídico, en cuanto a las disposiciones que la ley tiene para poder controlar el ejercicio del poder punitivo del Estado. Así este es uno de los pilares más

importantes del ordenamiento jurídico, ya que es el principio que circunscribe el ámbito de lo que debe ser sancionado por el Estado de acuerdo al inciso 4 del artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444.

Este principio es entendido como la restricción legal de la facultad sancionadora que establece que toda aquella conducta que pretenda sancionar deberá de estar previamente establecida y descrita en una norma legal. “El principio de tipicidad exige como primer requisito que la infracción y la sanción estén específicamente señaladas en una norma” (Cobo, 2008, pág. 29). Este principio se encuentra recogido a nivel constitucional en el artículo 2 inc. 24. literal a) de nuestra Constitución Política, la cual señala lo siguiente:

“a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.”

Mediante esta disposición se establece una principal limitación con respecto al ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, limitando a que sea la ley quién se encargue de establecer cuáles son las conductas reprochables por la sociedad y que deberán de ser pasibles de sanción.

Este principio guarda una íntima relación con el principio de legalidad, ya que la tipicidad implica en un primer momento que las sanciones e infracciones estén determinadas por la ley. De acuerdo con la doctrina (Nieto, 2002), este principio se desenvuelve en una vertiente formal y otro material. En cuanto al primero se refiere a una exigencia de reserva legal mientras que en la segunda se entiende como un mandato de tipificación legal. Es en este último en el que se encuentra desarrollado el concepto de tipicidad tal como lo hemos venido desarrollando.

En esta misma línea el Tribunal Constitucional (Exp. N.º 2192-2004-AA/TC-Fundamento Jurídico N.º 5), ha revalidado esta idea de un principio de tipicidad que deviene del desarrollo del principio de legalidad, al señalar lo siguiente:

El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen

al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo, bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.

De esta manera, podemos concluir que el principio de tipicidad es un mandato directo de la ley hacia la autoridad administrativa, en la cual solo constituirá conducta sancionable cuando la primera (conducta) esté tipificado como infracción previa a la realización de la misma. La tipificación debe estar determinada de manera precisa y concreta, evitando vaguedades que no permitan una calificación de las infracciones al momento de evaluar un caso en concreto.

De tenerse en cuenta, que el error en la calificación de una conducta como infracción implica una afectación al principio de tipicidad, puesto que la calificación (subsunción) de una conducta como infracción es una actividad que comprende la tipicidad para atribuir responsabilidad.

En el caso concreto, queda claro que la conducta realizada por el concesionario fue no cumplir con realizar la producción diaria de un reporte (malla horaria) mediante software automatizado ligado al puesto central de operaciones, lo que implica una falta a una obligación del contrato de concesión y a su vez una infracción prevista en el artículo 39 del RIS.

Además, si bien el concesionario señaló que para que su conducta sea infracción debió incumplirse conjuntamente las obligaciones de forma y de entrega oportuna de la información, lo cierto es que el RIS no ha previsto dichas conductas como constitutivas de una sola infracción, por lo que carece de asidero lo afirmado por el concesionario. A manera de ejemplo; si ello fuera posible, el concesionario cumpliría solo con tener la forma (el software automatizado) y nunca enviar oportunamente la información, en dicho caso tampoco sería pasible de sanción. Por lo que interpretar de manera única las obligaciones de forma y de entrega oportuna de la información dejaría sin contenido a cada una de las obligaciones.

Por tanto, la Administración Pública al determinar la responsabilidad administrativa sobre la conducta infractora referida a no cumplir con realizar la producción diaria de un reporte (malla horaria) mediante software automatizado ligado al puesto central de operaciones, no ha vulnerado el principio de tipicidad.

2. ¿Cuál es el sentido del principio de culpabilidad?

Algo que venimos reiterando desde el principio de este informe es que uno de los temas medulares que se han discutido en el presente procedimiento, gira en torno al sentido del principio de culpabilidad, el cual ha tenido dos interpretaciones irreconciliables. Por un lado, se ha considerado que la culpabilidad implica la intencionalidad del administrado, mientras que, por otro lado, se ha indicado que la culpabilidad tiene que ver con el nivel de diligencia debida que debe de procurar realizar la empresa.

El principio de culpabilidad es una de las innovaciones que nos ha traído la reforma del procedimiento administrativo general en el año 2016, en el que se incluyó el inciso 10 del artículo 246 del T.U.O. de la Ley No. 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, en el que se señaló lo siguiente:

Culpabilidad. - La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva.

Con respecto a la culpabilidad, la doctrina⁷ tanto administrativa como penal ha venido desarrollándola en relación con diversos conceptos como responsabilidad, reprochabilidad, como elemento parte de una infracción o delito, etc.

Para la doctrina penal, la culpabilidad es entendida como la reprochabilidad que se tiene en contra de una conducta, y que esta literalmente relacionada con la inocencia de una persona. La culpabilidad penal requiere de tres elementos fundamentales: La

⁷ Sobre este punto Morón (2018) señala que el concepto de culpabilidad es un concepto con múltiples significaciones dentro del ámbito en el que se desenvuelve, delimitando al principio de culpabilidad como un límite dirigido a la administración, en cuanto al ejercicio del poder punitivo del Estado se trate.

imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad (que implica al error de tipo y al error de prohibición) y a la exigencia del comportamiento (Villa Stein, 2008).

Sin embargo, la norma nacional en materia administrativa, lejos de asumir una uniformidad conceptual en los elementos jurídicos que componen a nuestro ordenamiento, ha decidido optar por una definición distinta a la mencionada por la doctrina penal, y ha entendido a la culpabilidad como uno de los elementos subjetivos del tipo (que en la doctrina penal se denomina tipicidad subjetiva) ya que ha considerado que la responsabilidad administrativa va a ser imputada teniendo en cuenta si se ha actuado o no con intencionalidad (dolo o culpa).

De acuerdo con ello, el inciso 10 del artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444 ha entendido que la culpabilidad puede ser a título de responsabilidad subjetiva como regla general y excepcionalmente objetiva cuando se establezca por Ley o Decreto Legislativo, para lo cual pasaremos a explicar cada uno de ellos.

La responsabilidad objetiva, implica que la responsabilidad administrativa de los administrados no dependerá de la existencia de intencionalidad o de la negligencia, sino que esta se determinará con el solo hecho de haberse cometido la conducta infractora.

En cuanto a la responsabilidad subjetiva, no basta que se haya realizado la conducta que corresponda al tipo infractor sino que además debe analizarse la intencionalidad o imprudencia de la conducta y solo cuando concurren conjuntamente dichos elementos se atribuirá responsabilidad administrativa.

En el presente caso, se ha podido apreciar que la autoridad administrativa ha resuelto de manera correcta puesto que ha desarrollado a la culpabilidad desde el enfoque que le ha dado la norma, entendiéndola como un elemento subjetivo del tipo infractor, en el que se tiene que evaluar la existencia de dolo o de culpa, siendo que en el caso concreto, la autoridad administrativa ha considerado que en el presente caso, se ha cometido la infracción mediante culpa, ya que consideró que la infracción se ha realizado incumpliendo las respectivas diligencias que exigía su obligación,

evidenciando que en ningún momento se ha intentado evitar el incumplimiento por parte de GF.

Debe agregarse que GF no aportó medios probatorios suficientes para acreditar la diligencia de su conducta, ya que si bien ofrece como medio probatorio las comunicaciones con el concedente (MTC) para la adquisición del software, lo cierto es que la Entidad reguladora le informó desde el año 2012 mediante Oficio 4025-2012-GS- OSITRAN (repcionado el 28 de septiembre de 2012) que no estaba cumpliendo con su obligación de remitir el reporte mediante un software; cabe recordar que dicha obligación de efectuar el reporte mediante software automatizado se tenía claro desde la celebración del contrato de concesión.

Incluso dicho comportamiento de no efectuar el reporte mediante software automatizado se mantuvo hasta la fecha de la imputación de cargos, lo que deja en evidencia la falta de diligencia de parte de la empresa concesionaria.

Por lo tanto, la Administración Pública al imputar responsabilidad administrativa sobre la conducta infractora referida a no cumplir con realizar la producción diaria de un reporte (malla horaria) mediante software automatizado ligado al puesto central de operaciones, no ha vulnerado el principio de culpabilidad.

B. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS

Mediante el Oficio No. 0088-2016-JFI-GSF-OSITRAN, de fecha 01 de junio de 2016, el Organismo de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público inició el procedimiento administrativo sancionador en contra de la empresa GF en materia de incumplimiento al Contrato de Concesión.

La entidad señaló en el mencionado oficio que la empresa no ha cumplido con realizar la producción diaria de un reporte (malla horaria) automatizado vía software ligado al puesto central de operaciones.

La empresa concesionaria señaló que se ha incurrido en un error de tipificación, toda vez que esta infracción ha sido tipificada como una conducta que depende del

cumplimiento tanto de la forma como de la oportunidad en la entrega de la información en cuestión, siendo que en cuanto a la oportunidad de la entrega de la información, se está haciendo una calificación equivocada de la conducta descrita, teniendo en cuenta que en cuanto a la forma de entrega, esta ha sido gestionada por la empresa concesionaria, sin ser esta su obligación, dado que la contratación del software es una obligación de la concedente.

Siendo así, en el presente caso se remitió la resolución administrativa de primera instancia que confirmaba la existencia de la infracción, remitiéndose a lo señalado por la entidad en la resolución de imputación de cargos.

Dicha resolución fue apelada por la empresa, en la que se consideró que esta no ha cumplido con una debida motivación, se ha afectado el principio de tipicidad, no se ha pronunciado con respecto al principio de culpabilidad de la empresa, toda vez que el supuesto incumplimiento no ha sido realizado con intencionalidad, ni mucho menos e ha analizado las causales eximentes y de atenuación de las sanciones.

En calidad de segunda instancia la Gerencia General del Ositran, emitió su resolución revocando en parte la resolución de primera instancia, ordenando que realice un análisis del principio de culpabilidad en el presente caso, así como los supuestos de eximente y de atenuación de la sanción, situación que hizo que se remitan los actuados a la primera instancia a fin de que se pueda emitir un nuevo pronunciamiento sobre dichos aspectos.

De acuerdo con ello, se emitió una nueva resolución de primera instancia, en la que consideró que se ha incurrido en culpabilidad por parte de la empresa, puesto que se ha podido apreciar que esta ha actuado sin tener en consideración las debidas diligencias que debió tomar a fin de evitar cometer la infracción imputada, así como también se señaló que no se ha incurrido en algún supuesto de eximente o de atenuación de las sanciones.

Esta nueva resolución fue objeto de apelación por parte de la empresa concesionaria, debido a que esta ha considerado que se ha vuelto a incurrir en una falta de motivación, y que no se han tomado en cuenta aspectos relativos a la tipicidad, ya que se parte de

la premisa que la empresa ha cometido el hecho infractor, algo que debió ser objeto de pronunciamiento, así como también señala que se debió de analizar adecuadamente la culpabilidad de la empresa, y que esta si se encuentra en un supuesto de atenuante o de eximente puesto que esta ha actuado creyendo que era su obligación la de realizar la contratación del software.

Siendo así, se emitió una segunda resolución de segunda instancia en la que se señaló que al haberse declarado fundada en parte la primera apelación, la cual giró en torno al principio de culpabilidad y a los supuestos de eximente o de atenuación de la sanción, el nuevo pronunciamiento solo debió girar alrededor de estos puntos, lo cual fue cumplido a cabalidad en esta nueva resolución. Así mismo, señaló que la resolución impugnada no ha incurrido en error al evaluar la culpabilidad, debido a que esta no solo abarca a la intencionalidad sino también a la imprudencia que este ha cometido al no haber actuado con el nivel de diligencia requerido. Y con respecto a los supuestos de eximentes y atenuantes de responsabilidad administrativa, indicó que no se ha producido un error inducido por la administración, toda vez que si bien existió una acción del Concedente que abordaba el tema de la inversión Adicional, ello ocurrió luego de más de un año de suscrito el Contrato de Concesión, ya habiéndose configurado el incumplimiento contractual.

En base a lo anteriormente expuesto, para resolver la presente causa, corresponde determinar lo siguiente:

- (i) Si la imputación de las faltas ha sido debidamente realizada o es que realmente la conducta realizada no califica como una infracción.
- (ii) Si la entidad ha realizado la calificación de la infracción teniendo en cuenta al principio de culpabilidad.

Al respecto debe considerarse lo siguiente:

1. La empresa alegó que la entidad no ha realizado una subsunción adecuada de la conducta de GF a lo dispuesto en el artículo 39 del RIS, toda vez que esta sí ha cumplido adecuadamente con la obligación y que la responsabilidad respecto a la contratación del software recae en el Concedente y no en la empresa

concesionaria. Asimismo, que no se ha cumplido con evaluar la culpabilidad de la empresa, ni mucho menos con evaluar si la empresa concesionaria se encuentra en un supuesto de eximente o de atenuación de la sanción.

2. El Ositran tanto en primera instancia como en segunda instancia (en las veces que les ha correspondido emitir decisión) han venido recalcando que la oportunidad y la automatización vía software del registro del registro (la forma) son obligaciones distintas y que por ende el solo incumplimiento de la forma genera de por sí una presunta conducta infractora por parte de la empresa concesionaria con respecto a su obligación contractual. Así pues, el problema dentro del presente procedimiento terminó por tener como controversia la aplicación de los principios de tipicidad y culpabilidad, los cuales se han podido verificar que no se vulneraron; debido a que la empresa concesionaria no actuó con el nivel de diligencia con el que tenía que actuar para desvincularse de incumplimiento imputado (culpabilidad) y la conducta realizada sí constituye infracción (tipicidad). Así pues, también se ha advertido que la empresa concesionaria no ha incurrido en ningún supuesto de eximente o de atenuación de las sanciones, debido a que no se ha incurrido en un error inducido por la administración como esta alegaba.
3. Nos encontramos de acuerdo con lo señalado por la entidad en sus resoluciones puesto que se ha realizado un análisis adecuado de los elementos del tipo infractor, considerando que se trata de una sola situación que depende exclusivamente del cumplimiento de la obligación establecida en el Contrato de Concesión, subordinando a la oportunidad al cumplimiento de la sistematización de la remisión del registro de movimiento de los trenes de manera automática a través de un software ligado al PCO.
4. La empresa concesionaria ha realizado un análisis incompleto y superficial del caso, debido a que ha optado por cuestionar la decisión de la autoridad en base a cuestiones netamente procedimentales y formales, y solo alegando su inocencia a través de una afectación del principio de tipicidad, la cual como hemos señalado, no ha ocurrido.

5. Siendo así, coincido con en el razonamiento de la primera Resolución de Gerencia General del Ositran en el extremo que consideró que no hubo vulneración al principio de tipicidad, así como el reenvío a primera instancia para efectos de nuevo pronunciamiento sobre las eximentes y atenuantes de la responsabilidad además de la aplicación del principio de culpabilidad al caso concreto.
6. En cuanto a la segunda Resolución de Gerencia General del Ositran me encuentro de acuerdo en el extremo que consideró la no vulneración del principio de culpabilidad, mas no en el extremo de la atenuación de la sanción puesto que si se acredita una diligencia en un periodo (en aplicación del principio de culpabilidad) no corresponde atribuir responsabilidad administrativa y en consecuencia sancionar en dicho periodo y en efecto no podría existir atenuación donde no hay sanción.

Así en el caso, se la referida Resolución incurre en contradicción al señalar que en el periodo del 17 de enero de 2013 al 02 de abril de 2014 no ha sido negligente, hecho que constituiría una falta de responsabilidad subjetiva y por ende la no responsabilidad administrativa lo que constituiría no sancionar por dicho periodo y no correspondería al atenuar la sanción por dicho periodo. Lo que en el caso concreto sucedió no es atenuar la sanción, sino no sancionar por dicho periodo.

No encontrándome de acuerdo con la atenuación puesto que la obligación de realizar la producción diaria de un reporte (malla horaria) mediante software automatizado ligado al puesto central de operaciones, ya existía desde la celebración del contrato de concesión de manera clara y certera, más aún cuando la propia Administración ha indicado que el pronunciamiento del concedente versa sobre la forma de cómo llevar a cabo una inversión más no del carácter exigible de dicha obligación.

IV. CONCLUSIONES

- El principio de tipicidad es un principio de control y límite de la potestad sancionadora del Estado, mediante el cual se establece la obligación de fijar mediante norma legal todas aquellas conductas entendidas como infracciones, por lo que la autoridad administrativa deberá de imputar.
- El principio de culpabilidad administrativa hace referencia a los elementos subjetivos del tipo infractor se mide en función a la intencionalidad como a la negligencia o imprudencia de los administrados.
- Me encuentro de acuerdo con la primera Resolución de Gerencia General del Ositran, así como las de primera instancia; puesto que, en primer lugar, todas se encuentran dentro de la misma línea argumentativa, y que en ambos casos se ha realizado un análisis adecuado de la controversia, identificando las consideraciones antes expuestas, dentro de la problemática del presente caso.
- No me encuentro de acuerdo parcialmente con la segunda Resolución de Gerencia General del Ositran en el extremo que consideró atenuar la sanción por la infracción referida a la obligación de realizar la producción diaria de un reporte (malla horaria) mediante software automatizado ligado al puesto central de operaciones, en la medida que dicha obligación era clara desde la celebración del contrato de concesión.
- Sí me encuentro de acuerdo con la segunda Resolución de Gerencia General del Ositran en el extremo que consideró que no se vulneró el principio de culpabilidad.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Baca, V. (2019). El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano. *Revista Digital de Derecho Administrativo*. (21) 313-344.
- Cobo, T. (2008). *El procedimiento administrativo sancionador tipo*. Bosch.
- Gonzáles, D. (2015). El principio de tipicidad y la cláusula de efecto equivalente en la legislación de libre competencia. *Revista Círculo de Derecho Administrativo*. 365-371.
- Guzmán Napurí, C. (2013). *Manual del Procedimiento Administrativo General*. Pacífico Editores.
- Morón, J. (2018). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica.
- Nieto, A. (2002). *Derecho administrativo sancionador* (3 ed.). Tecnos.
- Villa Stein, J. (2008). *Derecho Penal. Parte General* (1 ed.). Grijley.



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

OSITRAN

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público

000530

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Lima, 26 de febrero de 2018

N° 033-2018-GG-OSITRAN

VISTOS:

El Recurso de Apelación interpuesto por [REDACTED], en contra de la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0124-2017-GSF-OSITRAN; el Informe N° 020-18-JAJRA-GAJ-OSITRAN de fecha 23 de febrero de 2018, emitido por la Gerencia de Asesoría Jurídica; Memorando N° 045-18-GRE-OSITRAN, emitido por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 11 de abril de 2011, se suscribió el Contrato de Concesión para el Diseño, Financiamiento y, Construcción, del Taller de Material Rodante para las Reparaciones Mayores de los Trenes Nuevos y Existentes (incluye las vías de acceso al mismo), ubicado en el segundo nivel del Patio Taller situado en Villa El Salvador; Provisión de Material Rodante Adquirido; y Explotación del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, Línea 1, Villa El Salvador – Grau – San Juan de Lurigancho, entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, Concedente) y [REDACTED] (Concesionario);

Que, la Resolución de Supervisión y Fiscalización N° 0124-2017-GSF-OSITRAN, sustentada en los Informes N° 0094-2017-JFI-GSF-OSITRAN y N° 0146-2017-JFI-GSF-OSITRAN, notificados al Concesionario el 22 de diciembre de 2017 a través del Oficio N° 9886-2017-GSF-OSITRAN, se resolvió lo siguiente:

"SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar que habiendo evaluado el principio de culpabilidad, corresponde atribuir responsabilidad a la empresa [REDACTED], al haber incumplido con la obligación prevista en la cláusula 8.7, así como en el numeral 1.2.7 del Anexo 7 del Contrato de Concesión en lo referido a la producción diaria de un reporte (malla horario), donde se registre el movimiento de los trenes por estación en tiempo real y km recorridos, el cual deberá ser automatizado vía software ligado al puesto central de operaciones (PCO), incumplimiento presentado desde el inicio de la explotación (09 de enero de 2012) y que no ha cesado hasta la fecha de elaboración del Oficio N° 0088-2016-JFI-GSF-OSITRAN (01 de junio de 2016), conducta infractora que se ajusta a lo previsto en el artículo 39° del RIS.

Artículo 2.- Declarar que no se ha configurado algún eximente o atenuante de responsabilidad; por lo cual, se confirma la existencia de la infracción tipificada en el artículo 39° del RIS.

Artículo 3.- Imponer a la empresa concesionaria [REDACTED], a título de sanción, una multa equivalente a 430 UIT, conforme se advierte en el informe N° 0029-2017-JFI-GSF-OSITRAN; (...)"

Que, el 17 de enero de 2018, el Concesionario interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 0124-2017-GSF-OSITRAN

Que, luego del análisis efectuado, la Gerencia de Asesoría Jurídica mediante el Informe N° 020-18-JAJRA-GAJ-OSITRAN, recomendó declarar fundado en parte el Recurso de Apelación presentado por el Concesionario, conforme a lo siguiente:

La Resolución de Gerencia General N° 083-2017-GG-OSITRAN al ordenar la reevaluación de los Principios de Culpabilidad; y, de todas y cada una de las condiciones eximentes y atenuantes de responsabilidad administrativa en los términos establecidos en el actual TUO

OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO



OSITRAN Documento Auténtico
Oscar Ubillus Rivas
Fecha 26 FEB 2018



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

día siguiente de notificada la presente Resolución, conforme a lo establecido en los artículos 74 y 75 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN y sus modificatorias.

Artículo 3.- Notificar la presente Resolución, el Informe N° 020-18-JAJRA-GAJ-OSITRAN; así como, Memorando N° 045-18-GRE-GSF-OSITRAN, a [REDACTED]; asimismo, poner tales documentos en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente y, de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, para los fines correspondientes de acuerdo a ley.

Artículo 4.- Dar por agotada la vía administrativa respecto de lo resuelto en el artículo 1 de la presente resolución.

Regístrese y comuníquese,

JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO
Gerente General

Reg. Sal. 7408-18



OSITRAN
Documento Autenticado

Oscar Ubillús Ramirez
FEDATARIO
Reg. N° 098 Facto 01/05/2018

