

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

Organismo Supervisor de la
Inversión en Infraestructura de
Transporte de Uso Público**RESOLUCION DE GERENCIA GENERAL**

Lima, 26 de febrero de 2016

N° 019-2016-GG-OSITRAN

VISTOS:

El Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 083-2015-GSF-OSITRAN, presentado por la empresa Concesionaria DP World Callao S.R.L.; el Informe N° 018-16-GAJ-OSITRAN de fecha 25 de febrero de 2016, de la Gerencia de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 24 de julio de 2006, se suscribió entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la empresa Concesionaria DP World Callao S.R.L. (en adelante, el Concesionario), el Contrato de Concesión para el diseño, construcción, financiamiento, conservación y explotación del Nuevo Terminal de Contenedores - Zona Sur del Terminal Portuario del Callao (en adelante, el Contrato de Concesión);

Que, de conformidad con el artículo 5 de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, es objetivo de este Organismo Regulador, entre otros, velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Contratos de Concesión vinculados a la Infraestructura Pública Nacional de Transporte;

Que, el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, establece que los Organismos Reguladores ejercen las funciones: Supervisora, Reguladora, Normativa, Fiscalizadora y Sancionadora, de Solución de Controversias y Solución de Reclamos de Usuarios;

Que, mediante el Informe N° 0163-2015-JCP-GSF-OSITRAN, de fecha 11 de setiembre de 2015, la Jefatura de Contratos Portuarios señaló que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5° del Reglamento de Aporte por Regulación, la fecha para el pago del aporte correspondiente al período diciembre 2012, habría vencido el 21 de enero de 2013, fecha en la que el Concesionario debía pagar el IGV, de acuerdo al cronograma dictado por la SUNAT, sin embargo, este efectuó el pago total del Aporte por Regulación el 06 de marzo de 2013, es decir, con cuarenta y cuatro (44) días de atraso;

Que, mediante Oficio N° 051-2015-JFI-GSF-OSITRAN, notificado el 10 de noviembre de 2015, la Jefatura de Fiscalización comunicó al Concesionario el presunto incumplimiento de la obligación a su cargo, detallado en la cláusula 14.14 del Contrato de Concesión, dándose inicio, de esta manera, al presente Procedimiento Administrativo Sancionador en aplicación del artículo 66.3 del artículo 66° del Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSITRAN (en adelante, RIS);

Que, con fecha 24 de noviembre de 2015, el Concesionario presentó sus descargos solicitando se desestime la infracción imputada mediante Oficio N° 051-2015-GSF-OSITRAN;

Que, por Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 083-2015-GSF-OSITRAN, emitida el 24 de diciembre de 2015, se resolvió, entre otros, declarar que el Concesionario



incumplió la obligación establecida en la cláusula 14.14 del Contrato de Concesión, al no haber cumplido con el pago íntegro del Aporte por Regulación correspondiente al período diciembre 2012, configurándose así la infracción tipificada en el artículo 50 del RIS, e imponer al Concesionario, a título de sanción, una multa equivalente a media (0.5) UIT, la misma que deberá ser pagada dentro del plazo establecido en el artículo 75 del RIS. La referida resolución se basó en el Informe N° 041-2015-JFI-GSF-OSITRAN, el cual forma parte integrante de ella;

Que, el 14 de enero de 2016, el Concesionario interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia de Supervisión y Fiscalización N° 083-2015-GSF-OSITRAN, argumentando lo siguiente:

- La relación jurídico tributaria que nace entre OSITRAN y las entidades reguladas con ocasión del pago del Aporte por Regulación, debe sujetarse a los procedimientos, garantías, derechos, infracciones y sanciones establecidas en el Código Tributario, y no a las establecidas por normas de rango inferior a la ley, pues éstas resultarán ilegales; por lo tanto el RIS no es aplicable cuando se trata de infracciones vinculadas al pago del Aporte por Regulación, pues dichas infracciones tienen naturaleza tributaria y, por tanto, se rigen por lo dispuesto en el Código Tributario.
- La resolución apelada no ha respetado el principio de razonabilidad regulado en el artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG), ya que no resulta proporcional imponer una sanción que excede en casi 3 000 veces el monto involucrado en la supuesta infracción.
- OSITRAN incumple con el deber de motivación al aplicar una sanción totalmente desproporcionada, ya que no expresa un sustento razonable a la sanción interpuesta, infringiendo con ello el artículo 3 de la LPAG.
- OSITRAN está obligado a no aplicar una sanción si es innecesaria por haberse cumplido la finalidad de proteger el bien jurídico tutelado. Es por ello que, antes de aplicar una sanción, la autoridad está obligada a realizar un "juicio de necesidad", también denominado de "indispensabilidad", que determinará si corresponde o no proseguir con la sanción. En tal sentido, señala que el Regulador no ha tenido en consideración el numeral 2 del artículo II del Título Preliminar de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158, que señala que la gestión de la Administración Pública se realiza optimizando la optimización de los recursos disponibles.

Que, con fecha 15 de enero de 2016, se puso en conocimiento de la Gerencia General el recurso de apelación interpuesto por el Concesionario;

Que, mediante el Informe N° 018-16-GAJ-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Jurídica recomienda que se declare fundado en parte el Recurso de Apelación, luego de concluir lo siguiente:

- En virtud de la naturaleza contractual y legal del Aporte por Regulación, y sin perjuicio de su naturaleza tributaria, no resulta contrario al Código Tributario que en el presente caso se haya aplicado al Concesionario una sanción por no haber efectuado el pago íntegro y oportuno del Aporte por Regulación, toda vez que dicha infracción, además de no encontrarse prevista en el Código Tributario, fue impuesta acorde con la normativa

vigente que atribuye a OSITRAN la facultad de tipificar y sancionar infracciones relacionadas con la falta de pago del Aporte por Regulación, o con su pago incompleto o pago extemporáneo; por lo que corresponde declarar infundado en dicho extremo el recurso de apelación presentado por el Concesionario.

- La Gerencia de Supervisión y Fiscalización, al momento de aplicar la multa, no realizó una adecuada aplicación ni motivación del principio de razonabilidad y proporcionalidad acorde con las circunstancias del caso concreto, razón por la cual este extremo del recurso debe ser declarado fundado.
- El numeral 2 del artículo 235 de la LPAG y el artículo 68 – A del RIS facultan a la primera instancia a realizar un análisis costo beneficio para determinar si procede o no a ejercer la potestad sancionadora en un caso concreto. Si bien dicho análisis es potestativo para la Administración, su utilización se justifica en casos como el presente, en el que, el beneficio ilícito obtenido por el Concesionario es bastante exiguo, siendo claramente mayores los costos en los que tiene que incurrir el OSITRAN para llevar a cabo el PAS, a mayor razón si la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo establece que la Administración debe realizar su gestión propendiendo a la utilización óptima y eficiente de los recursos.
- En tal sentido, se recomienda declarar fundado en parte el recurso de apelación presentado por el Concesionario contra la Resolución N° 083-2015-GSF-OSITRAN y, en consecuencia, dejar sin efecto el artículo 2 de dicha resolución, disponiéndose que la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, con el informe respectivo de su Jefatura de Fiscalización, cumpla con motivar adecuadamente la sanción que corresponda imponer al Concesionario, en estricta observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; dejando a salvo la facultad que tiene la primera instancia de efectuar el análisis costo – beneficio y evaluar que el hallazgo no haya generado grave daño a los usuarios ni haya severidad en la afectación del interés público involucrado, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 235 de la LPAG y en el artículo 68 – A del RIS.



Que, tal como lo manifiesta la Gerencia de Asesoría Jurídica en el Informe N° 018-16-GAJ-OSITRAN, mediante el literal d) del Acuerdo N° 1820-546-15-CD-OSITRAN, en el marco de las atribuciones otorgadas a través de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, que aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN acordó que los casos vinculados con Procedimientos Administrativos Sancionadores, penalidades y otros asuntos que correspondan ser conocidos por el Tribunal en Asuntos Administrativos de OSITRAN, en concordancia con lo establecido en el artículo 209 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, serán conocidos por la Gerencia General, hasta la instalación e inicio de funciones del referido órgano colegiado;

Que, luego de revisar el Informe de vistos, la Gerencia General manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho Informe, razón por la cual lo constituye como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;

Por lo expuesto, en virtud a las facultades conferidas en el artículo 5 de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917; el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los



Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, el Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM y su modificatoria, el literal d) del Acuerdo N° 1820-546-15-CD-OSITRAN, el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar fundado en parte el Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia Supervisión y Fiscalización N° 083-2015-GSF-OSITRAN, presentado por la empresa DP WORLD CALLAO S.R.L., por los fundamentos expuestos en el Informe N° 018-16-GAJ-OSITRAN, de la Gerencia de Asesoría Jurídica; y en consecuencia, dejar sin efecto el artículo 2 de dicha resolución, por lo que la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, con el informe respectivo de su Jefatura de Fiscalización, deberá cumplir con motivar adecuadamente la sanción que corresponda imponer al Concesionario, en estricta observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; dejando a salvo la facultad que tiene la primera instancia de efectuar el análisis costo – beneficio y evaluar que el hallazgo no haya generado grave daño a los usuarios ni haya severidad en la afectación del interés público involucrado, de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 235 de la Ley del Procedimiento Administrativo General y en el artículo 68 – A del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN.

Artículo 2.- Notificar la presente Resolución, así como el Informe N° 018-16-GAJ-OSITRAN, a la empresa DP WORLD CALLAO S.R.L.

Artículo 3.- Poner en conocimiento la presente Resolución, así como el Informe N° 018-16-GAJ-OSITRAN, a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, a la Gerencia de Administración y a la Oficina de Comunicación Corporativa, para los fines correspondientes.

Artículo 4.- Disponer la difusión de la presente Resolución en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese,

OBED CHUQUIHUAYTA ARIAS
Gerente General

Reg. Sal. GG. 7197-16