

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, 09 de septiembre de 2009

Nº 030-2009-CD-OSITRAN

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

VISTOS:

Informe Nº 039-09-GAL-OSITRAN, el Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia General Nº 031-2009-GG-OSITRAN, así como el proyecto de resolución correspondiente, presentado en sesión de fecha 09 de septiembre de 2009;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

- 2.1. Con fecha 24 de octubre de 2007, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC o Concedente) y la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A. (en adelante COVISUR o el Concesionario) suscriben el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Vial Nº 5: Matarani - Azángaro e Ilo - Juliaca del Proyecto Corredor Vial Interoceánica Sur Perú-Brasil (en adelante, el Contrato de Concesión).
- 2.2. Mediante Oficio Nº 1196-2008-MTC/25 de fecha 24 de noviembre de 2008, el Concedente señaló a COVISUR que la fecha de inicio de la Fase de Ejecución de las Obras sería el día 27 de noviembre de 2008.
- 2.3. Mediante Oficio Nº 094-09-GS-OSITRAN de fecha 12 de enero de 2009, OSITRAN comunicó a COVISUR que aún no había recibido el Reporte de Avance de Obra Nº 01, no obstante que el plazo señalado en el Contrato de Concesión había vencido el día 31 de diciembre de 2008.
- 2.4. Con Carta Nº 0029-2009-COVISUR recibida por OSITRAN con fecha 14 de enero de 2009, COVISUR entregó el Reporte de Avance de Obra Nº 01.

- 2.5. Mediante Carta N° 0109-2009-COVISUR recibida por OSITRAN con fecha 10 de febrero de 2009, COVISUR entregó el Reporte de Avance de Obra N° 02.
- 2.6. Con Carta N° 0141-2009-COVISUR recibida por OSITRAN con fecha 04 de marzo de 2009, COVISUR entregó el Reporte de Avance de Obra N° 03.
- 2.7. Mediante Oficio N° 1393-09-GS-OSITRAN, de fecha 29 de abril de 2009, se notificó a COVISUR, el presunto incumplimiento al que habría incurrido, y en base al Informe N° 307-09-GS-OSITRAN se le notifica que:

“(…)

Habría incumplido con la obligación de presentar los Reportes de Avance de Obras, dentro del plazo establecido en la Cláusula 1.4 del Anexo IX del Contrato de Concesión en forma repetida, para el primer, segundo y tercer periodo respectivamente.

Dicho incumplimiento está tipificado en el artículo 38° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) que fuera aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN.

(…)”

- 2.8. Con Carta N° 0306-2009-COVISUR, recibida con fecha 14 de mayo de 2009, COVISUR presentó sus descargos.
- 2.9. Mediante Oficio Circular N° 008-09-GG-OSITRAN, recibido por COVISUR el 23 de junio de 2009, se notificó la Resolución de Gerencia General N° 031-2009-GG-OSITRAN, en donde se resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: *Declarar que la Entidad Prestadora Concesionaria Vial del Sur S.A. no cumplió con presentar los Reportes de Avance de Obras para los períodos correspondientes a los meses de diciembre de 2008, enero y febrero de 2009 en el plazo establecido en el numeral 1.4 del Anexo XI del Contrato de Concesión, situación que se tipifica en el artículo 38° del RIS de OSITRAN como una infracción GRAVE.*

SEGUNDO: *Imponer a la empresa COVISUR., como sanción, por el incumplimiento referido en el artículo primero de la presente Resolución, una multa equivalente a dos (2) UIT, la*

misma que deberá ser pagada dentro del plazo establecido en el Artículo 75º de el RIS de OSITRAN.

TERCERO: *Notificar la presente Resolución a la Entidad Prestadora Concesionaria Vial del Sur S.A.*

CUARTO: *Hacer de conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de la Gerencia de Supervisión de OSITRAN la presente Resolución.”*

2.10. Con documento de fecha 15 de julio de 2009, COVISUR interpuso Recurso de Apelación en contra de la Resolución de Gerencia General Nº 031-2009-GG-OSITRAN, en base a los siguientes principales argumentos:

- La entrega de los Reportes de Avance de Obras – RAO fuera del plazo establecido en el numeral 1.4 del Anexo IX del Contrato de Concesión representa un cumplimiento parcial o defectuoso y no un incumplimiento absoluto, que en el presente caso se presentaría si no se entrega la información a que se refieren los RAO´s. El incumplimiento defectuoso no genera una irrupción al contrato en forma absoluta si la parte acreedora OSITRAN, que está en facultad de exigir la presentación de los RAO´s a pesar de haberse cumplido parcialmente, en forma defectuosa o tardía, asume la recepción de esta información y no la desacredita ni objeta radicalmente, con lo cual estaría considerando que el cumplimiento, así sea tardío, es aceptado y le es de utilidad.
- El Concesionario discrepa con la aplicación del Artículo 38º del RIS, el cual consideran que no ha sido adecuadamente analizado, toda vez que la infracción grave se produce cuando haya un incumplimiento absoluto (no entrega de los RAO`s) o cuando la información se haya presentado con una “demora significativa”. Por ello, al no existir una precisión objetiva en cuanto qué es una tardanza o demora significativa, se deja a la subjetividad de los órganos resolutivos dicha condición al existir vacío con respecto a este significado.
- El Concesionario considera que en vista que el Artículo 38º del RIS representa un incumplimiento objetivo, el perjuicio que señala OSITRAN producto de la infracción no ha sido mostrado, cuantificado y validado, asumiendo que no puede existir responsabilidad si no existe un daño o perjuicio objetivo.

II. ANALISIS DEL CUMPLIMIENTO DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN

- 3.1. El Artículo 72º del RIS señala que el Recurso de Apelación se interpone en el plazo de 15 días hábiles contados desde la notificación de la Resolución de Gerencia General, a través de la cual se hubiese impuesto la sanción o resuelto la reconsideración.
- 3.2. Los Artículos 207º y 209º de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General – en adelante LPAG – establecen que el Recurso de Apelación se interpone cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación a la de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico.
- 3.3. La Resolución de Gerencia General N° 031-2009-GG-OSITRAN, fue notificada a COVISUR a través del Oficio Circular N° 008-09-GG-OSITRAN con fecha 23 de junio de 2009.
- 3.4. De conformidad con la documentación que obra en el expediente administrativo sancionador, COVISUR interpuso el recurso de apelación el día 15 de julio de 2009, es decir, dentro del plazo legalmente establecido, impugnación que fue dirigida a la Gerencia General de OSITRAN, sustentándose en cuestiones de puro derecho.
- 3.5. En consecuencia, se considera que el recurso incoado debe ser admitido a trámite, correspondiendo efectuar en adelante la evaluación de fondo del mismo.

III. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- 3.1 De la lectura del Recurso de Apelación, así como de la revisión del Expediente, se desprende que las cuestiones en discusión son las siguientes:
 - a) Si la infracción atribuida a COVISUR se encuentra debidamente tipificada.
 - b) Si la sanción aplicada a COVISUR cumple con el principio de Razonabilidad en materia administrativa.

IV. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

4.1 Si la infracción atribuida a COVISUR se encuentra debidamente tipificada

a) *La posición del recurrente*

El Concesionario afirma que el Artículo 38º del RIS establece como infracción grave dos conductas diferenciadas que son: i) No entregar la información y/o documentación establecidas en los Contratos de Concesión (incumplimiento absoluto); y, ii) Entregar con tardanza significativa la información y/o documentación requerida por las normas o el Contrato de Concesión.

En base a ello, si bien COVISUR asume que el incumplimiento se ha producido al no entregar dentro del plazo los RAO's, dicha demora no ha sido significativa, y por tanto no se puede considerar como un incumplimiento absoluto, por lo que discrepan con la tipificación y calificación de infracción grave la conducta cometida.

b) *El incumplimiento de obligaciones señaladas en los contratos de concesión y la tipificación de actos que constituyen infracción*

A efectos de analizar la posición del recurrente, corresponde revisar lo señalado en las Cláusulas 1.6 y 6.25 del Contrato de Concesión:

“1.6 En este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:

(...)

Reporte de Avance de Obras

Es el documento mensual que elaborará el CONCESIONARIO, conforme al procedimiento indicado en el Anexo IX y en la Cláusula 6.25 del Contrato.

(...)

Reportes de Avance de Obras

6.25 El CONCESIONARIO deberá proporcionar al REGULADOR Reportes de Avance de Obra relativos al desarrollo de la ejecución de las Obras de Construcción, conforme se indica en el Anexo XIII del presente Contrato. El costo de la preparación de los informes corresponderá al CONCESIONARIO y oportunamente junto con el REGULADOR convendrán en el formato más apropiado a utilizar.

Los Reportes de Avance de Obras sustentarán la ejecución de los avances de Obras, los mismos que deberán ser certificados por el REGULADOR, en los términos y condiciones indicados en el Anexo XIII del Contrato.

El alcance y definición de Hito Constructivo, el procedimiento de control de avance, el procedimiento de emisión del CAO por parte del REGULADOR así como el procedimiento de emisión de un CAO, se encuentra regulado en el Anexo XIII del Contrato.”

Conforme se observa, el Reporte de Avance de Obra (en adelante RAO) es un documento que mensualmente elabora el Concesionario y que debe ser proporcionado al Regulador a efectos de sustentar la ejecución de los avances de Obra, cuya sumatoria conformarán el Hito Constructivo correspondiente, y, posteriormente, la obligación del Regulador de certificar dicho avance en los Certificados de Avance de Obra – CAO.

Por su parte, el numeral 1.4 del Anexo IX del Contrato de Concesión establece la obligación de COVISUR de presentar el RAO, dentro de los tres (03) días hábiles siguientes a la culminación del período correspondiente, tal como se aprecia a continuación:

*“Procedimiento de Control de Avances Mensuales
(...)*

1.4 Los Reportes de Avance de Obras deberán ser presentados por el CONCESIONARIO al REGULADOR dentro de los tres (03) Días siguientes a la culminación del periodo correspondiente al reporte. El REGULADOR tendrá un plazo no mayor de veinte (20) Días para revisar dicho documento y verificar que las Obras se hayan ejecutado conforme al Proyecto de Ingeniería de Detalle cumpliendo los parámetros establecidos en el Anexo I.

Dentro de dicho plazo, el REGULADOR deberá proceder conforme a lo siguiente: (i) aprobar el Reporte de Avance de Obra en caso encontrarse conforme las Obras o; (ii) solicitar al CONCESIONARIO la subsanación de observaciones, en el plazo que a su criterio considere pertinente.

Como la aprobación del último Reporte de Avance de Obra por el REGULADOR para la culminación de un Hito Constructivo, se dará inicio a la emisión del CAO, conforme a lo indicado en la siguiente sección.”

(El subrayado es nuestro)

Como puede observarse, en virtud de lo dispuesto en el precitado numeral, existe objetivamente una OBLIGACIÓN del Concesionario de presentar los RAO's a efectos que el Regulador verifique el avance de Obra.

Por su parte, el RIS tipifica a dicho incumplimiento contractual como una conducta sancionable, de acuerdo al siguiente artículo:

“Artículo 38º.- No entregar información

*La Entidad Prestadora que en relación a OSITRAN o a terceros que actúen con su autorización, **no entregue**, o lo haga con tardanza significativa, **la información y/o documentación en las condiciones y plazos a que se contraen los Contratos de Concesión** y documentos conexos o la legislación aplicable, **incurrirá en infracción grave.**”*

(Lo resaltado y subrayado es nuestro)

Ha sido posición de COVISUR señalar que el incumplimiento de entrega no puede ser considerado como una no entrega de la información, puesto que dicho acto fue realizado de manera tardía y por tanto no representa un incumplimiento absoluto.

Sobre el particular debe indicarse que, en respeto al Principio de Tipicidad que rige a la potestad sancionadora administrativa que se desarrolla en el numeral 4 del Artículo 230º de la LPAG, el Artículo 38º del RIS establece una descripción expresa y específica de las conductas constitutivas de infracción, no permitiendo a la Administración cualquier posibilidad de interpretación extensiva o analogía alguna. Ello tiene por objeto no sólo generar previsibilidad en el actuar de la Administración sino que además, acota su margen discrecional en asuntos sancionadores.

En ese sentido, se observa de manera clara que, al momento de determinarse si la conducta del Concesionario constituye una infracción administrativa, el hecho que no se haya presentado los RAO's dentro del plazo establecido de manera expresa en el Contrato de Concesión, ha configurado la conducta sancionable contenida en el Artículo 38º del RIS.

De esta manera, en el presente procedimiento, observamos que la Gerencia General procedió a tipificar la infracción, por incumplimiento del

Concesionario del numeral 1.4 del Anexo IX del Contrato de Concesión, al no presentar a OSITRAN los RAO's correspondientes a los meses de diciembre 2008, enero y febrero de 2009 dentro de los 3 días hábiles a la culminación del periodo correspondiente al reporte.

Ahora, respecto a la alegación del Concesionario que la entrega de los RAO's fuera del plazo establecido en el numeral 1.4 del Anexo IX del Contrato de Concesión representa un cumplimiento parcial o defectuoso y no un incumplimiento absoluto; queda claro que COVISUR incurrió en un incumplimiento contractual, el mismo que fue determinado de manera objetiva con la resolución impugnada, y considerando que las partes de un contrato deben respetar el Principio de Vinculación Contractual consagrado en el Código Civil¹ que establece que *"los contratos son obligatorios en cuanto se hayan expresado en ellos (...)"*, no corresponde en el presente caso aplicar el segundo supuesto de infracción que indica el Artículo 38º del RIS, es decir, el referido a la entrega de información con tardanza significativa.

De otro lado, COVISUR aduce que, al momento que OSITRAN recibe los RAO's fuera del plazo contractualmente establecido y no la desacredita ni objeta radicalmente, estaría considerando que el cumplimiento, así sea tardío, es aceptado y le es de utilidad.

Sobre este punto, conviene precisar lo siguiente:

- (i) El Numeral 1.4 del Anexo IX del Contrato de Concesión señala que el Regulador, una vez recibido el RAO, procederá a) aprobar el referido reporte en caso encuentre conforme las Obras o; b) en caso encuentre observaciones a las Obras, solicitar a COVISUR que subsane las mismas.
- (ii) Dicho esto, el Contrato de Concesión no establece la posibilidad que el Regulador rechace o se abstenga de recibir los RAO's cuando éstos se presenten fuera del plazo, dado que es su obligación el verificar el avance de Obra.

Por ello, se considera que lo señalado por COVISUR no resulta cierto toda vez que, de la revisión del procedimiento establecido en el Contrato de Concesión, no se permite al Regulador abstenerse a recibir los RAO's, puesto que es su obligación evaluar dichos reportes a efectos de fiscalizar el avance mensual de las Obras.

¹ Artículo 1361º

En relación al cumplimiento de la obligación de entregar los RAO's, COVISUR ha reconocido tanto en sus escritos de descargos como de apelación la responsabilidad de la infracción y por lo tanto acepta la sanción pecuniaria, pero discrepa con la tipificación y calificación de infracción grave de la falta cometida.

Sobre este aspecto, debe señalarse que, en concordancia con el Principio de Tipicidad antes mencionado, el Artículo 38º del RIS establece una predeterminación normativa tanto de las conductas que son objeto de sanción administrativa como de la graduación que dichas conductas requieren.

En ese sentido, la actividad de OSITRAN ha sido verificar de manera objetiva si la conducta cometida por COVISUR se encontraba tipificada en el RIS, lo cual en el presente caso se ha comprobado; y siendo el caso que el Artículo 38º de la citada norma ya contempla la graduación de la conducta como grave, no se puede cuestionar vía recurso impugnativo la calificación de la infracción, razón por la cual no resulta atendible, en este extremo, lo señalado por el Concesionario.

En consecuencia, queda acreditada la infracción cometida por COVISUR, al **no entregar los RAO's en los plazos y condiciones** a que se contrae el Contrato de Concesión.

En virtud de lo expuesto, podemos concluir que el incumplimiento contractual cometido por COVISUR resulta una infracción que se encuentra contemplada por la normatividad vigente, motivo por el cual se debe declarar infundado el recurso de apelación interpuesto.

4.2 Si la sanción aplicada a COVISUR cumple con el Principio de Razonabilidad en materia administrativa

Con la finalidad de evaluar si la sanción impuesta mediante la Resolución de Gerencia General N° 031-2009-GG-OSITRAN es acorde con el nivel de gravedad del incumplimiento por parte de COVISUR así como también con el Principio de Razonabilidad previsto dentro de los Principios de la Potestad Sancionadora Administrativa, es necesario analizar los criterios objetivos que en orden de prelación se señalan en el Numeral 3 del Artículo 230º de la LPAG², a efectos de su determinación:

- La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;

² Modificada por Decreto Legislativo N° 1029

- El perjuicio económico causado;
- La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- El beneficio ilegalmente obtenido; y
- La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

4.2.1 Respecto a la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido y al perjuicio económico causado.

Sobre estos aspectos, COVISUR es del criterio que los perjuicios que señala este Organismo por la demora incurrida en la entrega de los RAO's del mes de diciembre de 2008 y de enero y febrero de 2009, no han sido mostrados, cuantificados y validados, asumiendo que no puede existir responsabilidad si no existe un daño o perjuicio objetivo.

En primer término, con la Resolución N° 031-2009-GG-OSITRAN se indica que la conducta cometida por el Concesionario habría generado daño al Regulador en vista que, al no recibir a tiempo la información contenida en los RAO's, se encuentra imposibilitado de verificar los avances en la ejecución de las Obras en los términos establecidos en el Contrato de Concesión.

En este apartado, el numeral 1.4 del Anexo IX del Contrato de Concesión contempla que el Regulador cuenta con un plazo de 20 días hábiles para revisar el RAO y con ello verificar si las Obras se han ejecutado conforme al PID.

Si bien el plazo antes mencionado se contabiliza desde que COVISUR entrega el RAO al Regulador, ello no rebate el hecho que toda demora en la verificación de los avances mensuales de las Obras tiene incidencia directa en la labor del Regulador de (i) fiscalizar el cumplimiento del PID, (ii) de considerar la culminación del Hito Constructivo y, (iii) posteriormente, de certificar dicho avance de Obras mediante la emisión del CAO dentro de los plazos establecidos en el Contrato de Concesión, con lo cual se afecta uno de los objetivos del Regulador establecidos en su ley de formación³. Por tanto, el perjuicio ocasionado por la conducta cometida por el Concesionario ha sido verificado.

³ En efecto, el literal a) del Artículo 5° de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, señala lo siguiente:

“Artículo 5.- Objetivos

OSITRAN tiene los siguientes objetivos:

a) Velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte.

(...)”

Como segundo aspecto, con la resolución apelada se indica que el retraso en la entrega de información en la que ha incurrido el Concesionario ha generado una afectación a la empresa supervisora contratada, toda vez que ésta valoriza sus servicios en función a los avances de las Obras que presente el Concesionario⁴, lo cual perjudica a su vez, en último término, al servicio y calidad de la supervisión, de la cual OSITRAN es responsable ante el caso de cualquier eventual paralización.

Al respecto, se puede observar que toda demora en la entrega de los RAO's por parte del Concesionario afecta al Supervisor de Obras contratado, dado que la percepción de sus ingresos se encuentra ligada a la información y/o documentación que presente el Concesionario y por tanto, si éste incumpliera con presentar los RAO's dentro de los plazos señalados en el Anexo IX del Contrato de Concesión, se genera un perjuicio a la citada empresa. Dicho perjuicio evidencia una afectación a las funciones de OSITRAN respecto a la Supervisión de la ejecución de obras, puesto que, si bien ha encargado sus funciones en la citada empresa, ello no evita que este Organismo sea el responsable final durante la fiscalización de cualquier situación que pueda amenazar las labores encargadas, más aun si se tiene en cuenta que dicha situación no enerva la función de supervisión que por mandato legal ostenta OSITRAN, aspecto que ha sido recogido en el Contrato de Concesión⁵

Por lo tanto, en este apartado también se verifica el daño que ocasiona la conducta objeto de sanción por parte del Concesionario.

4.2.2 Respecto a la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción así como de las circunstancias de la comisión de la infracción

En lo referido a si hubo repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, se observa que, no obstante que el numeral 1.4 del Anexo IX del Contrato de Concesión establece claramente la oportunidad en la cual el Concesionario se encuentra obligado a presentar los RAO's, y que mediante Oficio N° 0094-09-GS-OSITRAN se comunicó a COVISUR la no presentación del RAO correspondiente al mes de

⁴ De acuerdo con los términos acordados entre el Regulador y la empresa GMI S.A. Ingenieros Consultores en el Contrato N° 074-2008-OSITRAN se establece que el pago por los servicios de supervisión que realiza la citada empresa, serán efectuados sobre la base de los avances de la obra que presente el Concesionario

⁵ El primer párrafo de la Cláusula 15.5 del Contrato de Concesión señala lo siguiente:
"15.5 El REGULADOR podrá designar a un supervisor de Obras, el mismo que tendrá las funciones que el primero le asigne. La titularidad de la función del REGULADOR no se enerva con la designación del supervisor.
(...)"

diciembre de 2008 dentro de los plazos señalados en el Contrato de Concesión, el Concesionario incumplió con entregar de manera oportuna los RAO's de los meses de enero y febrero de 2009.

En base a ello, con la Resolución de Gerencia General N° 031-2009-GG-OSITRAN, se consideró que la situación presentada configuraba una repetición en la comisión de la infracción.

Sobre el particular, se considera que el incumplimiento del Concesionario de presentar los RAO's de los meses de enero y febrero de 2009 dentro del plazo estipulado en el Contrato de Concesión, no puede ser considerado como una repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción dado que dicha situación no se encuentra dentro de los supuestos establecidos en el numeral 7 del Artículo 230° de la LPAG⁶, por lo que corresponde tomar en cuenta este criterio como atenuante de la sanción a imponer.

De otro lado, del análisis de las circunstancias de la comisión de la infracción, se observa lo siguiente:

- (i) El Concesionario conocía tanto las condiciones como la oportunidad en la que debía presentar la documentación que indica el Contrato de Concesión;
- (ii) OSITRAN advirtió a COVISUR que no había presentado el RAO correspondiente al mes de diciembre de 2008;
- (iii) A pesar de lo mencionado en (i) y (ii), COVISUR no sólo no indicó las "causas ajenas" que provocaron su incumplimiento sino que además incumplió con presentar dentro del plazo los RAO's de los meses de enero y febrero de 2009.

⁶Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

Las entidades, bajo sanción de nulidad, no podrán atribuir el supuesto de continuidad y/o la imposición de la sanción respectiva, en los siguientes casos:

a) Cuando se encuentre en trámite un recurso administrativo interpuesto dentro del plazo contra el acto administrativo mediante el cual se impuso la última sanción administrativa.

b) Cuando el recurso administrativo interpuesto no hubiera recaído en acto administrativo firme.

c) Cuando la conducta que determinó la imposición de la sanción administrativa original haya perdido el carácter de infracción administrativa por modificación en el ordenamiento, sin perjuicio de la aplicación de principio de irretroactividad a que se refiere el inciso 5."

Por lo señalado, esta situación debe ser tomada en consideración al momento de determinar la cuantía de la sanción a imponer a COVISUR, pero guardando congruencia con la regla establecida en el numeral 237.3 del Artículo 237º de la LPAG⁷.

4.2.3 Respecto al beneficio ilegalmente obtenido

En sus descargos, el Concesionario señaló que la entrega de los RAO's con algunos días de demora, no representaron para la empresa beneficio alguno.

Este aspecto fue tomado en cuenta por la Gerencia General al momento de la graduación de la sanción, en vista que no se evidenció beneficios a favor de COVISUR por la conducta objeto del presente proceso sancionador.

Al respecto, se concuerda en este extremo con la decisión adoptada mediante la Resolución de Gerencia General N° 031-2009-GG-OSITRAN en vista que el Concesionario no obtuvo beneficio ilícito con la realización de la conducta objeto del presente proceso, situación que fue debidamente considerada al momento de determinar la cuantía de la sanción.

4.2.4 Respecto de la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor

En cuanto a la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor, COVISUR manifiesta en su escrito de descargos que no hubo desidia ni falta de diligencia de su parte puesto que cumplió con la presentación de los RAO's correspondientes a los meses de enero y febrero de 2009 mucho antes de la notificación que OSITRAN hiciera con el Oficio N° 1393-09-GS-OSITRAN.

Sobre este punto, con la Resolución de Gerencia General N° 031-2009-GG-OSITRAN, se indicó que con Oficio N° 1393-09-GS-OSITRAN se notificó el presunto incumplimiento de la obligación contractual contemplada en el Contrato de Concesión, por lo que dicho documento no corresponde a un requerimiento o solicitud efectuado por parte de este Regulador. Además, al momento de

⁷ "Artículo 237.- Resolución
(...)

237.3 Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado."

determinar la sanción aplicable, en la citada resolución se indicó que no se puede afirmar que existió o no intencionalidad por parte de COVISUR, pero si hay evidencia de negligencia de su parte para cumplir con la obligación contractual señalada en el Anexo IX del Contrato de Concesión.

En cuanto a este aspecto, se considera que el Concesionario no puede alegar como atenuante de responsabilidad el hecho que considere que para cumplir con la obligación contenida en el Numeral 1.4 del Anexo IX del Contrato de Concesión debía ser conminado previamente por OSITRAN, puesto que, como se indicó anteriormente, el Concesionario conocía perfectamente tanto las condiciones como los plazos en los cuales debía presentar los RAO's.

En este extremo, se estima que el error en el que incurre el Concesionario no puede ser tomado como atenuante para la determinación de la sanción dado que no es posible concluir que para la presentación del Reporte de Avance de Obras sea necesaria una actuación específica de OSITRAN, por lo que deberá considerar este aspecto al momento de graduar la sanción, respetando para ello la regla establecida en el numeral 237.3 del Artículo 237º de la LPAG.

De otro lado, en cuanto a si hubo o no intencionalidad del infractor para incumplir con las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión, concordamos con lo señalado en la Resolución de Gerencia General N° 031-2009-GG-OSITRAN respecto a que no es posible advertir intención de COVISUR de cometer la infracción pero sí se percibe negligencia de su parte, no sólo porque los plazos y condiciones se encuentran claramente establecidos en el Contrato de Concesión sino además porque con el Oficio N° 094-09-GS-OSITRAN, el Concesionario fue advertido por esta Entidad que los RAO's debían ser presentados dentro de los 03 días hábiles siguientes a la culminación del período correspondiente al reporte mensual de avance de Obra; aspecto que fue considerado al momento de fijar la cuantía de la sanción.

De la evaluación de los criterios que determinan la cuantía de la sanción a imponer, se considera que la sanción debe partir de una multa base, de acuerdo a la Escala de Sanciones prevista en el Artículo 61° del RIS⁸, que establece como tope para las Sanciones Graves, hasta 60 UIT's de multa, considerándose como multa base 1 UIT; por lo que corresponde **CONFIRMAR** la sanción de dos (02) UIT's impuesta a COVISUR a través de la Resolución N° 031-2009-GG-OSITRAN, al haber incumplido con presentar los Reportes de Avance de Obras correspondientes a los meses de diciembre de 2008, enero y febrero de 2009 en el plazo establecido en el Numeral 1.4 del Anexo IX del Contrato de Concesión.

POR LO EXPUESTO y en base al análisis contenido en el Informe N° 039-09-GAL-OSITRAN en aplicación de lo dispuesto en el Literal f) del Artículo 53° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por D.S. N° 044-2006-PCM y modificado por el D.S. N° 057-2006-PCM, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha 09 de septiembre de 2009;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación de fecha 15 de julio de 2009 interpuesto por la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 031-2009-GG-OSITRAN, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la Resolución de Gerencia General N° 031-2009-GG-OSITRAN que impone una sanción a la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A., la misma que asciende al pago de una multa de dos (02) UIT's.

8

Ingresos Operativos anuales (en UIT)	Multas (en UIT)		
	Leve ¹	Grave	Muy Grave
Ingreso ≤ 20 mil	Hasta 25	Hasta 60	Hasta 140
20 mil < Ingreso ≤ 50 mil	Hasta 75	Hasta 180	Hasta 420
Ingreso > 50 mil	Hasta 180	Hasta 450	Hasta 840

1/ Incluye la posibilidad de amonestación pública.

TERCERO.- DECLARAR agotada la vía administrativa, no procediendo por tanto ningún recurso por esta vía.

CUARTO.- NOTIFICAR a la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A. la presente resolución.

QUINTO.- PONER EN CONOCIMIENTO la presente Resolución al Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su calidad de Concedente.

SEXTO.- DISPONER la publicación de la presente Resolución en la página Web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal. Nº PD N° 16679-09