

SESIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO No. 328-2009-CD

A las seis y cinco minutos del día 09 de septiembre del año dos mil nueve, se abrió la presente Sesión de Consejo Directivo Extraordinaria (Virtual), con la participación de los señores César Sánchez Módena e Ing. Jesús Tamayo Pacheco, bajo la presidencia del señor Eco. Juan Carlos Zevallos Ugarte.

Asimismo, participó el señor Eco. Jorge Montesinos Córdova, Gerente General, y el señor Dr. Humberto Ramírez Trucíos, en su calidad de Secretario Técnico del Consejo Directivo.

I. DESPACHO

El Secretario informó que en la próxima sesión se dará cuenta de los documentos ingresados a OSITRAN.

II. INFORMES

El Secretario informó que en la próxima sesión se dará cuenta de los informes preparados por la administración.

III. PEDIDOS

No habiéndose formulado Pedido alguno, se pasó a la siguiente estación.

IV. ORDEN DEL DÍA

1.1 Recurso de Reconsideración de TISUR contra la Resolución de Consejo Directivo N° 029-2009-CD-OSITRAN.

La Administración presentó para aprobación del Consejo Directivo el Informe N° 034-09-GRE-OSITRAN, mediante el cual la Gerencia de Regulación emite opinión respecto al Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución de Consejo Directivo N° 029-2009-CD/OSITRAN, remitido por TISUR con relación al establecimiento de la variación del precio tope para el periodo comprendido entre el 17 de agosto de 2009 y el 16 de agosto de 2010.

El informe trata de dilucidar si el periodo histórico de cálculo para calcular el *RPI* que estará vigente desde 17 de agosto de 2009 al 16 de agosto de 2014 debe ser final de junio de 2008 a final de junio de 2009, como propone TISUR, o por el contrario debe ser final de julio de 2008 a final de julio de 2009, como establece la Resolución del Consejo Directivo N° 029-2009-CD/OSITRAN.

En el caso del Terminal Portuario de Matarani, la regulación por incentivos se implementa mediante la fórmula $RPI-X$ con el factor X , o factor de productividad, calculado por comparación con la economía según la conocida propuesta de Bernstein y Sappington.

Señala, que como en las revisiones efectuadas desde la entrada en vigor de la adenda N° 2 al Contrato de Concesión, se ha empleado el periodo desde final de junio del año en curso hasta final de junio del año anterior, de acuerdo al principio de predictibilidad regulatoria, recogido en el RETA, debería emplearse el mismo periodo

En este sentido, el periodo para el cálculo del *RPI* ajustado por tipo de cambio vigente desde el 17 de agosto de 2009 al 16 de agosto de 2010 debe ser modificado y ser: final de junio del 2008, final de junio de 2009

Los Directores mostraron su conformidad a través de los correos electrónicos, y adoptaron el siguiente Acuerdo

**ACUERDO No. 1198-328-09-CD-OSITRAN
de fecha 09 de septiembre de 2009**

Vistos el Informe N° 034-09-GRE-OSITRAN, el Proyecto de Resolución, el Recurso de Reconsideración presentado por la empresa concesionaria Terminal Internacional del Sur S.A., y según lo informado por el Gerente General; el Consejo Directivo, en virtud de las funciones previstas en virtud de su Función Reguladora prevista en los artículos 28° y 29° del Reglamento General de OSITRAN aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, acordó por unanimidad:

- a) Aprobar el Proyecto de Resolución de Consejo Directivo, el mismo que declara fundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa concesionaria Terminal Internacional del Sur S.A.-TISUR, contra la Resolución del Consejo Directivo N° 029-2009-CD/OSITRAN.
- b) Notificar la Resolución aprobada en virtud del literal anterior y el Informe Técnico de la Gerencia de Regulación a la empresa concesionaria Terminal Internacional del Sur S.A.
- c) Encargar a la Oficina de Relaciones Institucionales que realice las acciones necesarias para la publicación de la Resolución a que se refiere el literal a) en el Diario Oficial "El Peruano", y su difusión en la página Web de OSITRAN, así como del correspondiente Informe Técnico de la Gerencia de Regulación.
- d) Poner en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, la Resolución aprobada en virtud del presente Acuerdo, en su calidad de ente concedente.
- e) Dispensar el presente acuerdo de lectura y aprobación posterior del acta.





1.2 Apelación de TISUR contra Resolución N° 032-2009-GG-OSITRAN (Sanción de 2UIT por no presentar en el plazo contractual el Informe de Cobertura 2008 y 2009).

La Administración presentó para aprobación del Consejo Directivo el Informe N° 040-09-GAL-OSITRAN, mediante el cual se emite opinión legal sobre el recurso de apelación interpuesto por la empresa Concesionaria Terminal Internacional del Sur S.A., en contra de la Resolución de Gerencia General N° 032-2009-GG-OSITRAN, la cual declaró que la referida Empresa Concesionaria no cumplió con presentar los Informes de Cobertura durante los años 2008 y 2009 respectivamente, en el plazo establecido en el Contrato de Concesión, y estando tipificada la infracción en el Artículo 38° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) se impuso una multa de dos (2) UIT a TISUR

El Informe de la Administración señala que queda evidenciado que el incumplimiento contractual por parte del Concesionario TISUR se encuentra tipificado dentro del primer supuesto contemplado en el Artículo 38° del RIS, es decir, cuando se establece que la Entidad Prestadora no entregue a OSITRAN la información y/o documentación en las condiciones y plazos a que se contrae el Contrato de Concesión.

Asimismo, al existir un incumplimiento absoluto y objetivo respecto de una obligación contractual, que responde a la voluntad común de las partes y que debe respetar el Principio de Vinculación Contractual consagrado en el Código Civil; razón por la cual no cabría aplicar el segundo supuesto del referido Artículo 38° del RIS, es decir, lo referido a la entrega de la información con Tardanza Significativa

Se precisó que en atención al Principio de Razonabilidad también se efectuó un análisis de los criterios que determinan la cuantía de la sanción a imponer (gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, 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) la Gerencia de Asesoría Legal consideró que la sanción debe partir de una multa base, de acuerdo a la Escala de Sanciones prevista en el Artículo 61° del RIS que establece como Tope para las Sanciones Graves, hasta 60 UITs de multa; considerándose como multa base 1 UIT.

En razón a ello, se considera pertinente revocar la multa impuesta a TISUR a través de la Resolución N° 032-2009-GG-OSITRAN, a efectos que se considere una (1) UIT, por concepto de sanción al haber incumplido con presentar el Informe de Cobertura durante los años 2008 y 2009, respectivamente, dentro del plazo establecido en la Cláusula 20.7 del Contrato de Concesión

Los Directores mostraron su conformidad a través de los correos electrónicos, y adoptaron el siguiente Acuerdo

**ACUERDO No. 1199-328-09-CD-OSITRAN
de fecha 09 de septiembre de 2009**

Vistos el Informe N° 040-09-GAL-OSITRAN, Recurso de Apelación interpuesto por la empresa concesionaria Terminal Internacional del Sur S.A., contra la Resolución de Gerencia General N° 032-2009-GG-OSITRAN, y el Proyecto de Resolución de Consejo Directivo; y, según lo informado por el Gerente General; el Consejo Directivo, en mérito de sus funciones previstas en el numeral f) del artículo 53° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, acordó por unanimidad:

- a) Aprobar el Proyecto de Resolución de Consejo Directivo, el mismo que Revoca en parte la Resolución de Gerencia General N° 032-2009-GG-OSITRAN en el extremo que impuso una multa de dos (02) UIT's a la empresa concesionaria Terminal Internacional del Sur S.A. - TISUR, reformándose dicho extremo a efectos de imponerle una sanción de una (1) UIT.
- b) Comunicar a TISUR la Resolución aprobada en virtud del literal anterior, así como el Informe N° 040-09-GRE-OSITRAN.
- c) Poner en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, la Resolución aprobada en virtud del presente Acuerdo, en su calidad de ente concedente.
- d) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del acta.

1.3 Apelación de FVCA contra Resolución de Gerencia General N° 029-2009-GG-OSITRAN, mediante la cual se le impuso multa equivalente a 10 U.I.T. por no comunicar bienes devenidos en obsoletos.

La Administración presentó para aprobación del Consejo Directivo, el Informe N° 041-09-GAL-OSITRAN, mediante el cual se emite opinión legal sobre el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa Concesionaria FERROVIAS CENTRAL ANDINA S.A., en contra de la Resolución de Gerencia General N° 029-2009-GG-OSITRAN, que declaró que la referida empresa concesionaria no cumplió con la obligación de comunicar al Concedente los Bienes de la Concesión que han devenido en obsoletos o inutilizables, en las condiciones y plazo establecidos en el numeral 3.11 de la cláusula Tercera del Contrato de Concesión, tipificado en el Artículo 38° del Reglamento de Infracciones y

Sanciones (RIS) como una infracción GRAVE y le impuso una multa de diez (10) UIT

El Informe de la Administración señala que los cinco casos advertidos por el Órgano Instructor – Gerencia de Supervisión, en los que el Concesionario habría utilizado las piezas de las locomotoras antes de haberlas calificado como obsoletas o inutilizables, no se ajustan al tipo de infracción contenida en el artículo 38° del RIS, la cual está referida a la no entrega de información.

El citado informe agrega, que el hecho de haber utilizado las piezas de las locomotoras antes de ser declaradas obsoletas o inutilizables, por el Concesionario, fue advertido por el Órgano Instructor, luego de evaluar la información presentada por FVCA, en el mes de abril del 2009. Por tanto, tratándose de un hecho diferente a los notificados mediante Oficio No. 632-09-GS-OSITRAN, debió excluirse del presente Procedimiento Administrativo Sancionador, a fin de correr traslado al Concesionario y realizar una nueva evaluación, para determinar si esa conducta califica como un presunto incumplimiento del Concesionario que pudiese ameritar el inicio de otro Procedimiento Administrativo Sancionador.

En virtud a lo señalado, el informe de la Administración recomienda disponer que la Administración, a través de la Gerencia de Supervisión, realice una nueva evaluación, respecto del cumplimiento de las disposiciones contenidas en el numeral 3.11 de la Cláusula Tercera del Contrato de Concesión, en especial, sobre la utilización de las piezas de las locomotoras antes de ser declaradas obsoletas o inutilizables por el Concesionario, e implemente las acciones que correspondan, de acuerdo a lo dispuesto en el Contrato de Concesión y en el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN

Los Directores mostraron su conformidad a través de los correos electrónicos, y adoptaron el siguiente Acuerdo

**ACUERDO No. 1200-328-09-CD-OSITRAN
de fecha 09 de septiembre de 2009**

Vistos el Informe N° 041-09-GAL-OSITRAN, Recurso de Apelación interpuesto por la concesionaria Ferrovías Central Andina S.A., contra la Resolución de Gerencia General N° 029-2009-GG-OSITRAN, y el Proyecto de Resolución de Consejo Directivo; y, según lo informado por el Gerente General; el Consejo Directivo, en mérito de sus funciones previstas en el numeral f) del artículo 53° del Reglamento General de OISTRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, acordó por unanimidad:

- a) Aprobar el Proyecto de Resolución de Consejo Directivo, el mismo que Declara fundado en parte el Recurso de Apelación,



interpuesto por la empresa concesionaria Ferrovías Central Andina S.A contra la Resolución de Gerencia General N° 029-2009-GG-OSITRAN, en el extremo referido a la tipificación de la infracción atribuida al Concesionario y, en consecuencia, Revoca la Resolución de Gerencia General N° 029-2009-GG.

- b) Comunicar a Ferrovías Central Andina S.A la Resolución aprobada en virtud del literal anterior, así como el Informe N° 041-09-GRE-OSITRAN.
- c) Poner en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, la Resolución aprobada en virtud del presente Acuerdo, en su calidad de ente concedente.
- d) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del acta.

1.4 Apelación de COVISUR contra Resolución de N° 031-2009-GG-OSITRAN por medio de la cual se le impone como sanción una multa de dos (2) U.I.T, por incumplir plazos en la presentación de información prevista en el Contrato de Concesión.

La Administración presentó para aprobación del Consejo Directivo, el Informe N° 039-09-GAL-OSITRAN, mediante el cual se emite opinión legal sobre el recurso de apelación interpuesto por la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A., en contra de la Resolución de Gerencia General N° 031-2009-GG-OSITRAN, que declaró que la referida empresa concesionaria 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, y estando tipificada la infracción en el Artículo 38° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) se impuso una multa de dos (2) UIT a COVISUR.

El Informe de la Administración señala que queda acreditado de manera clara que el hecho que la empresa concesionaria COVISUR no haya presentado los RAO's (Reporte de Avance de Obra) dentro del plazo establecido de manera expresa en el Contrato de Concesión, ha configurado la conducta sancionable contenida en el Artículo 38° del RIS.

En razón a lo señalado, así como al Principio de Razonabilidad que rige el accionar de la administración pública, se considera pertinente 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

Los Directores mostraron su conformidad a través de los correos electrónicos, y adoptaron el siguiente Acuerdo

**ACUERDO No. 1201-328-09-CD-OSITRAN
de fecha 09 de septiembre de 2009**

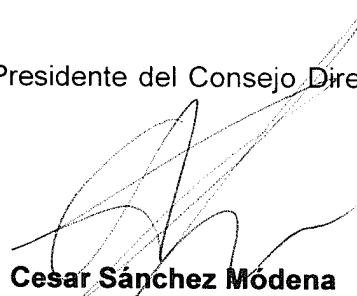
Vistos el Informe N° 039-09-GAL-OSITRAN, Recurso de Apelación interpuesto por la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A., contra la Resolución de Gerencia General N° 031-2009-GG-OSITRAN, y el Proyecto de Resolución de Consejo Directivo; y, según lo informado por el Gerente General; el Consejo Directivo, en mérito de sus funciones previstas en el numeral f) del artículo 53° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias, acordó por unanimidad:

- a) Aprobar el Proyecto de Resolución de Consejo Directivo, el mismo que declara Infundado el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 031-2009-GG-OSITRAN.
- b) Comunicar a Concesionaria Vial del Sur S.A la Resolución aprobada en virtud del literal anterior, así como el Informe N° 039-09-GRE-OSITRAN.
- c) Poner en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, la Resolución aprobada en virtud del presente Acuerdo, en su calidad de ente concedente.
- d) Dispensar el presente Acuerdo de lectura y aprobación posterior del acta.

No habiendo otro asunto que tratar, el señor Presidente del Consejo Directivo dio por cerrada y procedió a levantar la sesión.



Jesús Tamayo Pacheco
Director



Cesar Sánchez Módena
Director



Juan Carlos Zevallos Ugarte
Presidente