

Resolución de Gerencia General

Nº 031-2009-GG-OSITRAN

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

PROCEDENCIA : Gerencia de Supervisión (GS)
ENTIDAD PRESTADORA : Concesionaria Vial del Sur S.A.
MATERIA : Procedimiento Administrativo Sancionador notificado a la Entidad Prestadora Concesionaria Vial del Sur S.A., mediante el Oficio Nº 1393-09-GS-OSITRAN, por el presunto incumplimiento de la obligación establecida en el numeral 1.4 del Anexo IX del Contrato de Concesión.

Lima, 16 de junio de 2009

VISTOS:

El Expediente Sancionador Nº 04-2009-GS-OSITRAN remitido por la Gerencia de Supervisión, mediante el Informe Nº 526-09-GS-OSITRAN, de fecha 11 de junio de 2009, a través del cual se evalúan los descargos presentados por la Entidad Prestadora Concesionaria Vial del Sur S.A. y;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 24 de octubre de 2007, se firmó el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Nº 5 del Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil, entre el Estado Peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en adelante el Concedente, y la Entidad Prestadora Concesionaria Vial del Sur S.A., en adelante COVISUR.
2. Mediante Oficio Nº 1196-2008-MTC/25 de fecha 24/11/2008 el Concedente señaló a COVISUR que la fecha de inicio de la Fase de Ejecución de las Obras sería el día 27/11/2008.
3. Mediante Oficio Nº 094-09-GS-OSITRAN de fecha 12/01/2009, 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 31/12/2008.
4. Con Carta Nº 0029-2009-COVISUR recibida por OSITRAN con fecha 14 de enero del 2009, la empresa COVISUR entregó el Reporte de Avance de Obra Nº 01.
5. Mediante Carta Nº 0109-2009-COVISUR recibida por OSITRAN con fecha 10 de febrero del 2009, la empresa COVISUR entregó el Reporte de Avance de Obra Nº 02.
6. Con Carta Nº 0141-2009-COVISUR recibida por OSITRAN con fecha 04 de marzo del 2009, la empresa COVISUR entregó el Reporte de Avance de Obra Nº 03.

7. El día 29 de abril de 2009, mediante Oficio N° 1393-09-GS-OSITRAN se notificó a la empresa 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.

“(…)”

8. El 14 de mayo de 2009, mediante Carta N° 0306-2009-COVISUR, la empresa COVISUR presentó sus descargos.

II. ANÁLISIS

- De la Obligación contractual:

9. El numeral 1.4 del Anexo IX del Contrato de Concesión establece la obligación de COVISUR de presentar dentro de los tres (03) días siguientes a la culminación del periodo correspondiente, el Reporte de Avance de Obra (RAO), conforme detallamos a continuación:

Procedimiento de Control de Avances Mensuales.

“(…)”

1.4 Los Reportes de Avance de Obra 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.
“(…)”

(Lo resaltado y subrayado es nuestro)

- De la tipificación efectuada por OSITRAN:

10. Mediante el Oficio N° 1393-09-GS-OSITRAN se le notificó a la empresa COVISUR, que el presunto incumplimiento de la obligación establecida en el numeral 1.4 del Anexo IX del Contrato de Concesión, se encontraba tipificada en el Artículo 38° del Reglamento de Infracciones y Sanciones¹ (RIS), el cual señala lo siguiente:

¹ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN (publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 24 de diciembre de 2003; y, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 077-2005-CD-OSITRAN (publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 15 de diciembre de 2005; y, por Resolución de Consejo Directivo N° 005-2007-CD-OSITRAN, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 18 de enero de 2007

“Artículo 38°.- 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)

- De los descargos presentados:

11. A continuación se procederá a analizar los descargos presentados por la empresa COVISUR:

- a) De la tardanza significativa en la entrega de información.
- b) De la tipificación de la infracción.
- c) De la atenuante de responsabilidad por infracciones.
- d) De la inexistencia de beneficios obtenidos

- Con respecto al literal a) De la tardanza significativa en la entrega de la información alegada por COVISUR

12. Sobre el particular, en su escrito de descargos la empresa COVISUR refiere en los numerales II.4 y II.8 lo siguiente:

II.4 De acuerdo a los hechos antes descritos, resulta evidente que COVISUR sí cumplió con presentar la información ante el REGULADOR aunque con una demora mínima de 1 día para el caso del mes de febrero del 2009 y una demora de 8 días para los meses de diciembre de 2008 y enero de 2009. En ese sentido, estaríamos frente a una infracción relativa a la información, específicamente a la demora en el suministro de información, calificada como infracción de tipo leve, de acuerdo a lo establecido en el artículo 31.2 del Reglamento de Infracciones y Sanciones.

(Lo subrayado es nuestro)

II.8 Con relación al artículo materia de análisis debemos mencionar que en la medida que ha quedado claro que no nos encontramos frente a un supuesto de “no entrega de información”, debemos analizar si de acuerdo a los hechos descritos nos encontramos frente a un supuesto de “tardanza significativa en la entrega de la información”

13. Respecto a este punto, debemos precisar que en el presente Procedimiento Administrativo Sancionador, no se está dilucidando si la empresa COVISUR cumplió o no con presentar la información ante el REGULADOR, menos aún si la fecha en la cual presentaron dicha información, configura o no como una tardanza significativa.

14. Lo cuestionado es, que la presentación de dicha información, no se realizó en los plazos establecidos en el Contrato de Concesión, es decir, dentro de los tres (03) días siguientes a la culminación del periodo correspondiente al reporte, además de ello, cabe señalar que el

incumplimiento materia de autos, se efectuó de manera repetida para los meses de diciembre de 2008, enero y febrero de 2009.

15. Dicho ello, no resulta de aplicación lo señalado por la empresa COVISUR en su escrito de descargos, al manifestar que tratándose de una infracción relativa a la información, calificaría como una infracción de tipo leve de acuerdo a lo establecido en el artículo 31.2 del RIS.

16. El artículo invocado por la empresa COVISUR, no se adecua al incumplimiento materia de autos, dicho tipo legal, está relacionado a la no entrega de información solicitada, que previamente haya sido requerida por escrito, condición que no se advierte en el presente caso, por cuanto la obligación incumplida de entrega de información deviene del Contrato de Concesión y no de un requerimiento escrito efectuado por OSITRAN o un tercero que actúe por él.

- **Con respecto al literal b) De la tipificación de la infracción alegada por COVISUR.**

17. Como ya se mencionó en el párrafo anterior, la empresa COVISUR señaló en su escrito de descargos, que la conducta infractora calificaría como una infracción de tipo leve, de acuerdo a lo establecido en el artículo 31.2 del RIS referido a la demora en el suministro de la información.

18. Al respecto, veamos lo que señala el artículo invocado por la empresa COVISUR:

Artículo 31°.- Demorar el suministro de la información

31.2 *Si el incumplimiento se produce en los supuestos a que se refiere el numeral 30.2, incurrirá en infracción leve.*

(Lo subrayado es nuestro)

19. De la lectura del citado artículo, podemos observar claramente que se hace referencia a aquellos supuestos señalados el numeral 30.2 del RIS. Ahora veamos a continuación el contenido del referido numeral:

Artículo 30°.- No entregar información solicitada

(...)

30.2 *Si el incumplimiento se produce en los procesos de toma de decisiones, emisión de normas y opiniones técnicas o de las acciones de supervisión relativas a retribuciones, operación de servicios públicos, tasa de regulación, bienes, inversiones, seguridad de las personas, medio ambiente, información estadística y/u otros, incurrirán en infracción grave.*

20. Como se puede observar, el numeral citado, forma parte del artículo 30° del RIS, el cual claramente señala “No entregar información solicitada”, en tal sentido, dicho numeral, está referido al incumplimiento de la entrega de información que previamente haya sido requerida por el Regulador, no de aquella entrega de información, que corresponde a una obligación establecida en el Contrato de Concesión, como es el caso materia de análisis.

21. De otro lado, no es preciso tampoco lo señalado por la empresa COVISUR en el numeral II.5 de su escrito de descargos en donde manifiesta que:

II.5 Asimismo, es importante tener en consideración que los Reportes de Avances de Obra fueron entregados, tal como lo señala el propio OSITRAN, los días 14 de enero, 10 de febrero y 4 de marzo del año en curso, correspondientes a los reportes de los meses de diciembre del 2008, enero y febrero del 2009. Por tanto, en la medida que el Oficio notificado a COVISUR sobre el presunto incumplimiento a la obligación contractual contemplada en el artículo 1.3 y 14 del Anexo IX del Contrato, fue recepcionado por la empresa con fecha 29 de abril del 2009 queda claro que COVISUR, por decisión propia, decidió cumplir con su obligación antes de que fuera conminada para tal efecto.

(Lo subrayado y resaltado es nuestro)

22. Al respecto cabe precisar, que el Oficio N° 1393-09-GS-OSITRAN notificado a la empresa COVISUR, no representa un requerimiento, ni menos aún la conminación al cumplimiento de una obligación como lo señala COVISUR, sino que, mediante dicho Oficio este Regulador comunicó el presunto incumplimiento a la obligación establecida en el numeral 1.4 del Anexo IX del Contrato de Concesión, y en consecuencia el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador respectivo.
23. Ahora bien, la empresa COVISUR refiere en los numerales II.7, II.8 y II.9 de su escrito de descargos, que no es correcta la tipificación efectuada por OSITRAN al calificar el incumplimiento como una infracción grave de acuerdo al artículo 38° del RIS, por cuanto manifiestan, que no estamos frente a un supuesto de “no entrega de información”, sino ante un supuesto de tardanza, cuyo análisis debe orientarse a describir si los hechos materia del incumplimiento corresponden a un supuesto de “tardanza significativa en la entrega de la información”.
24. En sustento a ello, citan en los numerales II.10 y II.11 de su escrito de descargos, los informes N° 018-02-GS-P-OSITRAN y N° 001-05-GAL-OSITRAN emitidos por este Regulador en los años 2002 y 2005 respectivamente, en los cuales se desarrolla un análisis de los alcances de la frase “tardanza significativa en la entrega de la información”.
25. Si bien es cierto, dichos informes hacen referencia y desarrollan un análisis del criterio empleado a fin de determinar la “demora significativa” en la entrega de información, no corresponde su aplicación para el presente caso, por cuanto, conforme ya se señaló en el numeral 14 del presente informe, no estamos cuestionado si la empresa COVISUR cumplió o no con presentar la información ante el REGULADOR, menos aún si la fecha en la cual presentaron dicha información, configura o no como una tardanza significativa.
26. El incumplimiento materia del presente Procedimiento Administrativo Sancionador, se configura al no haber presentado la información correspondiente a los Reportes de Avance de Obras en los plazos establecidos en el Contrato de Concesión, es decir, dentro de los tres (03) días siguientes a la culminación del periodo correspondiente al reporte.
27. Por lo tanto, queda claro entonces, que la entrega de la información por parte de la empresa COVISUR, no se efectuó en el plazo establecido en el Contrato de Concesión, ahora bien, debemos considerar que dicho plazo acordado en el Contrato de Concesión, es una declaración

expresa que responde a la voluntad común de las partes, por lo tanto, su cumplimiento es obligatorio, conforme así lo establece el Principio de Vinculación Contractual previsto en el artículo 1361° del Código Civil², en esta medida, se advierte que la conducta de la Concesionaria es contraria al orden contractual establecido y como tal se encuentra tipificado en el artículo 38 del RIS.

28. Además de ello, cabe resaltar que dicha conducta, ha sido repetida en los periodos correspondientes a los meses de diciembre del 2008, enero y febrero del 2009, a pesar que es de pleno conocimiento de la empresa COVISUR, que el Contrato de Concesión establece claramente, una fecha máxima para la entrega de los Reportes de Avance de Obras, es decir dentro de los tres (03) días siguientes a la culminación del periodo mensual, y no después, como es el caso materia de autos, configurándose de ésta manera el incumplimiento a la obligación establecida.

29. Fuera de ello, se debe tener en cuenta también, que este Organismo Regulador mediante Oficio N° 094-09-GS-OSITRAN recibido por la empresa COVISUR con fecha 19 de enero de 2009, comunicó y recordó la obligación contenida en el Contrato de Concesión de presentar los RAO dentro de los 03 días siguientes a la culminación del periodo correspondiente, sin embargo, como ya se señaló anteriormente, dicho incumplimiento fue repetido para los meses posteriores a dicha comunicación.

- **Con respecto al literal c) De la atenuante de responsabilidad por infracciones alegada por COVISUR**

30. En el numeral II.5 de su escrito de descargos, la empresa COVISUR manifiesta, que al haber cumplido con su obligación antes de que fuera conminada para tal efecto, estarían frente a un supuesto que califica como atenuante de responsabilidad, sin embargo, es preciso señalar que mediante el Oficio N° 1393-09-GS-OSITRAN se notificó el presunto incumplimiento de la obligación contractual contemplada en el Contrato de Concesión, en tal sentido, dicho documento no corresponde a un requerimiento o solicitud efectuado por parte de este Regulador.

31. Sin embargo, teniendo en consideración que dicho incumplimiento no ha sido prolongado en el tiempo, sino que éste, responde a un incumplimiento del plazo contenido en el Contrato de Concesión, será tomado en cuenta como una atenuante, en el análisis para la graduación de la sanción.

- **Con respecto al literal d) De la inexistencia de beneficios obtenidos.**

32. La empresa COVISUR señala en el numeral III.1 de su escrito de descargos lo siguiente:

III.1 Consideramos importante que OSITRAN tenga en cuenta que la entrega de los Reportes de Avances de Obra por parte de COVISUR, con algunos días de

² **Artículo 1361.- Obligatoriedad de los contratos**

Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

demora, no han representado para la empresa ningún beneficio.

33. Lo afirmado por la empresa COVISUR coincide con lo señalado en el Informe N° 307-09-GS-OSITRAN³, en lo que respecta a los posibles beneficios obtenidos al no haber entregado los RAO dentro de los plazos establecidos en el Contrato de Concesión, en tal sentido, resulta necesario tomar en cuenta al momento de la graduación de la sanción, que no se ha evidenciado beneficios obtenidos por parte de la empresa COVISUR.
34. En ese orden de ideas, habiéndose acreditado la comisión de la infracción tipificada en el artículo 38° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS), corresponde determinar la sanción aplicable:
- i) **El principio de razonabilidad para graduar la sanción, teniendo en cuenta la existencia o no de intencionalidad.-** Como se podrá observar, en virtud de lo establecido en el Contrato de Concesión, la empresa concesionaria conocía perfectamente el momento, forma, condición y plazo en que debía presentar el Reporte de Avance de Obra, además de ello, este Organismo Regulador mediante Oficio N° 094-09-GS-OSITRAN recibido por la empresa COVISUR el 19 de enero de 2009, comunicó y recordó la obligación contenida en el Contrato de Concesión, de presentar los RAO dentro de los 03 días siguientes a la culminación del periodo correspondiente, no obstante ello, incumplió el plazo establecido en el Contrato de Concesión. Si bien lo sucedido no nos permite afirmar si existió o no intencionalidad, lo que si se evidencia es que hubo negligencia por parte de la empresa COVISUR para el cumplimiento de la obligación contractual aludida.
 - ii) **El perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición de la comisión de infracción.-** En el presente caso, cabe tener en cuenta, que éste Organismo Regulador, comunicó y recordó a la empresa COVISUR la obligación de presentar los RAO dentro de los 03 días siguientes a la culminación del periodo correspondiente, sin embargo, como ya se señaló anteriormente, dicho incumplimiento fue repetido para los meses posteriores a dicha comunicación. Respecto al perjuicio causado, conforme se desprende del Informe de Hallazgo remitido por el Supervisor de Inversiones, el incumplimiento detectado ha generado una afectación al Regulador, por cuanto al no recibir a tiempo la información contenida en los RAO, no puede verificar los avances de la ejecución de las obras en los términos señalados en el Anexo IX del Contrato de Concesión. Asimismo, se ha ocasionado una afectación a la empresa supervisora de las obras GMI S.A., debido a que ésta, valoriza sus servicios en función a los avances de las obras que presente el Concesionario, en tal sentido, al no presentar los Reportes de Avance de Obras en los plazos establecidos en el Contrato de Concesión, no ha permitido revisar y aprobar las valorizaciones del Supervisor de Obras; por otra parte, debemos precisar que dicha conducta se ha presentado en forma repetida tanto para el mes de diciembre de 2008 como para los meses de enero y febrero de 2009, configurándose de esta manera una repetición en la comisión de dicho incumplimiento.

³ Informe de Hallazgos.

- iii) **La finalidad de la Sanción Pecuniaria.-** Tal como se ha mencionado anteriormente para la aplicación de una sanción administrativa, como son las multas, debe tenerse en cuenta que la sanción debe cumplir la finalidad de desincentivar la conducta infractora, por lo que, en el presente caso corresponde imponer una multa que sea capaz de disuadir a la Concesionaria a cumplir oportunamente y sin necesidad de requerimiento previo alguno, las obligaciones contractuales asumidas.

35. Por tal motivo, la Gerencia de Supervisión recomienda imponer como sanción una multa ascendente a dos (2) UIT a la empresa COVISUR, por haber incumplido con la presentación del Reporte de Avance de Obras en el plazo establecido en el numeral 1.4 del Anexo IX del Contrato de Concesión.
36. Luego de la revisión del informe de vistos, esta Gerencia lo hace suyo y en consecuencia, lo incorpora íntegramente a la parte considerativa de la presente Resolución;
37. De conformidad con lo establecido en el Manual de Organización y Funciones (MOF) de OSITRAN, aprobado por Resolución N° 006-2007-CD-OSITRAN modificado por la Resolución N° 009-2009-CD-OSITRAN, concordante con lo establecido en el artículo 7° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN y sus modificatorias;

SE RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que la Entidad Prestadora Concesionaria Vial del Sur S.A., no cumplió con presentar los Reportes de Avance de Obras para los periodos 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, situación que se tipifica en el artículo 38° del el 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 75° 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.

Regístrese, Comuníquese y Archívese

JORGE MONTESINOS CÓRDOVA
Gerente General