



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

Presidencia Ejecutiva

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 053-2014-CD-OSITRAN

Lima, 11 de noviembre de 2014

VISTOS:

El Recurso de Apelación presentado por OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A., contra la Resolución de Gerencia General Nº 084-2014-GG-OSITRAN, el Informe de la Gerencia de Asesoría Jurídica Nº 105-2014-GAJ-OSITRAN, y los demás documentos que obran en el Expediente Administrativo, y;

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 30 de abril de 2009, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, Concedente) y la Sociedad Concesionaria OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A. (en adelante, Concesionario), suscribieron el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Vial Nuevo Mocupe-Cayaltí-Oyotún (en adelante, Contrato de Concesión);

Que, la función fiscalizadora y sancionadora que ejercen los Organismos Reguladores como OSITRAN, comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión, conforme establece el literal d) del artículo 3.1 de la Ley Nº 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos;

Que, en ejercicio de la función fiscalizadora y sancionadora de este Organismo Regulador, mediante Resolución Nº 084-2014-GG-OSITRAN¹, la Gerencia General de OSITRAN resolvió en primera instancia administrativa, imponer al Concesionario una multa equivalente a quince (15) UITs, por entregar al Regulador los Inventarios Anuales correspondientes a los años 2010, 2011 y 2012 fuera del plazo establecido en el Contrato de Concesión;

Que, dentro del plazo perentorio previsto en el artículo 72º de Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) de OSITRAN², concordante con el artículo 207º de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General – LPAG, el Concesionario interpuso recurso de apelación contra la referida Resolución de primera instancia; razón por la cual, y al cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 113º de la LPAG, corresponde que se admita a trámite y se resuelva el mismo;

Que, mediante Informe Nº 105-2014-GAJ-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN, luego de analizar el Expediente Administrativo, así como el escrito que contiene los argumentos del recurso de apelación presentado por el Concesionario, concluye señalando que, la impugnación presentada carece de sustento jurídico, en razón a que el Concesionario

¹ Notificada al Concesionario en fecha 19 de agosto de 2014, mediante Oficio Nº 344-2014-GG-OSITRAN.

² Aprobado por Resolución de Consejo Directivo Nº 023-2003-CD-OSITRAN y sus modificatorias.



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

Presidencia Ejecutiva

incumplió con su obligación de presentar el Inventario Anual de los años 2010, 2011, y 2012, conforme exige el Contrato de Concesión, advirtiendo que, la Gerencia General de OSITRAN, ha resuelto observando las obligaciones contractuales del Concesionario, así como el marco legal y regulatorio vigente;

Que, luego de evaluar los argumentos expuestos por el Concesionario y los demás elementos obrantes en el Expediente Administrativo, en base a los fundamentos y conclusiones expuestos en el Informe de Gerencia de la Asesoría Jurídica N° 105-2014-GAJ-OSITRAN, que este Colegiado hace suyo constituyéndolo como parte integrante de la presente Resolución, conforme a lo dispuesto en el numeral 6.2 del artículo 6° de la LPAG, se ha decidido desestimar en todos sus extremos el recurso de apelación presentado;

Que, en atención a las facultades y atribuciones establecidas en la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, la Ley N° 27332, Ley Marco de la Inversión Privada en Servicios Públicos, y lo dispuesto en el artículo 72° del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar INFUNDADO el recurso de apelación presentado por la Sociedad Concesionaria OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A., contra la Resolución de Gerencia General N° 084-2014-GG-OSITRAN, confirmando la referida resolución apelada.

Artículo 2°.- Disponer que se notifique la presente Resolución y el Informe N° 105-2014-GAJ-OSITRAN, a la Sociedad Concesionaria OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A., precisando que agota la vía administrativa, no procediendo por tanto ningún recurso en esta vía. Del mismo modo, ponerlos en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su calidad de ente Concedente, y las Gerencias de Supervisión y Fiscalización, y Administración y Finanzas de OSITRAN, para los fines correspondientes de acuerdo a ley.

Artículo 3°.- Declarar que la presente Resolución tiene carácter ejecutivo, siendo el plazo del Concesionario para el pago de la sanción establecida, quince (15) días contados a partir del día siguiente de notificada la Resolución, conforme a lo establecido en los artículos 74 y 75 del RIS de OSITRAN.

Artículo 4°.- Disponer la publicación de la presente Resolución en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe), y conforme establecen las disposiciones legales vigentes.

Regístrese, comuníquese y publíquese.



PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal. 39873



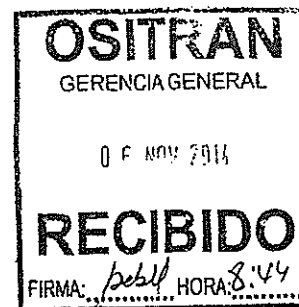
OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





INFORME N° 105-14-GAJ-OSITRAN

JUAN RAFAEL PEÑA VERA
Gerente General



De : JULISSA ROSAURA BACALLA IZQUIERDO
Gerente de Asesoría Jurídica (e)

Referencia: Expediente Administrativo Sancionador N° 015-2014-GS-OSITRAN

Asunto : Recurso de Apelación contra la Resolución de la Gerencia General
N° 084-2014-GG-OSITRAN

Fecha : 06 de Noviembre de 2014

I. OBJETIVO

- 1.- El objetivo del presente Informe es emitir opinión respecto al Recurso Administrativo de Apelación interpuesto contra la Resolución N° 084-14-GG-OSITRAN (en lo sucesivo, la Resolución N° 084) por la Entidad Prestadora OBRAINSA CONCESIÓN VALLE DEL ZAÑA S.A. (en adelante, el Concesionario u OBRAINSA).

II. ANTECEDENTES

- 2.- Con fecha 30 de abril de 2009, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, Concedente) y el Concesionario, suscribieron el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Vial Nuevo Mocupe-Cayaltí-Oyotún (en adelante, Contrato de Concesión).
- 3.- Con fecha 29 de diciembre de 2010, mediante Oficio Circular N° 5499-2010-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN remitió al Concesionario con el Plan Anual de Supervisión 2011, aprobado mediante Resolución N° 122-2010-GG-OSITRAN.
- 4.- Con fecha 8 de febrero de 2011, mediante Oficio N° 589-2011-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN comunicó al Concesionario que, a la fecha de recepción del señalado Oficio, no presentó el Inventario Anual de Bienes Reversibles y No Reversibles correspondiente al año 2010. Asimismo, solicitó al Concesionario remitir el mencionado inventario.
- 5.- Con fecha 15 de febrero de 2011, mediante Carta N° OBRAINSA 47670-2011, el Concesionario, en atención al Oficio N° 589-2011-GS-OSITRAN, comunicó al Regulador que le fue imposible cumplir con el requerimiento, en razón a que el Concedente no le había remitido el Inventario Inicial.
- 6.- Con fecha 4 de marzo de 2011, mediante Oficio N° 954-2011-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN reiteró al Concesionario la solicitud de remitir el mencionado inventario, señalando que el Contrato de Concesión no establece que, para presentar el Inventario Anual, se deba contar previamente con Inventario Inicial.



- 7.- Con fecha 11 de marzo de 2011, mediante Carta N° OBRAINSA 47805-2011, el Concesionario, en atención al Oficio N° 954-2011-GS-OSITRAN, remitió el Inventario Anual de Bienes Reversibles y No Reversibles del año 2010.
- 8.- Con fecha 27 de abril de 2011, mediante Oficio N° 1688-2011-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN comunicó al Concedente, con copia al Concesionario, que ha emitido observaciones al Inventario Anual presentado por el Concesionario mediante Carta N° 47805-2011, sustentadas en el Informe N° 686-2011-GS-OSITRAN, en el cual se concluye que no se remitió información referida al contenido mínimo del inventario y no se presentó el registro electrónico del inventario, lo cual deberá ser subsanado.
- 9.- Con fecha 30 de setiembre de 2011, mediante Oficio N° 4086-2011-GS-OSITRAN, el Regulador solicitó al Concesionario que le remita, en formato digital, información referida al Inventario Anual de Bienes de la Concesión del año 2010, remitido mediante Carta N° 47805-2011.
- 10.- Con fecha 7 de octubre de 2011, mediante Carta N° OBRAINSA 50366-2011, el Concesionario, en atención al Oficio N° 4086-2011-GS-OSITRAN, comunicó que ha adjuntado la información en versión digital del Inventario Anual de Bienes Reversibles y No Reversibles, remitido mediante Carta N° OBRAINSA 47805-2011.
- 11.- Con fecha 28 de diciembre de 2011, mediante Oficio Circular N° 5424-2011-GS-OSITRAN, recibido el 28 de diciembre de 2011, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN remitió a las empresas concesionarias, entre ellas el Concesionario, el Plan Anual de Supervisión 2012, aprobado mediante Resolución N° 096-2011-GG-OSITRAN.
- 12.- Con fecha 7 de febrero de 2012, mediante Oficio N° 578-2012-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN comunicó al Concesionario que, a la fecha de recepción del referido oficio, no presentó el Inventario Anual de Bienes Reversibles y No Reversibles correspondiente al año 2011; solicitándole remitir el mencionado inventario.
- 13.- Con fecha 20 de febrero de 2012, mediante Carta N° OBRAINSA 52070-2012, el Concesionario, en atención al Oficio N° 578-2012-GS-OSITRAN, remitió el Inventario Anual de Bienes Reversibles y No Reversibles del Año 2011.
- 14.- Con fecha 28 de febrero de 2012, mediante Oficio N° 871-2012-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN solicitó al Concesionario absolver las observaciones formuladas, señalando que, en el Inventario Anual remitido mediante Carta N° 52070-2012, no se señala la relación de los Bienes No Reversibles de la Concesión, ni la descripción de los mismos y no se remitió el mencionado inventario en registro electrónico.
- 15.- Con fecha 6 de marzo de 2012, mediante Carta N° OBRAINSA 52520-2012, el Concesionario, en atención al Oficio N° 871-2012-GS-OSITRAN, remitió el Inventario Anual de Bienes Reversibles y No Reversibles del año 2011 complementado e indicó la existencia de Bienes No Reversibles.
- 16.- Con fecha 13 de marzo de 2012, mediante Oficio N° 1076-2012-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN solicitó a la empresa supervisora URCL



CONSULTORES S.L. SUCURSAL PERÚ (en adelante, el Supervisor) efectuar un informe sobre la revisión del Inventario Anual 2011.

- 17.- Con fecha 21 de marzo de 2012, mediante Carta N° 21-2012.URCI.OBRA/NUEVOMOCUPE-OYOTÚN/JS, el Supervisor, en atención al Oficio N° 1076-2012-GS-OSITRAN, remitió al Regulador las observaciones al mencionado inventario.
- 18.- Con fecha 2 de abril de 2012, mediante Oficio N° 1266-2012-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN solicitó al Concesionario absolver las observaciones al mencionado inventario, realizadas por el Supervisor mediante Carta N° 21-2012.URCI.OBRA/NUEVOMOCUPE-OYOTÚN/JS; habiendo sido absueltas por el Concesionario por Carta N° OBRAINSA 53255-2012, recibida por el Regulador el 12 de abril de 2012.
- 19.- Con fecha 18 de abril de 2012, mediante Oficio N° 1642-2012-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN solicitó al Supervisor efectuar la verificación de las absoluciones realizadas por el Concesionario; ante lo cual el Supervisor comunicó al Regulador mediante Carta N° 25-2012.URCI.OBRA/NUEVOMOCUPE-OYOTÚN/JS, recibida el 24 de abril de 2012, que el levantamiento de observaciones al Inventario Anual 2011, realizado por el Concesionario, está conforme.
- 20.- Con fecha 9 de mayo de 2012, mediante Oficio N° 1862-2012-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN comunicó al Concesionario, con copia al Concedente, que ha verificado que el Concesionario cumplió con remitir el Inventario Anual de los Bienes de la Concesión 2011, sustentado en el Informe N° 1123-2012-GS-OSITRAN. Asimismo, precisó que la presentación del mencionado inventario se realizó de forma extemporánea a lo contractualmente establecido.
- 21.- Con fecha 23 de noviembre de 2012, mediante Oficio Circular N° 4875-2012-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN remitió a las empresas concesionarias, entre ellas al Concesionario, el Plan Anual de Supervisión 2013 aprobado mediante Resolución de Gerencia General N° 072-2012-GG-OSITRAN.
- 22.- Con fecha 28 de febrero de 2013, mediante Oficio N° 908-2013-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN comunicó al Concesionario la no presentación del Inventario Anual de Bienes Reversibles y No Reversibles correspondiente al año 2012; por lo que, solicitó remitir el mencionado inventario.
- 23.- Con fecha 6 de marzo de 2013, mediante Carta N° OBRAINSA 59750-2013, el Concesionario remitió el Inventario Anual de Bienes Reversibles y No Reversibles del año 2012.
- 24.- Con fecha 15 de marzo de 2013, mediante Oficio N° 1174-2013-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, en atención a la Carta N° OBRAINSA 59750-2013, comunicó al Concesionario, con copia al Concedente, que en dicho inventario no indicó claramente los registros de bienes muebles e inmuebles recibidos, altas, bajas por devolución, reducción de bienes y no se había precisado la existencia o inexistencia del estado de desuso de los bienes; y solicitó absolver las observaciones, sustentado en el Informe N° 654-2013-GS-OSITRAN; habiendo sido absueltas por el Concesionario por Carta N° OBRAINSA 60085-2013, recibida por el Regulador el 22 de marzo de 2013.



- 25.- Con fecha 3 de abril de 2013, mediante Oficio N° 1445-2013-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN comunicó al Concedente, con copia al Concesionario, que ha dado conformidad al Inventario Anual de los Bienes de la Concesión 2012, sustentado en el Informe N° 795-2013-GS-OSITRAN. Asimismo, precisó que el mencionado inventario ha sido remitido fuera del plazo establecido en el Contrato de Concesión.
- 26.- Con fecha 28 de marzo de 2014, mediante Oficio N° 1715-2014-GSF-OSITRAN, se notificó a la empresa Concesionaria OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A., por el presunto incumplimiento de la obligación establecida por la Cláusula 1.11 del Contrato de Concesión y el artículo 13° del Reglamento General de Supervisión.
- 27.- Con fecha 11 de abril de 2014, mediante Carta N° OBRAINSA-67041-14, la empresa Concesionaria OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A. remitió su escrito de descargos.
- 28.- Con fecha 07 de agosto de 2014, luego de evaluar los descargos presentados por el Concesionario, mediante Nota N° 777-2014-GSF-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización eleva a la Gerencia General, el Informe N° 2189-2014-GSF-OSITRAN, recomendando a la Gerencia General imponer al Concesionario como sanción una multa de quince (15) UIT, por no entregar los Inventarios Anuales 2010, 2011 y 2012 en el plazo establecido en la cláusula 1.11 del Contrato de Concesión.
- 29.- Con fecha 19 de agosto de 2014, mediante Oficio N° 344-2014-GG-OSITRAN, se notificó al Concesionario la Resolución de Gerencia General N° 084-2014-GG-OSITRAN, a través de la cual dicha Gerencia resolvió declarar que el Concesionario había incumplido con los establecido en la cláusula 1.11 del Contrato de Concesión, por entregar al Regulador los Inventarios Anuales correspondientes a los años 2010, 2011 y 2012 fuera del plazo establecido en el Contrato de Concesión, imponiéndole una multa equivalente a (15) UITs.
- 30.- Con fecha 9 de septiembre de 2014, el Concesionario interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 084-2014-GG-OSITRAN, solicitando al Consejo Directivo de OSITRAN que deje sin efecto la referida Resolución.
- 31.- Con fecha 10 de septiembre de 2014, se derivó a la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN el referido recurso de apelación. Adicionalmente, el 19 de septiembre de 2014, mediante Memorando N° 1591-2014-GSF-OSITRAN se remitió a esta Gerencia el Expediente Administrativo Sancionador N° 15-2014-GSF-OSITRAN.
- 32.- Con fecha 5 de noviembre de 2014, conforme a lo solicitado en el escrito que contiene su recurso de apelación, los representantes de la Sociedad Concesionaria OBRAINSA CONCESIÓN VALLE DEL ZAÑA S.A., hicieron uso de la palabra en la Sesión del Consejo Directivo de OSITRAN N° 528-2014-CD-OSITRAN.

III. ANÁLISIS

- 33.- Según lo señalado en el objeto del presente Informe, a fin de evaluar el Recurso de Apelación impuesto por OBRAINSA, se abordarán y evaluarán los siguientes puntos:

- A. Cuestión Previa: Análisis de Admisibilidad del Recurso.
- B. Respecto a la exigencia de la obligación de presentar los Inventarios Anuales



- C. Respecto de la alegada imposibilidad material y jurídica de aplicar la multa.
- D. Respecto a la presunta interpretación realizada por la Gerencia General
- E. De la presunta falta de tipicidad de la sanción impuesta por OSITRAN.
- F. De la supuesta falta de motivación y razonabilidad de la sanción impuesta por OSITRAN
- G. De la prescripción de las infracciones referidas a la entrega del Inventario Anual de año 2010

A. Cuestión Previa: Análisis de Admisibilidad del Recurso

34.- De la revisión del Recurso de Apelación se advierte que cumple con los requisitos de admisibilidad exigidos por los artículos 113 y 211 de la LPAG¹, y conforme a lo establecido en el artículo 72 del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) de OSITRAN.

35.- Por otra parte, con relación a la procedencia el artículo 209 de la LPAG establece lo siguiente:

"Artículo 209.- Recurso de apelación

El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación 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".

[Subrayado agregado]

36.- Asimismo, el artículo 72 del RIS de OSITRAN prescribe lo siguiente:

"Artículo 72.- Recurso de apelación

¹ LPAG

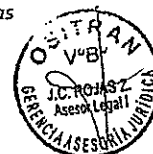
"Artículo 211.- Requisitos del recurso

El escrito del recurso deberá señalar el acto del que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el Artículo 113 de la presente Ley. Debe ser autorizado por letrado".

"Artículo 113.- Requisitos de los escritos

Todo escrito que se presente ante cualquier entidad debe contener lo siguiente:

- 1. Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería del administrado, y en su caso, la calidad de representante y de la persona a quien represente.*
- 2. La expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando le sea posible, los de derecho.*
- 3. Lugar, fecha, firma o huella digital, en caso de no saber firmar o estar impedido.*
- 4. La indicación del órgano, la entidad o la autoridad a la cual es dirigida, entendiéndose por tal, en lo posible, a la autoridad de grado más cercano al usuario, según la jerarquía, con competencia para conocerlo y resolverlo.*
- 5. La dirección del lugar donde se desea recibir las notificaciones del procedimiento, cuando sea diferente al domicilio real expuesto en virtud del numeral 1. Este señalamiento de domicilio surte sus efectos desde su indicación y es presumido subsistente, mientras no sea comunicado expresamente su cambio.*
- 6. La relación de los documentos y anexos que acompaña, indicados en el TUPA.*
- 7. La identificación del expediente de la materia, tratándose de procedimientos ya iniciados".*



En caso de que el interesado opte por interponer el recurso de apelación, lo hará en el plazo de quince (15) días contados desde la notificación de la Resolución de la Gerencia General a través de la cual se hubiese impuesto la sanción o resuelto la reconsideración".

[Subrayado agregado]

- 37.- Como se aprecia de lo citado, en el procedimiento sancionador ante el OSITRAN, la entidad prestadora que impugne la resolución a través de la cual se le impone alguna sanción, tiene un plazo de 15 días para presentar su respectivo Recurso de Apelación ante la Gerencia General.
- 38.- En el presente caso, el Oficio N° 344-2014-GG-OSITRAN a través del cual se remitió la Resolución de Gerencia General N° 084-2014-GG-OSITRAN, fue notificado el 19 de agosto de 2014; por lo cual, OBRAINSA contaba con plazo para presentar su recurso de apelación hasta el 09 de septiembre de 2014.
- 39.- Con relación a lo anterior, de la revisión correspondiente, se verifica que OBRAINSA presentó su recurso de apelación el 09 de septiembre de 2014, por lo tanto, cumple con los requisitos de procedencia exigidos por la normativa vigente, razón por la cual, y atendiendo a que el escrito cumple también con los requisitos de admisibilidad previstos en el artículo 113° de la LPAG, corresponde que el Consejo Directivo resuelva el recurso, poniendo fin a la vía administrativa, conforme a lo dispuesto en el artículo 72° del RIS.

B. Respecto de la obligación de presentar los Inventarios Anuales

- 40.- Uno de los principales argumentos del Concesionario está referido a que, según su interpretación, consideran que no existe obligación por parte de OBRAINSA de presentar información, dado que no se ha iniciado la explotación de la Concesión.
- 41.- Al respecto, OBRAINSA señala lo siguiente en el apartado IV de su Recurso de Apelación:

"2. Así, vemos que la posición del OSITRAN confunde clara y expresamente diferenciados en el Contrato: el plazo de Concesión, el Inicio de la Explotación, así como el momento en que se hace exigible la entrega de Inventarios Anuales.

Siguiendo lo desarrollado en la Cláusula 1.11 del Contrato de Concesión, el plazo de la Concesión se inicia desde la suscripción del Contrato hasta los 15 años en que culmina, plazo que se cuenta desde la fecha de inicio de la explotación. Siendo así, señala que el plazo de la Concesión se debe computar desde el inicio de la explotación, lo cual podrá realizarse cuando se hayan culminado las obras.

3. Si bien la diferencia puede ser sutil, no es lo mismo la fecha de suscripción de un contrato a la fecha en que, según se haya pacto, se empiece a contar la vigencia o duración de un contrato, dado que en la realidad ocurre que ambos momentos pueden ocurrir en distintas oportunidades.

Consideramos que tal es así, que este Contrato contiene dicha precisión, pues si la voluntad de las partes era que el plazo del Contrato se contaba desde su firma, se habría establecido en dichos términos sin incluir la diferenciación temporal al "inicio de la explotación".



- 42.- Con respecto a lo anterior, en primer término, cabe resaltar que la obligación de presentar los Inventarios Anuales, se deriva del Contrato de Concesión. En efecto, la cláusula 1.11 de dicho instrumento contractual señala:

"Definiciones

1.11.- En este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:

(...)

Inventarios

Son los Inventarios Inicial, de Obra, Anual y Final, elaborados y presentados conforme a los términos siguientes:

(...)

c) Inventario Anual.- Es el listado de los Bienes Reversibles y no Reversibles con los que cuenta el CONCESIONARIO a las fechas de cierre anual de cada año de vigencia del Contrato hasta la Caducidad de la Concesión, que será presentado por el CONCESIONARIO al CONCEDENTE y al REGULADOR en forma anual, antes del 30 de enero de cada Año de la Concesión, y durante todo el plazo de vigencia de la misma".
[Subrayado nuestro]

- 43.- Siendo así, es preciso establecer el plazo de vigencia de la Concesión. Al respecto, el Contrato de Concesión señala lo siguiente:

"Definiciones

1.11.- En este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:

(...)

Plazo de la Concesión

Es el periodo comprendido entre la Fecha de Suscripción del Contrato y la Caducidad de la Concesión". [Subrayado nuestro]

"SECCIÓN IV: PLAZO DE LA CONCESIÓN

Plazo

4.1.- El Plazo de la Concesión se inicia en la Fecha de Suscripción del Contrato y culmina a los quince (15) años, contados desde la Fecha de Inicio de la Explotación, salvo los casos de prórroga, conforme a los términos y condiciones previstos en el presente Contrato".
[Subrayado nuestro]

- 44.- Al respecto, el Contrato de Concesión es claro al establecer que el plazo de la Concesión inicia con la Fecha de Suscripción del Contrato, es decir, el 30 de abril de 2009, fecha en que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Concesionario, suscribieron el Contrato de Concesión, y culmina a los (15) años, contados desde la Fecha de Inicio de la Explotación, salvo los caso de prórroga.

- 45.- Evidentemente, el hecho que el término o culminación del Contrato de Concesión se encuentre ligado a la Fecha de Inicio de Explotación, de ningún modo implica que el Plazo de la Concesión no se haya iniciado en la Fecha de Suscripción del Contrato, conforme explícitamente se señala en la cláusula 4.1.



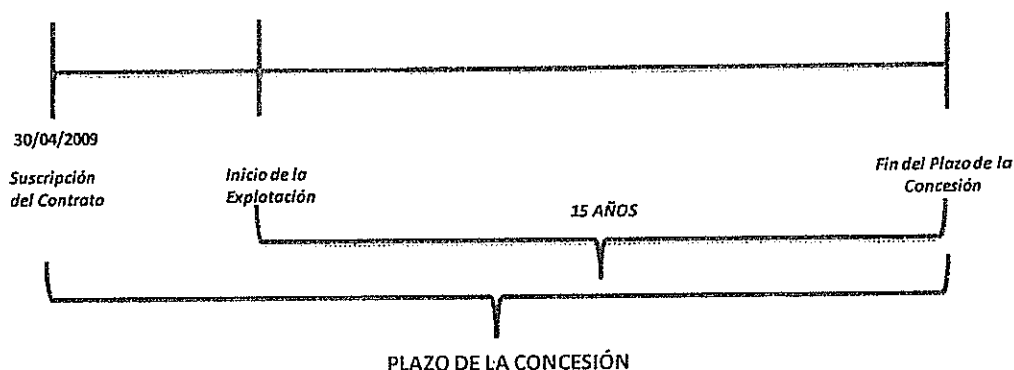
46.- Adicionalmente, el Contrato de Concesión señala lo siguiente:

"Condiciones a las obligaciones del CONCESIONARIO

3.4.- *La obligación del CONCESIONARIO de cumplir las obligaciones que estipula este Contrato, deriva de la adjudicación de la Buena Pro, como resultado del proceso de Concurso y del cumplimiento en o antes de la Fecha de Suscripción del Contrato por parte del CONCEDENTE, de las condiciones establecidas en la presente cláusula, de todo lo cual se deja constancia en el acta que se firma conjuntamente con la suscripción del Contrato". [Subrayado nuestro]*

47.- Siendo así, todas las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión son exigibles al Concesionario desde el momento de adjudicación de la Buena Pro como resultado del proceso de Concurso, y del cumplimiento en o antes (inclusive) de la Fecha de Suscripción del Contrato por parte del Concedente.

48.- De acuerdo con la interpretación que realiza el Concesionario, el inicio de la explotación de la concesión define el inicio y la culminación del plazo de Concesión. No obstante, de acuerdo con la cláusula 4.1. antes mencionada, el plazo de la concesión deberá contarse conforme el siguiente gráfico:



49.- Conforme se observa, la cláusula 4.1.al hacer referencia a la Fecha de Inicio de la Explotación, lo hace únicamente para señalar el cómputo de los 15 años, después de los cuales culmina la vigencia de la concesión. Por lo tanto, lo señalado por el concesionario respecto a que su obligación de presentar los Inventarios Anuales, solo es exigible una vez iniciada la Explotación, carece de sustento jurídico, toda vez que, reiteramos, el Plazo de la Concesión, se inicia desde la Fecha de Suscripción del Contrato.

50.- En este punto, cabe precisar de acuerdo a lo expresamente señalado en la cláusula 8.9 del Contrato de Concesión², la Fecha de Inicio de la Explotación es aquella en la cual se da la aprobación de la totalidad de las Obras de Construcción por parte del Concedente, conforme a lo señalado en las Cláusulas 6.28 a 6.33; razón por la cual, debe quedar totalmente claro que, el hecho que la Construcción de las Obras no haya culminado aún, de ningún modo afecta el plazo de quince (15) años previsto para la Explotación de la Concesión, el cual se mantiene incólume.

² Al respecto, el Contrato de Concesión, establece:

"Inicio de la Explotación

8.9.- *La Fecha de Inicio de la Explotación es aquella en la cual se da la aprobación de la totalidad de las Obras de Construcción por parte del CONCEDENTE, conforme a lo señalado en las Cláusulas 6.28 a 6.33".*



- 51.- En tal sentido, carece de asidero jurídico lo argumentado por los representantes del Concesionario, al hacer uso de la palabra en la Sesión de Consejo Directivo N° 528-2014-CD-OSITRAN, llevada a cabo el 5 de noviembre de 2014, cuando se afirma que lo resuelto por la Gerencia General podría implicar que en un futuro se pretenda interpretar una reducción del plazo de quince (15) años previsto en el Contrato de Concesión para la Explotación de la Concesión, ya que dicho plazo se cuenta desde la aprobación de la totalidad de las Obras de Construcción por parte del Concedente, conforme expresamente establece el contrato de concesión.
- 52.- En suma, como puede observarse de las cláusulas 1.1. y 4.1., el Concesionario tenía la obligación de presentar a OSITRAN, antes del 30 de enero de cada año de la Concesión, el inventario anual respectivo; dicha obligación es exigible desde la firma del contrato de concesión, es decir, el 30 de abril de 2009.

C. Respecto de la alegada imposibilidad formal y jurídica de aplicar la multa.

- 53.- El Concesionario señala que el artículo 61 del RIS, referido a la escala de sanciones, establece que el monto de la multa se calculará en base a los ingresos operativos anuales. Así mismo, indica que para una empresa operadora cuente con ingresos operativos, debe realizar una actividad económica que genere dichos ingresos, es decir, debe realizar en este caso explotación de la concesión, actividad que otorga el derecho para cobrar a los usuarios del servicio una tarifa.
- 54.- Al respecto, cabe señalar que, el artículo 63 del RIS señala la forma en que deberán determinarse los ingresos operativos a fin de calcular el monto de la multa.

"Artículo 63º.- Determinación de ingresos operativos

Para efectos de la determinación de los ingresos operativos anuales se tendrá en consideración los ingresos registrados en los estados financieros del año anterior a la comisión de la infracción. Forman parte de los ingresos operativos de la Concesión los aportes que reciba la entidad prestadora por concepto de mantenimiento y operación de parte del Estado.

En caso de una nueva concesión se estimará el ingreso anual multiplicando por doce (12) el promedio de ingreso mensuales registrados desde la fecha de inicio de explotación.

En situaciones en las que no se disponga de información histórica de ingresos operativos utilizará como referencia los ingresos proyectados del primer año de explotación de la Concesión." (El subrayado es nuestro)

- 55.- Conforme se advierte, el primer aspecto que destaca la norma, es que, para la determinación de los ingresos operativos anuales del Concesionario, se tendrá en consideración los ingresos registrados en los estados financieros del año anterior a la comisión de la infracción; siendo ello así, los estados financieros, constituyen, fundamentalmente, el instrumento a través del cual, se verifica, efectivamente, los ingresos del Concesionario.
- 56.- En este punto, es importante precisar que cuando en el artículo 63º de la norma se señala que "Forman parte de los ingresos operativos de la Concesión los aportes que reciba la entidad prestadora por concepto de mantenimiento y operación por parte del Estado", no se está excluyendo a los demás ingresos registrados en los Estados Financieros de la Concesión, sino más bien, se está sumando a dichos ingresos los referidos aportes por concepto de mantenimiento y operación por parte del Estado.



57.- En ese mismo sentido, el último párrafo de la norma dispone: "En situaciones en que no se disponga de información histórica de ingresos operativos SE utilizará como referencia los ingresos proyectados del primer año de explotación de la Concesión", de lo anterior, se colige claramente que, para la determinación de los ingresos operativos también se puede considerar los ingresos proyectados del primer año de explotación de la Concesión³; reiterándose que, en ningún extremo de la norma regulatoria, se excluye a los demás ingresos obtenidos por el Concesionario que estén registrados en los estados financieros del año anterior a la comisión de la infracción.

58.- Así, el argumento expuesto por el Concesionario, esto es, considerar como base para el cálculo de las sanciones únicamente los ingresos derivados del cobro del Peaje, carece de sustento jurídico, toda vez que, en las Concesiones cofinanciadas como la que se da en el presente caso, los concesionarios (como el apelante) perciben ingresos que se registran en sus Estados Financieros, por las inversiones que realizan en la etapa de construcción (PPO), retribuidas por el Estado, en esa misma etapa. Adicionalmente, perciben ingresos por mantenimiento y operación (PAMO), retribuido por el Estado en la etapa de explotación, siendo relevante anotar que, el cobro del peaje constituye uno de los componentes de éste último ingreso, el cual por lo demás, se encuentra previsto y garantizado en el Contrato de Concesión⁴.

59.- Es así que, contrariamente a lo afirmado por el apelante, resulta plenamente aplicable al presente caso, el artículo 63° del RIS por parte de la primera instancia.

D. Respecto a la presunta interpretación realizada por la Gerencia General

60.- El Concesionario afirma de modo genérico e impreciso como uno de sus argumentos, que la Gerencia General ha realizado una indebida interpretación del Contrato de Concesión; añadiendo que, dicha Gerencia no es el órgano competente para realizar la interpretación de dicho instrumento contractual, sin señalar específicamente, qué cláusula(s) del Contrato de Concesión habrían sido interpretada(s) por dicho órgano del Regulador.

61.- Sin perjuicio de ello, cabe resaltar que de la revisión de la Resolución materia de apelación y el Informe N° 2189-2014-GSF-OSITRAN que la sustenta, no se advierte

³ En este punto, cabe anotar que en el Oficio N° 1715-2014-GSF-OSITRAN, el órgano instructor señaló: "Conforme a lo comunicado por la Jefatura de Carreteras Centro – Norte, los Ingresos Operativos Anuales registrados en los Estados Financieros de los años anteriores a la comisión de la infracción por la Empresa Concesionaria, ascienden a S/. 1,811,531 Nuevos Soles en el Año 2012; a S/. 5,325,649 Nuevos Soles en el Año 2011; no habiendo registrado ingresos durante el año 2010, por lo cual, se encuentra en la primera escala de acuerdo a lo establecido por el artículo 61° del RIS.

⁴ En el presente caso, de acuerdo a los términos definidos en la cláusula 1.13 del Contrato de Concesión, se tiene que el Concesionario percibe como ingresos:

"PAS (Pago por Servicio)

Es la contraprestación que percibirá el CONCESIONARIO por la realización de los actos previstos en el Contrato, destinados a la prestación de un servicio público que cumpla con los parámetros asociados a la inversión y a los Niveles de Servicio establecidos en el Contrato. El PAS no se altera en función de los ingresos por peaje. El PAS de acuerdo a la Oferta Económica adjudicada comprende:

• Pago por Obras (PPO)

Es el pago que tiene como finalidad retribuir la inversión en que incurre el CONCESIONARIO, que será cancelado a través del Fideicomiso de Administración mediante el reconocimiento de los avances de Obra a través de los CAO's, de acuerdo a los términos y condiciones establecidos en el Anexo II del Contrato.

• Pago por Conservación y Operación (PAMO)

Es el pago anual que tiene como finalidad retribuir las actividades de Conservación y / operación en que incurre el CONCESIONARIO para la prestación del Servicio, de acuerdo a los índices de serviciabilidad previstos en el presente Contrato. El pago se efectuará a través del Fideicomiso de Administración, durante el año, mediante cuatro (04) cuotas con periodicidad trimestral, que resulta de la división del PAMO entre cuatro (04) a partir del Inicio de la Explotación y por un periodo de quince (15) años".



ningún extremo que permita colegir la interpretación de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, conforme a los términos previstos en la normatividad vigente.

- 62.- En efecto, conviene recordar al Concesionario que, respecto a la interpretación de los Contratos de Concesión, el artículo 29° del REGO, establece:

*"Artículo 29.- Interpretación de los Contratos de Concesión
(...)*

La interpretación determina el sentido de una o más cláusulas del Contrato de Concesión, haciendo posible su aplicación. La interpretación se hace extensiva a sus, anexos, bases de licitación y circulares." (El subrayado es nuestro)

- 63.- Conforme se advierte, la referida norma regulatoria, establece que, a través de la interpretación del Contrato de Concesión, el Consejo Directivo de OSITRAN determina el sentido de una o más de sus cláusulas, haciendo posible su aplicación. En ese contexto, resulta evidente que, en los casos en que el instrumento contractual sea claro y no ofrezca dudas sobre su aplicación, la interpretación no resulta un requisito previo, para que los órganos de línea, precisamente apliquen y supervisen la ejecución del Contrato.

- 64.- Dicho lo anterior, se reitera que de la revisión y análisis realizado, se advierte que lo determinado por la Gerencia General se enmarca en los términos establecidos de modo claro e inequívoco en el referido instrumento contractual, no observándose ningún extremo oscuro o ambiguo en las cláusulas evaluadas por la primera instancia para resolver; razón por la cual, carece de sustento jurídico el argumento del apelante, por el cual, éste sostiene que la Gerencia General ejerció (indebidamente) la función de interpretación contractual, atribuida al Consejo Directivo de OSITRAN.

- 65.- Ciertamente, la cláusulas 4.1 del Contrato de Concesión, invocada por el apelante, establece de modo claro e inequívoco:

"4.1 El plazo de la Concesión se inicia en la Fecha de Suscripción del Contrato y culmina a los 15 (quince) años, contados desde la Fecha de Inicio de la Explotación, salvo los casos de prórroga conforme a los términos y condiciones en el presente Contrato."

- 66.- Conforme se advierte de la referida estipulación contractual, el plazo de la Concesión se inicia en la Fecha de Suscripción del Contrato y culmina a los 15 (quince) años, contados desde la Fecha de Inicio de Explotación, salvo los casos de prórroga conforme a los términos y condiciones de dicho instrumento contractual.

- 67.- Evidentemente, el hecho que el plazo para la culminación del Contrato de Concesión se compute desde la Fecha de Inicio de Explotación, de ningún modo desvirtúa el hecho que el plazo del Contrato de Concesión se inicia desde su suscripción, conforme explícitamente establece la mencionada cláusula. Más aún, ninguna estipulación contractual, establece que la presentación de los Inventarios Anuales que debe presentar el Concesionario se realiza desde el año siguiente a la Fecha de Inicio de Explotación, como entendería el apelante.

- 68.- Por el contrario, respecto a la oportunidad de presentación del Inventario Anual, establece:

"c) Inventario Anual.- Es el listado de los Bienes Reversibles y no Reversibles con los que cuenta el Concesionario a las fechas de cierre anual de cada año de vigencia del Contrato hasta la



caducidad de la Concesión, que será presentado por el Concesionario al Concedente y al Regulador en forma anual, antes del 30 de enero de cada Año de la Concesión, y durante todo el plazo de vigencia de la misma." (El subrayado es nuestro)

- 69.- En ese orden de ideas, el argumento que sostiene el Concesionario, esto es, que la presentación del Inventario Anual se realiza desde la Fecha de Inicio de Explotación, carece de sustento jurídico, toda vez que, la presentación de los Inventarios Anuales materia del procedimiento administrativo sancionador debe realizarse anualmente antes del 30 de enero de cada Año de la Concesión, y durante todo el plazo de vigencia de la misma; destacándose que, el Contrato de Concesión define explícitamente el término Año de la Concesión⁵, como el periodo anual computado desde la fecha de su suscripción.

E. De la presunta falta de tipicidad de la sanción impuesta por OSITRAN.

- 70.- Respecto a este punto, el Concesionario afirma que se ha vulnerado el Principio de Tipicidad establecido en la LPAG. Ello -según manifiesta- se sustentaría en el hecho que el artículo 38° del RIS⁶, en virtud del cual se le sanciona por no presentar a OSITRAN la información establecida en la cláusula 1.11 del Contrato de Concesión, ha sido aprobado por una Resolución del Consejo Directivo de OSITRAN y no por una norma con rango de Ley.

- 71.- Sobre el particular, a efectos de analizar el argumento expuesto por el Concesionario, corresponde remitirnos a la LPAG, cuyo artículo 230 en su numeral 4, prevé:

"Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa .

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

(...)

4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria".

- 72.- Con relación a lo anterior, cabe remarcar nuevamente que el literal c) del 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 sobre el alcance de la función normativa atribuida a OSITRAN:

"Artículo 3.- Funciones

⁵ Al respecto, la cláusula 1.11 del Contrato de Concesión, establece:

"Año de la Concesión

Es el periodo anual computado desde la Fecha de Suscripción del Contrato, contado de fecha a fecha, concluyendo un día igual al del año en el que se inició el cómputo".

⁶ RIS

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.



3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

"c) *Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;*

Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador."

d) *Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión";*

73.- En ese marco legal, se tiene que claro que en el presente caso, no se ha vulnerado el principio de tipicidad previsto en la Ley N° 27444, como afirma el Concesionario, toda vez que, en ejercicio de la competencia y función normativa atribuida por Ley a este Organismo Regulador, el Consejo Directivo del OSITRAN aprobó el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, que tipifica (conforme habilita la norma con rango de Ley) las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión.

F. De la supuesta falta de motivación y razonabilidad de la sanción impuesta por OSITRAN

74.- Con relación al análisis de graduación de la sanción realizada, OBRAINSA ha cuestionado la falta de motivación en la imposición de la multa ascendente a 15 UIT. Al respecto, alega que la decisión de imponer la multa, carece de motivación y constituye una multa arbitraria y nula, dado que –según señala- cuando correspondía un máximo de 60UIT, conforme con el artículo 61 del RIS, se dispuso una multa de 15 UIT sin precisar el sustento o fórmula de cálculo de la aplicación de ese monto en particular, y sin tener en cuenta los factores atenuantes o agravantes de la falta.

75.- Pues bien, a fin de examinar este punto, conviene remitirnos a lo señalado por la primera instancia en el Informe N° 2189-2014-GSF-OSITRAN, que sustenta la Resolución materia de impugnación:

"De acuerdo a lo notificado a la empresa Concesionaria OBRAINSA Valle del Zaña S.A. mediante el Oficio N° 1715-2014-GSF-OSITRAN, y en consideración que se ha evidenciado que la empresa Concesionaria remitió los Inventarios Anuales, fuera del plazo que establece la Cláusula 1.11 del Contrato de Concesión (antes del 30 de enero de cada año de la Concesión), es decir, con 46 (Inventario Anual 2010), 24 (Inventario Anual 2011) y 36 (Inventario Anual 2012) días calendario de atraso, respectivamente, contados a partir del vencimiento del plazo máximo estipulado en el



Contrato de Concesión, lo que ha generado una afectación al regulador al no permitirle cumplir a cabalidad con su función de supervisión. En tal sentido, el incumplimiento materia del presente procedimiento califica como Grave, de acuerdo con el artículo 38 del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) por lo que, en aplicación del artículo 61° del mismo reglamento, correspondería como sanción una multa de hasta 60 UIT.

Para la determinación de la sanción se debe considerar entre otros, el Principio de Razonabilidad para graduar la sanción, teniendo en cuenta la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; el perjuicio económico causado; la repetición y/o continuidad de la comisión de la infracción; las circunstancias de la comisión de la infracción; el beneficio ilegalmente obtenido; efectos en la calidad del servicio a los usuarios; y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

(...)

Cabe agregar, que si bien se ha verificado la comisión de la infracción he incluso ésta ha sido aceptada por parte de la Concesionaria en su escrito de descargos, siendo una infracción grave y, atendiendo a que no se establece en el artículo 61° del RIS un parámetro mínimo para establecer la multa a ser aplicada, pero que, sin embargo se debe considerar para el ejercicio de la potestad sancionadora del Regulador, el principio de proporcionalidad. En tal sentido, se considera que debería imponerse como sanción una multa de quince (15) a la empresa concesionaria OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A., por el incumplimiento detectado."

76.- Asimismo, es preciso anotar que en los numerales 59 y 60 del informe que da sustento a la Resolución impugnada, se analizan de manera individual los criterios de graduación de la cuantía conforme a lo siguiente:

a) *Gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido*

Respecto a este punto, señala que con la conducta de OBRAINSA se afectó al Regulador en su labor de supervisión y fiscalización, máxime si en los Planes de Supervisión 2011, 2012 y 2013, se establecieron para el mes de febrero actividades de supervisión de gabinete que el Regulador debía cumplir, tomando como base el Inventario Anual que la empresa concesionaria estaba obligada a remitir.

Asimismo, se indica que OBRAINSA no ha demostrado idoneidad en el cumplimiento de sus funciones como Concesionaria, quedando demostrado que se le puede imputar responsabilidad por los hechos ocurridos, debido a que estaba dentro de su esfera de dominio, el poder evitar los sucesos ocurridos con medidas correctivas que se encontraban a su alcance.

b) *Perjuicio económico causado, así como al beneficio ilegalmente obtenido*

Al respecto, señala que el Informe de Hallazgos N° 111-2012-GS-OSITRAN, no ha evidenciado perjuicio económico causado. En lo referido al beneficio ilícito señala que, la probabilidad de detección de la infracción es muy alta debido a que las consecuencias derivadas de no cumplir con presentar el Inventario Anual correspondiente a los años 2010, 2011 y 2012, puede ser de fácil conocimiento del Regulador por las acciones de supervisión.

c) *La Repetición y/o continuidad de la comisión de la infracción*

El informe señala que, se verificó que no existe antecedente de sanción o conducta similar en años anteriores, por parte de la empresa Concesionaria, por lo que se descarta una conducta repetitiva.

d) *La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor*



Al respecto, se indica que se debe considerar que el Concesionario conocía del plazo establecido para la presentación del Inventario Anual; no obstante, ello, remitió los Inventarios luego de ser requeridos por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización mediante Oficios. Por lo cual, no se pudo establecer si hubo o no intencionalidad por parte de la empresa.

e) Efectos en la calidad del servicio a los usuarios.

Al respecto, indica que el incumplimiento del Concesionario de presentar los Inventarios Anuales inciden en la calidad del servicio a los usuarios, debido a que, durante el tiempo de retraso no se pudo verificar el estado de los bienes reversibles y no reversibles con los que cuenta la Concesión y que constituyen bienes esenciales para la prestación del servicio.

f) Conducta procesal del Concesionario.

Señalan que no se advirtió que OBRAINSA haya tenido una inadecuada conducta procesal en el presente procedimiento administrativo sancionador.

77.- De lo anterior, se verifica claramente que, contrariamente a lo afirmado por el Concesionario, la Resolución materia de impugnación, motivó expresamente las razones atenuantes y agravantes para graduar la cuantía de la sanción; resaltándose que, ni la normatividad regulatoria vigente y mucho menos la LPAG, establecen una "fórmula de cálculo" para estimar el monto de la multa como sugiere el Concesionario.

78.- Dicho lo anterior, conforme señala Morón, en el sentido que un proceso racional de individualización de la sanción administrativa, debe considerar los siguientes momentos:

- i. La identificación del rango mínimo que corresponde a la infracción comprobada.
- ii. La ponderación de la existencia o no de aquellas circunstancias calificadas por la norma expresa, de modo que se permita razonablemente incrementar el mínimo de la sanción.
- iii. La ponderación de la existencia o no de las circunstancias atenuantes previstas en las normas, de modo que el quantum sancionador estimado razonable con las agravantes sea moderado en función de los atenuantes comprobados⁷.

79.- En el marco expuesto y, atendiendo a que, de conformidad con lo indicado por el RIS, a fin de determinar la cuantía de la sanción aplicable a OBRAINSA, se ha verificado que:

- i. La infracción cometida por OBRAINSA se encuentra regulada en el artículo 38 del RIS, norma que la califica como GRAVE. Por su parte, el artículo 61 del RIT establece que, de acuerdo con los ingresos operativos anuales, las infracciones Graves pueden ser sancionadas hasta con 60 UIT, mientras que las leves hasta 25 UIT.
- ii. En el presente caso se han comprobado la existencia de cuatro criterios agravantes en el marco de lo dispuesto por el RIS y la LPAG.
- iii. Se ha comprobado la existencia de dos atenuantes en el presente caso.

80.- En atención a lo expuesto, al haberse verificado que, en el marco de los criterios establecidos en el RIS y la LPAG, la Gerencia General de OSITRAN, realizó la motivación para efectos de graduar la sanción impuesta, corresponde desestimar los argumentos expuestos por el Concesionario, en el aludido extremo de su recurso de apelación.



⁷ Op. Cit. Pp. 695-696.

G. De la prescripción de las infracciones referidas a la entrega del Inventario Anual de año 2010

81.- Al respecto, en las páginas 35 y 36 de su Recurso de Apelación, OBRAINSA señala lo siguiente:

"Que, sin perjuicio de los argumentos antes expuestos que aplican a todas la imputaciones efectuadas, debemos señalar que la facultad administrativa de OSITRAN para determinar la existencia de la pretendida infracción de no entregar el Inventario Anual correspondiente al año 2010 por parte de OBRAINSA, ha prescrito, toda vez que esta conducta es previa a los cuatro años anteriores al inicio del presente procedimiento sancionador

(...)

En el presente caso, este plazo se deberá considerar desde que se notificó a OBRAINSA con el inicio del procedimiento sancionador, lo cual ocurrió el 28 de marzo de 2014 mediante Oficio N° 1715-2014-GSF-OSITRAN, en el cual se imputaba entre otras infracciones, el incumplimiento de presentar a tiempo el Inventario Anual 2010

En tal sentido, para dicho incumplimiento aplicaría la prescripción, toda vez que como bien ha resaltado la Gerencia General del OSITRAN, el plazo máximo para presentar dicha información vencía el 29 de enero de cada año de la concesión, es decir antes del 30 de enero, tal como se establece en la definición de Inventario Anual contenida en la cláusula 1.11 del Contrato de Concesión

(...)

Por tanto, en este caso el plazo máximo para presentar el Inventario Anual correspondiente al año de Concesión 2010 vencía el 29 de enero de 2010, por lo que la facultad para determinar infracciones administrativas en relación con esta obligación en particular debía ser ejercida como máximo luego de cuatro años, es decir al 29 de enero de 2014. Toda vez que el procedimiento sancionador fue iniciado el 28 de marzo de 2014, la facultad de OSITRAN YA HABÍA PRESCRITO a dicha fecha, pudiendo conocer como máximo infracciones ocurridas hasta el 28 de marzo de 2010, y no anteriores como ésta de 29 de enero, es decir dos meses antes".

82.- En relación a este punto, cabe precisar que, efectivamente, el RIS no regula de manera expresa el plazo de prescripción del procedimiento sancionador a cargo de OSITRAN, por lo que en aplicación supletoria del artículo 233 de la LPAG⁸, esta prescribe a los cuatro (4)

⁸ Al respecto, el artículo 233° de la LPAG, establece:

"Artículo 233.- Prescripción

233.1 La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas⁸, prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio del cómputo de los plazos de prescripción respecto de las demás obligaciones que se deriven de los efectos de la comisión de la infracción. En caso ello no hubiera sido determinado, dicha facultad de la autoridad prescribirá a los cuatro (4) años.

233.2 El cómputo del plazo de prescripción de la facultad para determinar la existencia de infracciones comenzará a partir del día en que la infracción se hubiera cometido o desde que cesó, si fuera una acción continuada.

El cómputo del plazo de prescripción sólo se suspende con la iniciación del procedimiento sancionador a través de la notificación al administrado de los hechos constitutivos de infracción que les sean imputados a título de cargo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 235, inciso 3 de esta Ley. Dicho cómputo deberá reanudarse inmediatamente si el trámite del procedimiento sancionador se mantuviera paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles, por causa no imputable al administrado."

233.3 Los administrados plantean la prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos, debiendo en caso de estimarla fundada, disponer el inicio de las acciones de responsabilidad para dilucidar las causas de la inacción administrativa.



años computados a partir del día en que la infracción se hubiera cometido o desde que cesó, si fuera una acción continuada.

- 83.- En ese orden legal, y considerando que, conforme ha quedado señalado líneas arriba, de acuerdo al procedimiento previsto en la definición de Inventario Anual contenida en la cláusula 1.11 del Contrato de Concesión, la infracción cometida por OBRAINSA (no presentar el Inventario Anual del 2010⁹) se produjo al día siguiente de la fecha máxima para su presentación, esto es, el 28 de enero de 2011, dado que era el último día hábil del mes de enero de 2011, la prescripción de la sanción opera recién en enero del año 2015.
- 84.- En ese orden de ideas, carece de sustento el argumento del Concesionario, por el cual, éste sostiene que la facultad del Regulador para determinar la sanción por no presentar el Inventario Anual del año 2010, prescribió el 29 de enero de 2014, la prescripción alegada, opera recién en enero de 2015.

IV. CONCLUSIONES

- 85.- Los argumentos expuestos por la Sociedad Concesionaria OBRAINSA CONCESIÓN VALLE DEL ZAÑA S.A., en su recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 084-2014-GG-OSITRAN, carecen de sustento jurídico, por lo que dicho recurso debe ser desestimado en todos sus extremos.

V. RECOMENDACION

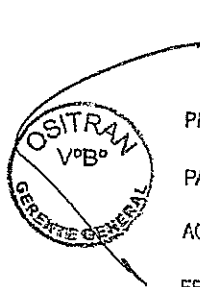
- 86.- Se recomienda al Consejo Directivo de OSITRAN declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por la Sociedad Concesionaria OBRAINSA CONCESIÓN VALLE DEL ZAÑA S.A., contra la Resolución de Gerencia General N° 084-2014-GG-OSITRAN, confirmando la referida Resolución en todos sus extremos.

Atentamente,


JULISSA ROSAURA BACALLA IZQUIERDO
Gerente de Asesoría Jurídica (e)

Adj. Proyecto de Resolución

Reg.Sal.39270-14



OSITRAN

GERENCIA GENERAL

PROVEIDO N° 1438-2014-GG

PARA : BCD

ACCIONES A SEGUIR : se recibe informe

FECHA : del área técnica legal

6/11/14



⁹ En este punto, resulta pertinente aclarar que, de conformidad con el Contrato de Concesión, el Inventario Anual debe incluir información desde el principio hasta el final de cada Año de la Concesión, razón por la cual, desde el punto de vista técnico, también desacertado señalar (como el Concesionario) que la obligación de presentar el Inventario Anual del 2010, vencía el 29 de enero de 2010.

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº XXX-2014-CD-OSITRAN

Lima, xx de noviembre de 2014

VISTOS:

El Recurso de Apelación presentado por OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A., contra la Resolución de Gerencia General Nº 084-2014-GG-OSITRAN, el Informe de la Gerencia de Asesoría Jurídica Nº 105-2014-GAJ-OSITRAN, y los demás documentos que obran en el Expediente Administrativo, y;

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 30 de abril de 2009, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, Concedente) y la Sociedad Concesionaria OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A. (en adelante, Concesionario), suscribieron el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Vial Nuevo Mocupe-Cayaltí-Oyotún (en adelante, Contrato de Concesión);

Que, la función fiscalizadora y sancionadora que ejercen los Organismos Reguladores como OSITRAN, comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión, conforme establece el literal d) del artículo 3.1 de la Ley Nº 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos;

Que, en ejercicio de la función fiscalizadora y sancionadora de este Organismo Regulador, mediante Resolución Nº 084-2014-GG-OSITRAN¹, la Gerencia General de OSITRAN resolvió en primera instancia administrativa, imponer al Concesionario una multa equivalente a quince (15) UITs, por entregar al Regulador los Inventarios Anuales correspondientes a los años 2010, 2011 y 2012 fuera del plazo establecido en el Contrato de Concesión;

Que, dentro del plazo perentorio previsto en el artículo 72º de Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) de OSITRAN², concordante con el artículo 207º de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General – LPAG, el Concesionario interpuso recurso de apelación contra la referida Resolución de primera instancia; razón por la cual, y al cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 113º de la LPAG, corresponde que se admita a trámite y se resuelva el mismo;

Que, mediante Informe Nº 105-2014-GAJ-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN, luego de analizar el Expediente Administrativo, así como el escrito que contiene los argumentos del recurso de apelación presentado por el Concesionario, concluye señalando que, la



¹ Notificada al Concesionario en fecha 19 de agosto de 2014, mediante Oficio Nº 344-2014-GG-OSITRAN.

² Aprobado por Resolución de Consejo Directivo Nº 023-2003-CD-OSITRAN y sus modificatorias.

impugnación presentada carece de sustento jurídico, en razón a que el Concesionario incumplió con su obligación de presentar el Inventario Anual de los años 2010, 2011, y 2012, conforme exige el Contrato de Concesión, advirtiéndole que, la Gerencia General de OSITRAN, ha resuelto observando las obligaciones contractuales del Concesionario, así como el marco legal y regulatorio vigente;

Que, luego de evaluar los argumentos expuestos por el Concesionario y los demás elementos obrantes en el Expediente Administrativo, en base a los fundamentos y conclusiones expuestos en el Informe de Gerencia de la Asesoría Jurídica N° 105-2014-GAJ-OSITRAN, que este Colegiado hace suyo constituyéndolo como parte integrante de la presente Resolución, conforme a lo dispuesto en el numeral 6.2 del artículo 6° de la LPAG, se ha decidido desestimar en todos sus extremos el recurso de apelación presentado;

Que, en atención a las facultades y atribuciones establecidas en la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, la Ley N° 27332, Ley Marco de la Inversión Privada en Servicios Públicos, y lo dispuesto en el artículo 72° del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar INFUNDADO el recurso de apelación presentado por la Sociedad Concesionaria OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A., contra la Resolución de Gerencia General N° 084-2014-GG-OSITRAN, confirmando la referida resolución apelada.

Artículo 2°.- Disponer que, se notifique la presente Resolución y el Informe N° XXX-2014-GAJ-OSITRAN, a la Sociedad Concesionaria OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A., precisando que, agota la vía administrativa, no procediendo por tanto ningún recurso en esta vía. Del mismo modo, ponerlos en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su calidad de ente Concedente, y las Gerencias de Supervisión y Fiscalización, y Administración y Finanzas de OSITRAN, para los fines correspondientes de acuerdo a ley.

Artículo 3°.- Declarar que, la presente Resolución tiene carácter ejecutivo, siendo el plazo del Concesionario para el pago de la sanción establecida, quince (15) días contados a partir del día siguiente de notificada la Resolución, conforme a lo establecido en los artículos 74 y 75 del RIS de OSITRAN.

Artículo 4°.- Disponer la publicación de la presente Resolución en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe), y conforme establecen las disposiciones legales vigentes.

Regístrese, comuníquese y publíquese.



PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo