



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

OSITRAN

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

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

N° 060-2015-CD-OSITRAN

Lima, 28 de septiembre de 2015

VISTOS:

El Informe N° 117-15-GAJ-OSITRAN, de fecha 22 de septiembre de 2015, elaborado por la Gerencia de Asesoría Jurídica, así como el Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 048-2015-GG-OSITRAN, presentado por la empresa Concesionaria DP World Callao S.R.L. (en adelante, DPWC o el Concesionario);

CONSIDERANDO:

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

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

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

Que, mediante Informe N° 024-12-GAF-TES-OSITRAN, de fecha 22 de noviembre de 2012, el área de Tesorería informó a la Gerencia de Administración y Finanzas sobre el presunto incumplimiento en la presentación de la documentación que acredite el pago por Retribución al Estado, correspondiente al período comprendido entre mayo a diciembre de 2010, enero a diciembre de 2011, así como enero a agosto de 2012, por parte de DPWC. Mediante Memorando N° 597-12-GAF-OSITRAN, de fecha 26 de noviembre de 2012, la Gerencia de Administración y Finanzas puso en conocimiento de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, el Informe N° 024-12-GAF-TES-OSITRAN;

Que, mediante Oficio N° 1709-14-GS-OSITRAN, de fecha 04 de abril de 2014, se notificó a DPWC, sobre la base del Informe N° 024-12-GAF-TES-OSITRAN, el presunto incumplimiento respecto de la obligación de presentar la documentación que acredite el pago por Retribución al Estado correspondiente a los meses de mayo a diciembre de 2010, enero a diciembre de 2011 y enero a agosto de 2012, establecido en el artículo 6 del Reglamento de Retribución.

Que, mediante Carta N° GP.DPWC.045.14, de fecha 21 de abril de 2014, DPWC presentó sus descargos respecto de la imputación realizada en el Oficio N° 1709-14-GS-OSITRAN;

Que, mediante Resolución de Gerencia General N° 048-2015-OSITRAN del 30 de marzo de 2015, se determinó que el Concesionario había incumplido la obligación establecida en el artículo 6° del



Reglamento de Retribución, por no haber remitido de manera oportuna la información relacionada con el pago de la retribución de los periodos comprendidos entre mayo a diciembre de 2010, enero a diciembre de 2011, así como enero a agosto de 2012, habiendo sido entregada, de manera extemporánea, el 27 de septiembre de 2012 y 16 de octubre de 2012, imponiéndosele una multa equivalente a diez (10) UIT. La referida resolución se basó en el Informe N° 821-2015-GSF-OSITRAN, el cual forma parte integrante de ella;

Que, el 21 de abril de 2015, DPWC interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 048-2015-OSITRAN solicitando sea revocada o que se declare su nulidad, alegando que infringe el principio de tipicidad contenido en el artículo 230 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo;

Que, con fecha 29 de abril de 2015, se puso en conocimiento del Consejo Directivo el recurso de apelación interpuesto por DPWC;

Que, mediante Memorando N° 252-2015-GAJ-OSITRAN del 25 de junio de 2015, reiterado por Memorando N° 289-2015-GAJ-OSITRAN del 17 de julio de 2015, se le solicitó a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos (GRE) que proceda a cuantificar el monto de la sanción a imponer al Concesionario;

Que, a través del Informe N° 051-15-GRE-OSITRAN del 4 de septiembre de 2015, la GRE dio respuesta al requerimiento formulado;

Que, el artículo 7 del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS), dispone que el órgano resolutorio en segunda instancia es el Consejo Directivo de OSITRAN;

Que, mediante el Informe N° 117-15-GAJ-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Jurídica recomienda que se declare infundado el Recurso de Apelación presentado por DPWC, luego de concluir lo siguiente:

- De acuerdo con lo establecido en la cláusula 8.20 del Contrato de Concesión, DPWC se encuentra obligado a pagar mensualmente como Retribución al Estado, el 3% de sus ingresos brutos mensuales por la prestación de sus servicios.
- Si bien el Concesionario cumplió con pagar la Retribución al Estado, no cumplió con su obligación de acreditar dicho pago ante el OSITRAN dentro del plazo (tres -3- días después del vencimiento del plazo para el pago de la retribución) previsto en el Reglamento de Retribución al Estado y en la Directiva de Retribución al Estado aprobada por OSITRAN; conducta que se encuentra tipificada como grave en el artículo 38 del RIS de OSITRAN.
- En el presente caso, la GRE en su Informe N° 051-2015-GRE-OSITRAN indica que, en el presente caso no se ha evidenciado la existencia de beneficio ilícito, sin perjuicio de lo cual, señala que se debe establecer un mecanismo "ex ante" que permita disuadir este tipo de conductas, por lo que propone como multa la cantidad de 7% de la UIT por día de atraso. Acorde con ello, teniendo presente que el período más largo de incumplimiento imputable a DW, es el comprendido entre el 22 de junio de 2010 y el 27 de septiembre de 2012, es decir, 828 días, y considerando agravantes y atenuantes, obtendríamos una multa ascendente a 40.57 UIT, la cual resulta ser mayor a la multa impuesta en primera instancia (ascendente a 10 UIT). Siendo ello así, y de acuerdo con la prohibición administrativa del



reformatio in peius, corresponde confirmar la multa impuesta por la primera instancia administrativa.

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

Por lo expuesto, en virtud a las facultades conferidas en el artículo 5 de la Ley de Creación de OSITRAN, Ley N° 26917, el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, los artículos 7 y 72 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN; y, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión de fecha 28 de septiembre de 2015;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar infundado el Recurso Administrativo de Apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 048-2015-GG-OSITRAN, presentado por la DP WORLD CALLAO S.R.L. y, en consecuencia, CONFIRMAR imposición de la multa equivalente a 10 UIT impuesta, dando por agotada la vía administrativa.

Artículo 2°.- Declarar que la presente Resolución tiene carácter ejecutivo, siendo el plazo del Concesionario para el pago de la sanción establecida, quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la Resolución, conforme con lo establecido en los artículos 74 y 75 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN.

Artículo 3°.- Notificar la presente Resolución, así como el Informe N° 117-15-GAJ-OSITRAN, a la empresa DP WORLD CALLAO S.R.L.

Artículo 4°.- Poner en conocimiento la presente Resolución, así como el Informe N° 117-15-GAJ-OSITRAN, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente, a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, a la Gerencia de Administración y a la Oficina de Comunicación Corporativa, para los fines correspondientes.

Artículo 5°.- Disponer la difusión de la presente Resolución en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe).



Regístrese, comuníquese y publíquese.


PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal. 37356



INFORME N° 117-15-GAJ-OSITRAN



OBED CHUQUIHUAYTA ARIAS
Gerente General

De : JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

Referencia: Expediente Administrativo Sancionador N° 020-2014-GSF-OSITRAN

Asunto : Recurso de apelación interpuesto por DPWC contra la Resolución de Gerencia General N° 048-2015-GG-OSITRAN

Fecha : 22 de septiembre de 2015

I. OBJETIVO

1. El objeto del presente Informe es emitir opinión respecto al recurso de apelación interpuesto por DP World Callao S.R.L. (en adelante, DPWC o el Concesionario), contra la sanción impuesta por la Resolución de Gerencia General N° 048-2015-GG-OSITRAN, a través de la cual se le impuso una multa equivalente a diez (10) UIT por no haber remitido de manera oportuna la información relacionada con el pago de la retribución de los períodos comprendidos entre mayo a diciembre de 2010, enero a diciembre de 2011, así como enero a agosto de 2012, infracción tipificada como grave en el artículo 38 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN.

II. ANTECEDENTES

2. Con fecha 24 de julio de 2006, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en lo sucesivo, Concedente) en representación del Estado Peruano y la empresa Concesionaria DP World Callao S.R.L. suscribieron el Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores ubicado adyacente al Rompeolas Sur del Terminal Portuario del Callao – Zona Sur (en adelante, el Contrato de Concesión).
3. Mediante Informe N° 024-12-GAF-TES-OSITRAN, de fecha 22 de noviembre de 2012, el área de Tesorería informó a la Gerencia de Administración y Finanzas sobre el presunto incumplimiento en la presentación de la documentación que acredite el pago por Retribución al Estado, correspondiente al período comprendido entre mayo a diciembre de 2010, enero a diciembre de 2011, así como enero a agosto de 2012, por parte de DPWC.
4. Mediante Memorando N° 597-12-GAF-OSITRAN, de fecha 26 de noviembre de 2012, la Gerencia de Administración y Finanzas (actualmente denominada Gerencia de Administración) puso en conocimiento de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, el Informe N° 024-12-GAF-TES-OSITRAN sobre el presunto incumplimiento en la presentación de la documentación que acredita el pago por Retribución al Estado por parte de DPWC.



5. Mediante Oficio N° 1709-14-GS-OSITRAN, de fecha 04 de abril de 2014, se notificó a DPWC, sobre la base del Informe N° 024-12-GAF-TES-OSITRAN, el presunto incumplimiento respecto de la obligación de presentar la documentación que acredite el pago por Retribución al Estado correspondiente a los meses de mayo a diciembre de 2010, enero a diciembre de 2011 y enero a agosto de 2012, establecido en el artículo 6 del Reglamento de Retribución.
6. Mediante Carta N° GP.DPWC.045.14, de fecha 21 de abril de 2014, DPWC presentó sus descargos respecto de la imputación realizada en el Oficio N° 1709-14-GS-OSITRAN.
7. Mediante Carta N° GAC.DPWC.091.2014, de fecha 13 de junio de 2014, DPWC solicitó hacer uso de la palabra para exponer sus argumentos, respecto al presunto incumplimiento en la acreditación del pago de la Retribución al Estado.
8. Mediante Nota N° 781-14-GSF-OSITRAN, de fecha 06 de agosto de 2014, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización puso en conocimiento de la Gerencia General, la solicitud de uso de la palabra formulada por DPWC.
9. Con fecha 12 de agosto de 2014, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, a través del Oficio N° 4311-2014-GSF-OSITRAN, de fecha 11 de agosto de 2014, comunicó a DPWC el otorgamiento del uso de la palabra solicitado para el día 13 de agosto de 2014, en el local institucional de OSITRAN.
10. Mediante el Acta de Diligencia de Uso de la Palabra, de fecha 13 de agosto de 2014, se dejó constancia que en las oficinas del OSITRAN, los abogados de DPWC hicieron uso de la palabra.
11. Mediante la Nota N° 267-2015-GSF-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización elevó a la Gerencia General, el Informe N° 821-2015-GSF-OSITRAN del 16 de marzo de 2015, mediante el cual se evalúan los descargos presentados por DPWC; en dicha nota se recomendó además a la Gerencia General imponer una multa de diez (10) UITs a DPWC por el incumplimiento del artículo 6° del Reglamento de Retribución.
12. Mediante Resolución de Gerencia General N° 048-2015-OSITRAN del 30 de marzo de 2015, se determinó que el Concesionario había incumplido la obligación establecida en el artículo 6° del Reglamento de Retribución, por no haber remitido de manera oportuna la información relacionada con el pago de la retribución de los períodos comprendidos entre mayo a diciembre de 2010, enero a diciembre de 2011, así como enero a agosto de 2012, habiendo sido entregada, de manera extemporánea, el 27 de septiembre de 2012 y 16 de octubre de 2012, imponiéndosele una multa equivalente a diez (10) UIT. La referida resolución se basó en el Informe N° 821-2015-GSF-OSITRAN, el cual forma parte integrante de ella.
13. El 21 de abril de 2015, DPWC interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 048-2015-OSITRAN solicitando sea revocada o que se declare su nulidad, alegando que infringe el principio de tipicidad contenido en el artículo 230 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en lo sucesivo, LPAG). Los argumentos del Concesionario son los siguientes:
 - El artículo 6 del Reglamento de Retribución y el artículo 5.1 de la Directiva de pagos por Retribución al Estado enumeran la relación de documentos que debe



presentarse para acreditar el pago de la Retribución al Estado. Sin embargo, dicha norma no indica ante qué entidad debe acreditarse el pago y tampoco señala que dicha acreditación se deba efectuar ante OSITRAN, motivo por el cual no existe obligación de hacerlo ante esta última.

- Ante la omisión del Reglamento de Retribución sobre quién es el destinatario de la comunicación que acredita el pago de la retribución al Estado, ésta se efectúa ante la APN según lo dispuesto en la cláusula 8.20 del Contrato de Concesión.
- Es legal y materialmente posible que OSITRAN recurra a la APN, a fin de recabar la documentación a la que se refiere el artículo 6° del Reglamento de Retribución y el artículo 5.1 de la Directiva de pagos por Retribución al Estado, y de esta manera, pueda ejercitar sus facultades de supervisión, en virtud de la colaboración entre entidades establecida en el artículo 76 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.
- La resolución impugnada señala que la conducta de DPWC constituye una infracción al artículo 38 del Reglamento de Infracciones y Sanciones (en lo sucesivo RIS). Dicho artículo regula como infracción la falta de presentación de información que deba ser realizada ante OSITRAN. En tal sentido, existe falta de identidad entre lo que se exige a DPWC y la conducta tipificada como infracción, por lo que se vulnera el principio de tipicidad, propio de la potestad sancionadora.
- La resolución impugnada realiza su análisis y conclusiones en base a inferencias, conteniendo afirmaciones ligeras e inaceptables dentro de un procedimiento administrativo sancionador; aplicar una sanción en base a inferencias atenta contra el Principio de Presunción de Licitud.
- El principio de culpabilidad no encaja en la conducta realizada por DPWC, toda vez que no hubo dolo ni culpa, por lo que no existe intencionalidad en la omisión de la comunicación ante OSITRAN.
- OSITRAN no se vio imposibilitado de llevar a cabo el proceso de supervisión y control del pago de la retribución al Estado. OSITRAN ha tomado pleno conocimiento en cada oportunidad en que DPWC efectuó el pago de la retribución al Estado, y de su presentación ante la APN.
- DPWC no ha obtenido beneficio o ahorro alguno, ya que ha cumplido con la obligación de efectuar el pago por Retribución al Estado e informado de ello a la APN.

14. Con fecha 21 de abril de 2015, se derivó a la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN el referido recurso de apelación para que emita su opinión legal.

15. Con fecha 29 de abril de 2015, se puso en conocimiento del Consejo Directivo el recurso de apelación interpuesto por DPWC.

16. Mediante Memorando N° 762-2015-GSF-OSITRAN, el 28 de abril de 2015 se derivó a esta Gerencia el Expediente Administrativo Sancionador N° 20-2014-GSF-OSITRAN.



17. Mediante Memorando N° 252-15-GAJ-OSITRAN del 25 de junio de 2015, reiterado por Memorando N° 289-15-GAJ-OSITRAN del 17 de julio de 2015, la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN solicitó a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos – GRE, que emita opinión respecto a la cuantificación de la multa impuesta a DPWC.
18. A través del Informe N° 051-15-GRE-OSITRAN, de fecha 04 de septiembre de 2015, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos dio respuesta a la solicitud realizada por la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN.

III. ANÁLISIS

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

- A. Cuestión Previa: Análisis de Admisibilidad del Recurso.
- B. Del marco legal y contractual aplicable.
- C. Respecto de los argumentos del Concesionario
- D. La graduación de la sanción impuesta.

A. Cuestión Previa: Análisis de Admisibilidad del Recurso

20. El Recurso de Apelación cumple con los requisitos de admisibilidad exigidos por los artículos 113 y 211 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG¹), y conforme a lo establecido en el artículo 72 del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN y sus modificatorias.
21. 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]

¹ "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".



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

"Artículo 72.- Recurso de apelación

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]

23. Como se aprecia de lo citado, en el procedimiento sancionador ante el OSITRAN, la entidad prestadora tiene un plazo de quince (15) días para impugnar la resolución a través de la cual se le impone sanción.
24. En el presente caso, el Oficio N° 114-15-GS-OSITRAN, a través del cual se remitió la Resolución de Gerencia General N° 048-2015-GG-OSITRAN, fue notificado el 30 de marzo de 2015, por lo que DPWC tenía hasta el 22 de abril de 2015 para interponer ante OSITRAN su recurso de apelación.
25. En tal sentido, dado que DPWC interpuso su recurso de apelación el 21 de abril de 2015, por lo tanto, se cumple con el requisito de procedencia antes referido, correspondiendo que el Consejo Directivo evalúe los argumentos de la apelación y con su pronunciamiento se pondrá fin a la vía administrativa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 72 del RIS.

B. Del marco legal y contractual aplicable

26. OSITRAN, en su calidad de organismo regulador, cuenta con la función de supervisar el cumplimiento de las obligaciones previstas en los Contratos de Concesión y en las normas legales vigentes. En efecto, la Ley N° 26917, Ley de Creación del OSITRAN, establece lo siguiente:

"Artículo 5°.- Objetivos OSITRAN tiene los siguientes objetivos:

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

(...)

"Artículo 7°.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

a) Administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito".

(...)

(Subrayado nuestro)

27. De manera concordada, la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, prescribe lo siguiente:

"Artículo 3.- Funciones

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

a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como



la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas"

(...)

28. En esa misma línea, el Contrato de Concesión también reconoce las funciones y facultades de OSITRAN como entidad encargada de la supervisión de las obligaciones del Concesionario, entre ellas la relativa al pago de la retribución, tal como se aprecia en las siguientes cláusulas:

"FACULTADES DEL REGULADOR

- 14.3 El REGULADOR está facultado para ejercer todas las potestades y funciones que les confiere el Contrato y las Leyes y Disposiciones Aplicables, de conformidad con la Ley N° 26917 y las demás normas de la legislación vigente.

DE LA POTESTAD DE SUPERVISIÓN

(...)

- 14.7 En caso de detectar algún incumplimiento de las obligaciones del CONCESIONARIO, el REGULADOR podrá exigir las subsanaciones necesarias, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones o penalidades que correspondan.
- 14.8 Los supervisores designados por el REGULADOR, de ser el caso, no deberán estar prestando directa ni indirectamente ningún tipo de servicios a favor de ENAPU, ni haber prestado directamente ni indirectamente ningún tipo de servicios a favor del CONCESIONARIO, sus accionistas o Empresas Vinculadas en el último año, en el Perú o en el extranjero.
- 14.9 El CONCESIONARIO deberá proporcionar al REGULADOR la información que éste le solicite de acuerdo a las facultades conferidas en las Leyes y Disposiciones Aplicables.
- 14.10 Entre otras actividades, corresponderá al REGULADOR fiscalizar el cumplimiento por parte del CONCESIONARIO de las siguientes obligaciones:
- a) El cumplimiento de las obligaciones contractuales, las normas regulatorias y las Leyes y Disposiciones Aplicables.
 - b) Controlar el cumplimiento de la entrega de los estados financieros del CONCESIONARIO.
 - c) Controlar el cumplimiento de lo establecido en el Anexo 3 del Contrato.
 - d) Revisar la información estadística entregada por el CONCESIONARIO.
 - e) Controlar el cumplimiento del pago de la Retribución".

29. La base normativa y contractual antes mencionada, detalla específicamente que OSITRAN es la única entidad competente para supervisar y verificar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión, así como las prescritas en las disposiciones legales que resulten aplicables.
30. De otro lado, el Contrato de Concesión define Retribución en los siguientes términos:

"1.20.85. Retribución

Es la contraprestación económica que, en forma mensual, el CONCESIONARIO está obligado a pagar a favor del CONCEDENTE, durante la vigencia de la Concesión, en los términos establecidos en la Cláusula 8.20 del Contrato".

31. Por su parte, la cláusula 8.20 del Contrato de Concesión determina la Retribución que debe pagar el Concesionario, indicando lo siguiente:



"RETRIBUCIÓN"

"8.20. El CONCESIONARIO deberá pagar al CONCEDENTE, a través de la APN, una Retribución como contraprestación por el derecho que se le ha otorgado por explotar en forma exclusiva el Nuevo Terminal de Contenedores - Zona Sur. La Retribución asciende a:

Tres por ciento (3%) de los Ingresos Brutos Mensuales que obtenga el CONCESIONARIO por la prestación de los Servicios, a partir del inicio de Explotación hasta el término de la Concesión.

La Retribución se pagará mensualmente a más tardar en la fecha que vence la presentación de la declaración mensual del Impuesto General de las Ventas.

Dentro de los quince Días Calendario (15) siguientes de su recepción, la APN deberá transferir los porcentajes correspondientes a las entidades a que se refieren la Tercera Disposición Complementaria de la Ley N° 27783 y la Décimo Quinta Disposición Transitoria y Final de la LSPN, los mismos que serán distribuidos a partir de la Retribución".

32. De lo expuesto, se advierte que el Concesionario está obligado a pagar como Retribución al Estado, el 3% de sus ingresos brutos mensuales que obtenga por la prestación de los servicios y que dicho pago debe ser efectuado mensualmente a más tardar en la fecha que vence la presentación de la declaración mensual del Impuesto General de las Ventas.
33. Al respecto, conviene dejar en claro que, conforme al marco contractual y legal vigente, la obligación de efectuar el pago de la retribución económica y la obligación de acreditar su pago, son cuestiones completamente distintas. En efecto, la obligación de realizar el pago de la retribución al Estado por parte de DPWC, como se dijo, emerge directamente de la cláusula 8.20 del Contrato de Concesión, cláusula que prescribe que dicho pago se debe realizar a la APN en la misma fecha que vence la presentación de la declaración mensual del Impuesto General a las Ventas.
34. Por su parte, la acreditación del pago de la retribución económica se regula de acuerdo con el artículo 6 del Reglamento de Retribución, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 025-2003-CD-OSITRAN, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 20 de diciembre de 2003, el cual señala lo siguiente:

"Artículo 6°.- Acreditación del pago y documentación a presentar

Las Entidades Prestadoras deberán acreditar y documentar el pago de la Retribución al Estado, en un plazo máximo que no deberá exceder a los tres (3) días siguientes al vencimiento del plazo de pago, ó (sic) pasado el plazo, al tercer día en que la respectiva Entidad Prestadora efectuó el pago. Para ello deberá adjuntar los siguientes documentos:

- a) Declaración Jurada Pago por Retribución al Estado de acuerdo al formato aprobado por OSITRAN.
- b) Copia del comprobante del depósito en alguna de las cuentas bancarias indicadas por OSITRAN o el cheque respectivo. En caso de pago mediante cheque, éste deberá efectuarse dentro del plazo a que se refiere el artículo 5 del presente Reglamento.
- c) Copia simple del resumen mensual del registro de ventas.

El incumplimiento de esta obligación será sancionado de conformidad con lo dispuesto en el Contrato de Concesión y supletoriamente con el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN".

(Subrayado nuestro)



35. De manera concordante, la Directiva de pagos por Retribución al Estado, aprobada por Resolución de Presidencia N° 014-2009-PD-OSITRAN publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 30 de abril de 2009 (en lo sucesivo, la Directiva de Retribución), ha establecido en su numeral IV y 5.1 el órgano de OSITRAN a cargo de verificar el cumplimiento de la acreditación del pago de la retribución, así como la documentación que el Concesionario debe presentar para tal fin:

"IV. RESPONSABLE

El Proceso de Supervisión y Control del Pago de la Retribución al Estado, está a cargo de la Gerencia de Administración y Finanzas (GAF) y tiene como propósito verificar que las Entidades Prestadoras obligadas al mismo, cumplan oportunamente con presentar la documentación y pagar dicha Retribución en estricto cumplimiento de las obligaciones contractuales contraídas, las disposiciones normativas vigentes y de conformidad con lo dispuesto en la presente Directiva."

"5.1 Presentación de documentos

Dentro de los tres (3) días hábiles posteriores al vencimiento del plazo y/o pago de la Retribución al Estado, las Entidades Prestadoras deben presentar:

5.1.1 Declaración Jurada "Pago por Retribución al Estado" (ver Anexo 01).

5.1.2 Copia simple del resumen mensual del registro de ventas en Nuevos Soles y/o Dólares, según corresponda.

5.1.3 Copia simple del comprobante de depósito en alguna de las cuentas bancarias indicadas por OSITRAN o el cheque respectivo. En caso de pago mediante cheque, éste deberá efectuarse dentro del plazo a que se refiere el artículo 5º del Reglamento para el Pago de la Retribución al Estado, en adelante El Reglamento.

Del punto 5.1.1, se presentará copia simple de los documentos que sustenten los conceptos que originen Adiciones y Deducciones autorizadas, si los hubiere, para la obtención del cálculo de la Retribución respectiva".

36. De las normas mencionadas, se advierte que cualquier entidad prestadora tiene la obligación de acreditar ante el Regulador el pago de la retribución al Estado, para lo cual debe presentar los documentos necesarios a efectos de lograr dicha acreditación. Resulta claro que con dicha información el Regulador, en ejercicio de su potestad supervisora, puede verificar no sólo el pago oportuno de la retribución, sino también determinar si la cuantía pagada resulta ser la correcta.
37. Asimismo, de conformidad con las normas reseñadas, el incumplimiento de acreditar el pago de la retribución será penalizado de conformidad con lo dispuesto en el Contrato de Concesión o en su defecto, será materia de sanción de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN.
38. En el presente caso, el Contrato de Concesión no establece la aplicación de una penalidad en caso el Concesionario incumpla con acreditar el pago de la Retribución al Estado, contenida en la cláusula 8.20, por lo que, en aplicación del artículo 6 del Reglamento para el pago de retribución al Estado por concesiones de infraestructura de transporte público, corresponde remitirnos a lo dispuesto en el RIS de OSITRAN, norma que resulta de aplicación al Concesionario por disposición expresa de la cláusula 14.11 del Contrato de Concesión, que establece lo siguiente:

"De la Potestad Sancionadora



14.11.- El REGULADOR estará facultado para aplicar sanciones a la SOCIEDAD CONCESIONARIA en caso de incumplimiento de sus obligaciones, conforme a la ley N° 26917 y los reglamentos que dicte sobre la materia. (...)"

C. Respeto de los argumentos del Concesionario

39. De la revisión del expediente, se observa que DPWC ha señalado que no ha incumplido obligación alguna establecida en el marco legal vigente, ya que el Reglamento de Retribución no establece ante quién debe acreditarse el pago de la retribución al Estado, por lo cual no existiría obligación de acreditarla ante OSITRAN.
40. No obstante, del marco normativo señalado en el acápite anterior, se observa que el objeto del Reglamento y la Directiva de Retribución es establecer la obligación de la entidad prestadora de acreditar, ante el Regulador, el pago de la retribución económica, así como establecer el procedimiento que el Concesionario debe seguir a efectos de lograr dicha acreditación. Resulta claro que esa acreditación debe ser efectuada ante el Regulador, toda vez que OSITRAN, en su rol de organismo regulador de las entidades prestadoras de infraestructura de transporte de uso público, tiene la función exclusiva de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales previstas en las normas vigentes. Asimismo, resulta evidente que dicha acreditación debe ser efectuada ante el Regulador en la medida que, de detectarse su incumplimiento, éste último podría aplicar las sanciones a que hubiere lugar, tal como se señala en el último párrafo del artículo 6 del Reglamento de Retribución.
41. En el mismo sentido, la norma señalada en el párrafo anterior establece que las entidades prestadoras, como DPWC, deben acreditar y documentar ante OSITRAN el pago de la retribución al Estado en un plazo máximo que no deberá exceder a los tres (3) días hábiles siguientes al vencimiento del plazo de pago, o pasado el plazo, al tercer día en que la entidad prestadora efectuó el pago, tratándose por tanto de una obligación conocida y, por ende, exigible al Concesionario, la misma que corresponde ser supervisada a este Regulador, siendo pasible de sanción en caso de incumplimiento.
42. De lo antes expuesto, se concluye que si bien la cláusula 8.20 del Contrato de Concesión señala que DPWC debe pagar al Concedente, a través de la APN, la retribución económica al Estado, también es claro que, de acuerdo con las disposiciones legales antes citadas, el Concesionario tiene la obligación de acreditar ante OSITRAN el pago de la retribución en la forma y plazos previstos en el Reglamento y la Directiva de Retribución. Sostener, como lo hace el Concesionario, que estas normas no han establecido a quién se debe acreditar el pago de la retribución, es contrario al objeto y alcance del Reglamento y Directiva de Retribución y, además, desconoce la función de supervisión que legalmente ha sido atribuida a OSITRAN. En tal sentido, el argumento del Concesionario en este extremo debe ser desestimado.
43. Por lo tanto, en el caso bajo análisis, ha quedado acreditado que el Concesionario no cumplió con entregar a OSITRAN oportunamente la documentación que acreditaba el pago de la retribución al Estado durante los meses de mayo a diciembre de 2010, enero a diciembre de 2011 y enero a agosto de 2012, en las condiciones y plazos establecidos en la normativa vigente, razón por la cual el argumento bajo análisis debe ser desestimado.
- *La posibilidad de solicitar a la APN información sobre el pago*



44. De otro lado, el Concesionario argumenta que es legal y materialmente posible que OSITRAN recurra a la APN a fin de recabar la documentación a la que se refiere el artículo 6 del Reglamento de Retribución, y con ello ejercer sus facultades de supervisión. Para sustentar su posición, el Concesionario se basa en el artículo 76 de la LPAG que regula la figura de la colaboración entre entidades de la Administración Pública:

"Artículo 76.- Colaboración entre entidades

76.1 Las relaciones entre las entidades se rigen por el criterio de colaboración, sin que ello importe renuncia a la competencia propia señalada por ley.

76.2 En atención al criterio de colaboración las entidades deben:

76.2.1 Respetar el ejercicio de competencia de otras entidades, sin cuestionamientos fuera de los niveles institucionales.

76.2.2 Proporcionar directamente los datos e información que posean, sea cual fuere su naturaleza jurídica o posición institucional, a través de cualquier medio, sin más limitación que la establecida por la Constitución o la ley, para lo cual se propenderá a la interconexión de equipos de procesamiento electrónico de información, u otros medios similares.

76.2.3 Prestar en el ámbito propio la cooperación y asistencia activa que otras entidades puedan necesitar para el cumplimiento de sus propias funciones, salvo que les ocasione gastos elevados o ponga en peligro el cumplimiento de sus propias funciones.

76.2.4 Facilitar a las entidades los medios de prueba que se encuentren en su poder, cuando les sean solicitados para el mejor cumplimiento de sus deberes, salvo disposición legal en contrario".

45. Al respecto, el mencionado artículo de la LPAG señala las obligaciones que tienen las entidades públicas en virtud del criterio de colaboración interinstitucional. Sin embargo, es de indicar que la existencia de una colaboración de este tipo, requiere la solicitud de una entidad a otra, cuando existe la necesidad de contar con el apoyo o información a la que la entidad solicitante no puede acceder por medios individuales, razón por la cual, a efectos de lograr sus objetivos institucionales, requiere el apoyo de otra entidad. Sobre el particular, Morón Urbina señala que *"la cooperación o colaboración, implica una conducta activa de las entidades públicas tendente a facilitar las actuaciones de autoridades ajenas o a realizar acciones conjuntas y voluntariamente aceptadas para la consecución de sus fines de interés común."*²

46. Ahora bien, teniendo en cuenta que el Reglamento y la Directiva de Retribución regulan con claridad la obligación de las entidades prestadoras de presentar ante OSITRAN la información relacionada con el pago de la retribución, no es necesario ni mandatorio que el Regulador requiera esta información a otra entidad del Estado, como la APN. En otras palabras, OSITRAN no requiere la colaboración de otra entidad para recabar dicha información, toda vez que el Concesionario tiene el deber de presentarla directamente al Regulador, pudiendo este último aplicar las sanciones correspondientes en caso detecte el incumplimiento de esta obligación legal. En virtud de ello, el argumento de DPWC en este extremo, carece de sustento.

- **La afectación al Principio de Presunción de Licitud**

47. El Concesionario también señala que los argumentos que la Resolución de Gerencia General esgrime en su análisis, se basan en inferencias, lo cual atentaría contra el Principio de Presunción de Licitud.

² MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444. Gaceta Editores. Lima. 2003. Pág. 222.



48. Al respecto, sobre el Principio de Presunción de Licitud, el artículo 230 de la LPAG señala lo siguiente:

"Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario".

49. Sobre el particular, acorde con los fundamentos expuestos en el presente informe, lo argumentado por el Concesionario carece de sustento, toda vez que ha quedado plenamente establecido, tanto en la primera instancia administrativa, como en el presente informe, que sí existe obligación de DPWC de acreditar ante OSITRAN, en el plazo y con los documentos previstos en el Reglamento y Directiva de Retribución, el cumplimiento del pago de la retribución al Estado, acreditación que no ha sido cumplida oportunamente por el Concesionario, toda vez que la información relacionada con el pago de la retribución de los periodos comprendidos entre mayo a diciembre de 2010, enero a diciembre de 2011, así como enero a agosto de 2012, no fue entregada oportunamente, habiendo sido remitida, en conjunto y de manera extemporánea, el 27 de septiembre de 2012 y el 16 de octubre de 2012, hecho que no es cuestionado por el recurrente.
50. Por tal razón, se debe señalar que los fundamentos de la resolución impugnada resultan ser lo suficientemente certeros y claros para determinar la existencia de un incumplimiento pasible de ser sancionado, no habiéndose vulnerado en momento alguno el Principio de Presunción de Licitud en materia administrativa.

- **Respecto de la Tipificación de la infracción**

51. El Concesionario alega que la resolución recurrida vulnera el principio de tipicidad. En efecto, señala lo siguiente:

" La conducta de DPWC constituye la infracción tipificada en el artículo 38 del RIS (...) El citado artículo 38° del RIS regula como infracción la falta de presentación de información que deba ser realizada ante OSITRAN o terceros que actúen con su autorización. La falta de identidad entre lo que se exige a DPWC (presentar información) y la conducta tipificada como infracción (presentar información a OSITRAN o a terceros que actúan con su autorización) impide que se configure el Principio de Tipicidad, propio de la potestad sancionadora. En tal sentido, la resolución impugnada vulnera el Principio de Tipicidad.

(...)

Las preguntas que debemos hacernos entonces, son:

- (i) ¿Cuál es la infracción tipificada en el RIS?*
(ii) ¿el hecho imputado se ajusta a la realidad?

La respuesta a la primera pregunta es la siguiente: la infracción es "no entregar o hacerlo con tardanza significativa, información y/o documentación, en relación a OSITRAN o a terceros que actúen con su autorización, en las condiciones y plazos a que se contraen los Contratos de Concesión y documentos conexos o la legislación aplicable". (El subrayado es nuestro)

La respuesta a la segunda pregunta es negativa: DPWC sí entrego la documentación que acredita el pago de la Retribución, en cumplimiento del Art. 6, el mismo que no dispone ni exige que deba hacerse ante OSITRAN o a terceros que actúen con su autorización. En consecuencia, la sanción impuesta no respeta el principio de tipicidad regulado en el RIS y la LPAG".

52. Acorde con su argumentación, el Concesionario concluye que se ha vulnerado el principio de tipicidad dada la supuesta falta de identidad establecida en el artículo 6 del Reglamento y la conducta tipificada como infracción en el RIS.
53. A efectos de analizar lo argumentado por el Concesionario, resulta pertinente traer a colación lo señalado en el artículo 230° de la LPAG:

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".

(Subrayado y resaltado es nuestro)

54. Asimismo, conviene tener presente que el artículo 6° de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, reconoce las funciones normativa, fiscalizadora y sancionadora de este Organismo Regulador, en los siguientes términos:

"Artículo 6.- Atribuciones

6.1. OSITRAN, en concordancia con las funciones previstas en la Ley y las que se establezcan en su Reglamento, ejerce atribución regulatoria, normativa, fiscalizadora y de resolución de controversias.

6.2. Las atribuciones reguladoras y normativas de OSITRAN comprenden la potestad exclusiva de dictar, en el ámbito de su competencia, reglamentos autónomos y otras normas referidas a intereses, obligaciones, o derechos de las Entidades Prestadoras o de los usuarios.

6.3. La atribución fiscalizadora de OSITRAN comprende la potestad de importar sanciones a las Entidades Prestadoras por el incumplimiento de las normas aplicables a las obligaciones contenidas en los contratos de concesión y a las licencias correspondientes.

(Subrayado es nuestro)

55. En el mismo sentido, los literales c) y d) 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 Público, establecen como funciones de OSITRAN, las siguientes:

"Artículo 3.- Funciones

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."

(Subrayado y resaltado es nuestro)

56. De lo expuesto, resulta claro que existen normas con rango de Ley, en este caso la Ley N° 26917 y la Ley N° 27332, que otorgan a OSITRAN la función normativa, que consiste en la facultad de dictar Reglamentos y de tipificar infracciones dentro de su respectivo ámbito de competencia, así como la potestad de imponer sanciones administrativas a las entidades prestadoras por incumplimiento de sus obligaciones.
57. En ejercicio de esa potestad normativa, OSITRAN emitió el RIS, cuyo artículo 38 tipifica la conducta infractora aplicada al Concesionario:

"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".

(El subrayado es nuestro)

58. Del referido artículo se desprende que es una obligación del Concesionario entregar información y/o documentación a OSITRAN en los términos y plazos establecidos tanto en el Contrato de Concesión, así como en la legislación aplicable. Siendo el Reglamento y la Directiva de Retribución parte de la legislación aplicable a que se refiere el artículo 38 del RIS y la cláusula 1.18.64 del Contrato de Concesión³, resultan por tanto aplicables para la configuración del tipo infractor vinculado con las condiciones y plazos para acreditar a OSITRAN el pago de la retribución al Estado.
59. Como ha quedado acreditado a la luz de los hechos actuados en el expediente administrativo, DPWC no ha cumplido con entregar oportunamente a OSITRAN la documentación que acreditaba el pago de la retribución al Estado durante los meses de mayo a diciembre de 2010, enero a diciembre de 2011 y enero a agosto de 2012, en el plazo y con los documentos previstos en el Reglamento y Directiva de Retribución aprobados por OSITRAN. Siendo ello así, la conducta infractora calza claramente en el tipo de la infracción previsto en el artículo 38 del RIS, debiendo desestimarse el argumento esgrimido por DPWC.

D. La graduación de la sanción impuesta

³ 1.18.64 Leyes y Disposiciones Aplicables

Es el conjunto de disposiciones legales peruanas que regulan el Contrato. Incluyen la Constitución Política del Perú, las normas con rango de ley, los reglamentos, directivas y resoluciones, que puedan dictar cualquier Autoridad Gubernamental competente.



D.1. Consideraciones para la aplicación y graduación de sanciones

60. Acorde con el principio de razonabilidad en materia administrativa, las decisiones de la autoridad administrativa que creen obligaciones, tipifiquen infracciones, impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida, manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido⁴.
61. Asimismo, la LPAG contempla la aplicación de los Principios de Razonabilidad y de Tipicidad para el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, en los siguientes términos:

"Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

3. **Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción**, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor."

(El subrayado y resaltado es nuestro)

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**".

62. En esa línea, el RIS en su artículo 4 señala que para determinar la cuantía de la sanción, en aplicación del Principio de Razonabilidad contemplado en el numeral 3 del artículo 230 de la LPAG, OSITRAN empleará los siguientes criterios:

"Artículo 4.- Principios de la Potestad Sancionadora

(...)

⁴Ley 27444

Título Preliminar

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.



4.2 Para efectos de determinar la cuantía de la sanción una vez tipificada la infracción, en aplicación con el Principio de Razonabilidad contemplado en el numeral 3 del Artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444 OSITRAN empleará los siguientes criterios:

- Intencionalidad.
- Perjuicio causado.
- Circunstancias de la comisión de la infracción.
- Repetición en la comisión de la infracción.

Adicionalmente tendrá en consideración los siguientes criterios:

- Efectos en la calidad del servicio a los usuarios.
- Conducta procesal."

63. Acorde con estas disposiciones legales se puede advertir que el principal objetivo que debe buscar la autoridad con la imposición de una multa es disuadir la realización de conductas ilícitas, lo que se logra calibrando la multa de forma que no resulte más rentable, beneficioso o ventajoso para el infractor realizar la infracción y pagar la multa, que no realizar la infracción en primer lugar. La LPAG señala esto mismo cuando, refiriéndose al principio de razonabilidad indica que: "Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción (...)".
64. No obstante, la LPAG establece también que las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción. En dicho análisis, debe tomarse en cuenta diversos criterios para graduar la sanción en cada caso concreto, tales como: la gravedad del daño causado a la sociedad, el perjuicio económico, la repetición de la infracción, las circunstancias de la comisión de la infracción, el beneficio ilícito y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.
65. Así, de acuerdo al referido principio, cuando se ejerce la potestad sancionadora, las autoridades administrativas deben considerar las circunstancias particulares vinculadas a la conducta infractora con la finalidad de apreciar su real dimensión y, en tal sentido, motivar el incremento o la disminución de la sanción. Morón señala al respecto que dicho principio constituye un test o canon de valoración para evaluar los actos de la Administración Pública que inciden sobre los derechos de los administrados. Dicho principio cobra especial relevancia en el ámbito sancionador puesto que permite evaluar si la intromisión estatal en la esfera de los administrados resulta o no excesiva.
66. Consecuentemente, el hecho de que las sanciones aplicadas sean razonables y proporcionales resulta importante pues, de otro modo, los administrados las percibirían como "injustas" y/o tendrían más argumentos para impugnarlas, lo que dificultaría que los administrados tomen conciencia de la necesidad de cumplir la ley.
67. Cabe señalar que existen normas sancionadoras que califican un ilícito como pasible de sanción determinada pero delimitan sus posibles alcances estableciendo rangos mínimos y/o máximos para cada tipo de infracción. Al respecto, debe tenerse presente que el objetivo de esta opción legislativa es delimitar el ámbito de la discrecionalidad con que cuenta la Administración al momento de individualizar la sanción a aplicarse. Con estos



5MORON URBINA. Op. Cit. pág. 702-703

rangos se dosifican los mínimos y máximos punitivos, según se trate de infracciones leves, graves y más graves.

68. Si bien dentro de estos linderos la autoridad preserva un nivel de discrecionalidad para determinar la cuantía de la sanción aplicable, siempre debe respetarse el principio de razonabilidad. Esto significa que la sanción a aplicarse debe ser razonable y proporcional al hecho infractor cometido dentro del rango mínimo y/o máximo autorizado por la ley, esto es, que la sanción a imponerse ha de ser sólo y exclusivamente la estrictamente necesaria para que se satisfaga su finalidad desincentivadora de infracciones. En otras palabras, la aplicación de sanciones debe buscar evitar, en el marco del principio de razonabilidad, que la autoridad incurra en dos extremos contrarios a este principio: el exceso de punición y la infra punición.
69. Un primer exceso de punición lo encontramos cuando no se ponderan las circunstancias atenuantes y agravantes para que la sanción sea proporcional. No debemos perder de vista que todo administrado tiene derecho a que las sanciones que se les impongan sean razonables y proporcionales al hecho infractor, dentro de los rangos mínimos y/o máximos posibles que se hubieran fijado legalmente, de modo que sólo podrán ser elevadas las sanciones si convergen aspectos agravantes y la conducta carezca de circunstancias atenuantes en las normas. Por el contrario, la infra punición implica no afectar o afectar levemente al infractor, de modo que la sanción aplicable no llegue a ser disuasiva.
70. Entonces, a fin de calcular las multas de manera objetiva, evitando una actuación eminentemente discrecional que lleve a situaciones de exceso de punición o de infra punición, las multas que se impongan siempre deben tener como objetivo remover los beneficios (ilícitos) derivados de incumplir la normativa vigente o las obligaciones asumidas contractualmente. Ciertamente remover el beneficio obtenido por los infractores solo los colocaría en la misma situación en la que se encontraban antes de incumplir la norma. Por ello, para lograr un adecuado efecto disuasorio, la sanción debe incluir un monto adicional para neutralizar los beneficios ilícitamente obtenidos. Por lo tanto, las multas deben incluir factores adicionales que reflejen la seriedad de la violación de la norma, tales como los factores agravantes, asegurándose así un adecuado desincentivo.
71. Si bien la legislación enuncia los criterios para el establecimiento de multas, esta no especifica la forma en que dichos criterios deben calcularse. En tal sentido, a fin de evitar un amplio margen de discrecionalidad respecto al cálculo de multas, lo cual puede conllevar a que estas no sean disuasivas de las conductas ilícitas, el Consejo Directivo ha señalado en anterior oportunidad la necesidad de aplicar la teoría económica referida a la forma óptima en que el Estado puede hacer cumplir las normas (public enforcement of law)⁶, por su capacidad de cuantificar adecuadamente las multas. Así, de acuerdo a esta teoría, una multa óptima debe ser igual o superior al beneficio esperado de realizar la infracción, de modo que respetar las normas sea más beneficioso que incumplirlas.
72. En tal sentido, la teoría económica sugiere que la multa óptima se debe calcular empleando el beneficio ilícito dividido entre la probabilidad de detección y todo esto



⁶ Ver BECKER, G. (1968). "Crime and Punishment: An Economic Approach". *Journal of Political Economy*, University of Chicago Press, Vol. 76, pp. 169-217. SHAVELL, Steven (1993). "The Optimal Structure of Law Enforcement". *Journal of Law and Economics*, Vol. 36, No. 1, pp. 255-287 y POLINSKY, Michael y SHAVELL, Steven (2000). "The Economic Theory of Public Enforcement of Law", *Journal of Economic Literature*, Vol. XXXVIII, pp. 45-76.

multiplicado por un factor F, que considere el daño potencial causado, además de las circunstancias atenuantes y agravantes establecidas, de modo que se cumpla con la función de disuadir la infracción.

73. En términos generales, esta metodología de cálculo de multas se reconoce en el medio nacional. Por ejemplo, OSINERGMIN señala lo siguiente:

"(...)

Debido a los problemas que pueden surgir al estimar el daño asociado a las infracciones; a la naturaleza de las actividades de OSINERGMIN y al objetivo de disuadir el incumplimiento de los reglamentos que están vigentes a la fecha; OSINERGMIN consideró necesario modificar la regla de cálculo de primer mejor para generar los incentivos suficientes que disuadan a las empresas de cometer las infracciones.

Considerando un beneficio ilícito (B), un esfuerzo de fiscalización fijo (e) y una probabilidad de detección (p), la multa administrativa será disuasiva cuando se consideren los beneficios ilícitos (B) (...)”⁷.

74. En el mismo sentido, el INDECOPI señala lo siguiente:

La teoría económica que versa sobre la forma óptima de disuasión de conductas ilícitas (...) refiere que para alcanzar la disuasión óptima de conductas ilícitas, la entidad pública cuenta con dos instrumentos: la multa (m) y el nivel de esfuerzo o gasto en la detección y sanción de infractores (e), que se traduce en una probabilidad de captura y sanción (p(e)). Así, para un nivel dado de esfuerzo o gasto (e), el nivel de multa óptimo es igual a la ratio entre el daño causado con la infracción (h) y la probabilidad de detección (p) (...)

Es importante destacar que en la literatura económica, la multa descrita en la ecuación anterior, reduce las infracciones hasta un nivel “óptimo”, pero esto no implica la disuasión de todas las conductas ilícitas. Ello se debe a que esta ecuación resulta de maximizar una función de bienestar social que se construye restando a los beneficios ilícitos el daño generado por dichos actos y el costo social incurrido en la detección e imposición de sanciones. En tal sentido, si bien aquellas infracciones que generan un beneficio ilícito superior al daño reciben una multa, no son disuadidas totalmente mediante la aplicación de la fórmula arriba señalada.

Es por lo anterior que, buscando que la multa sea totalmente disuasiva, se propone emplear el beneficio ilícito además de la probabilidad de detección de la infracción como los principales criterios de determinación de la sanción. A este valor se le denomina multa base. Adicionalmente, se propone que la multa base sea multiplicada por un factor F, cuyo valor es determinado considerando las circunstancias agravantes y atenuantes, específicas a cada infracción (...)

En resumen, tres elementos son necesarios para determinar una multa disuasiva:

- Beneficio ilícito
- Probabilidad de detección y sanción
- Factor que recoge los atenuantes y agravantes”⁸.

75. De igual manera, el OEFA en su Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones, señala lo siguiente:

⁷ OSINERGMIN. “Análisis Económico de las Sanciones”, en: Estudio de Multas del Sector Energía; Vol. 1, 2008, pp. 26-27.

⁸ INDECOPI. “Propuesta metodológica para la determinación de multas en el Indecopi”. Documento de Trabajo 001-2012/GEE. Versión abril 2013, pp. 15-16.

"Debe tenerse en cuenta que en la mayoría de los casos los daños concretos (...) son difíciles de cuantificar (...). Por lo tanto, usualmente no se cuenta con información que nos permita realizar el cálculo del valor de daño con facilidad.

En atención a lo expuesto, y buscando que las sanciones a imponer constituyan un adecuado desincentivo, se empleará el beneficio ilícito (B), dividido entre la probabilidad de detección (p) y todo esto multiplicado por un factor F, cuyo valor considera el daño potencial y/o real, además de las circunstancias agravantes y atenuantes, específicas de cada infracción"⁹.

76. Por lo tanto, la teoría económica sugiere que la multa óptima se calcule considerando el beneficio ilícito y la probabilidad de detección de dicha infracción, y luego a ello se aplicarán los factores agravantes y atenuantes correspondientes.
77. Así, para efectos del cálculo de la multa base, debe considerarse que el beneficio ilícito consiste, en términos generales, en el beneficio que el infractor obtuvo o pudo haber obtenido por la realización de la infracción (conducta ilícita) y que, en consecuencia, motivó su decisión. Por su parte, la probabilidad de detección y sanción consiste en la probabilidad de que el organismo regulador detecte la comisión de una infracción y la sanción. La detección de una infracción es imperfecta, debido a que difícilmente se puede supervisar cada una de las acciones de los administrados, por la cantidad de recursos que ello requeriría. Esta imperfección en los sistemas de supervisión, incentiva a los administrados a cometer infracciones que les permita lograr algún tipo de beneficio, ya sea monetario o con el ahorro de esfuerzos o costos.
78. Este elemento es importante debido a que el infractor podría considerar que, aun cuando podría perder el beneficio ilícito como consecuencia de la imposición de una sanción, le conviene realizar la infracción si no existe mayor riesgo de ser detectado y sancionado. De esta forma, la probabilidad de detección y sanción en el cálculo de la multa actúa como un ponderador del beneficio ilícito: si la conducta es fácilmente identificable, la probabilidad de detección es cercana a 1 (100%), por lo que la ratio formada por el beneficio ilícito y la probabilidad será cercana al valor del beneficio ilícito. En el polo opuesto, si la conducta es bastante difícil de descubrir para la autoridad, la probabilidad de detección será cercana normalmente a 0.1 (10%), pudiéndose construir rangos intermedios (normalmente que van entre 0.25 o 25%, 0.5 o 50% y 0.75 o 75%), dependiendo del nivel de probabilidad de detección y sanción que enfrente la autoridad.
79. Consecuentemente, para desincentivar una infracción que difícilmente será detectada, es necesario imponer una multa superior al beneficio ilícito, con la finalidad de que los infractores reciban el mensaje de que, si bien, en algunos casos, puede ser difícil la detección de la infracción, cuando ello ocurra, la sanción correspondiente será incrementada en una proporción equivalente a esta dificultad de detección.
80. Como puede apreciarse, la aplicación de una sanción de acuerdo con los parámetros antes indicados, requiere necesariamente la existencia de un beneficio ilícito obtenido como consecuencia de la conducta infractora. Sin embargo, no todas las conductas que importan una vulneración a las normas necesariamente llevan consigo la configuración de un beneficio a favor del administrado. Vale decir, pueden presentarse casos, como por

⁹ OEFA. "Metodología para el cálculo de las multas base y la aplicación de los factores agravantes y atenuantes a utilizar en la graduación de sanciones" aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 035-2013-OEFA/PCD y Anexos.



ejemplo, la falta de entrega de información, en los que si bien el administrado incumplió una disposición normativa o mandato de la autoridad, ello no le generó beneficio alguno. En estos supuestos, para efectos del cálculo de la multa base, el valor resultante que se obtendría sería cero. Este resultado implicaría dejar de aplicar una sanción, lo cual no es lo más apropiado, ya que de por medio se encuentra la comisión de una infracción y la vulneración del ordenamiento jurídico.

81. La posibilidad de que en casos como el señalado en el párrafo anterior se deje la infracción cometida sin sanción alguna implicaría ciertamente un caso de infra punición. En efecto, tal como se ha explicado en los párrafos precedentes, el principio de razonabilidad establece que cuando se ejerce la potestad sancionadora, la autoridad debe evitar incurrir en dos extremos agravantes a este principio: el exceso de punición y la infra punición, siendo este último el constituido por la punición diminuta o pequeña que implica no afectar o afectar levemente al infractor, de modo que la sanción no llegue a ser disuasiva sino más bien un costo que se pueda asumir en aras de obtener el beneficio ilegítimo que la medida ilegal le pueda reparar.
82. En tal situación, la GRE, en su Informe N° 051-15-GRE-OSITRAN recomienda establecer un mecanismo de multa "ex ante" que permita disuadir este tipo de conductas, donde si bien el infractor no obtiene un beneficio ilegal, podría perjudicar la labor de la entidad al haberse infringido el marco normativo vigente.
83. En ese sentido, señala la GRE en el referido informe, que se debe establecer una multa con una tipología "ex ante" que permita identificar claramente las consecuencias de no cumplir con una decisión de la Administración. La implantación de multas "ex ante" en los casos en que no se pueda determinar o calcular el beneficio ilícito generado por la conducta de la entidad prestadora, puede ser un mecanismo que, por un lado, disuada de la realización futura de la conducta y que, por otro lado, permita de manera eficiente evitar la discrecionalidad del funcionario ante escenarios en los que no se pueda identificar con claridad el beneficio ilícito.
84. Este mecanismo "ex ante" debería incorporar criterios objetivos que permitan, por un lado identificar claramente la relación de dicho factor con la infracción comprometida y, por otro, que sirva para desincentivar la realización de la misma. De este modo, la GRE, en el referido Informe, considera que una variable que podría ser incluida como factor "ex ante" podría ser el costo diario que conlleva a la entidad el desarrollo de un procedimiento administrativo sancionador. Al respecto, dicha Gerencia refiere que esto no significa que con este criterio se pretenda cargar al administrado con los costos del procedimiento, sino que lo que se busca es establecer un factor a partir del cual se pueda medir objetivamente el monto de la multa por cada día de atraso en que incurra el administrado en cumplir su obligación. Este factor propuesto debería incorporarse solo en los casos en que no sea posible determinar o estimar el beneficio ilícito.
85. En virtud de lo anterior, la GRE hace referencia a que mediante Memorando N° 0928-2015-GSF-OSITRAN, la GSF le remitió una estimación del costo de un procedimiento administrativo en primera instancia, el cual ascendía a 22 523 nuevos soles. Dicho cálculo estimaba una duración aproximada del procedimiento de 60 días hábiles (82 días calendario). En tal sentido, la GRE propone que, en los casos de conductas del infractor que no generen un beneficio ilícito, pero que sí deberían ser sancionadas debido a la existencia de un incumplimiento normativo o contractual, se debe aplicar una multa "ex ante" de 7% de la UIT por día de atraso del cumplimiento de la obligación. Además, la GRE recomienda que el cálculo de la multa en el presente caso, sea cuantificado a partir



del mayor período de comisión de la infracción, considerando que durante el período de mayo 2010 – agosto 2012 el Concesionario ha cometido el mismo tipo de infracción. Finalmente, la GRE señala que la multa que se obtendría a partir de este criterio sería la multa base, a la cual se le deben aplicar los agravantes y atenuantes:

"29. Dicho lo anterior, es importante mencionar que esta Gerencia no es competente para cuantificar los atenuantes y agravantes analizados en el Memorando N° 251-15-GAJ-OSITRAN, toda vez que cualquier valoración que se haga de éstos tendrá un componente de discrecionalidad. En su lugar, corresponde a la Gerencia de Asesoría Jurídica, sobre la base de la evaluación de cada uno de los atenuantes y agravantes, proponer al Consejo Directivo el valor que deberá tomar el factor que, multiplicado por la multa base, permita hallar la multa que correspondería imponer al Concesionario."

86. Respecto de la valoración de las circunstancias atenuantes y agravantes, si bien ésta es principalmente cualitativa, para efectos de determinar la multa, sea en un escenario en el que se presente un beneficio ilícito o de una multa "ex ante", esta valoración cualitativa se suele convertir a un valor numérico del factor F de entre 0,70 y 2, a fin de reducir discrecionalidad en el análisis de dichas circunstancias.

87. Sobre el particular, la GRE ha señalado mediante Informe N° 051-2015-GRE-OSITRAN que, distintas entidades a nivel local han desarrollado metodologías que reflejan este valor numérico del factor F. Así, menciona el caso de INDECOPI, en cuyo documento titulado "Propuesta metodológica para la determinación de multas en el INDECOPI" propone multiplicar la multa base por un factor F, cuyo valor es determinado considerando las circunstancias agravantes y atenuantes específicas a cada infracción.

88. Según la GRE, el valor del factor F será mayor en la medida que se identifiquen más circunstancias agravantes. Entre dichas circunstancias podrían incluirse las siguientes:

- La duración de la conducta;
- La reincidencia;
- La obstrucción o negativa a cooperar en el proceso de investigación;
- El ámbito que alcanza la infracción (por ejemplo, si afecta a un grupo vulnerable o extenso de la sociedad); y,
- La intencionalidad o premeditación de la conducta (por ejemplo, el objetivo o el grado de negligencia al llevar a cabo la práctica).

89. Por otro lado, la GRE también señala que el valor del factor F será menor si existieron factores que atenuaron el impacto de la práctica ilícita. Entre las circunstancias atenuantes podrían incluirse las siguientes:

- El auto-reporte, es decir, si el infractor informa a la autoridad de la realización de la infracción que está cometiendo;
- La subsanación o disposición del infractor de presentar una solución a la afectación ocasionada por la conducta ilícita.

90. En tal sentido, la GRE señala que, aunque la valoración de los agravantes y atenuantes es esencialmente cualitativa, el INDECOPI propone que, para efectos de determinar la multa, dicha valoración se refleje en el factor F como un número. En principio, dicho factor debería ser superior a la unidad, a efectos de evitar que la multa sea inferior a la multa base, reduciendo con ello su poder disuasorio. Sin embargo, excepcionalmente, podrían existir situaciones en las que solo se observen circunstancias atenuantes, en cuyo



caso se propone que el factor F tome un valor inferior a la unidad, pero no menor a 0,70. En el otro extremo, se propone que este factor tome como máximo el valor de 2, es decir, que por circunstancias agravantes se pueda hasta duplicar la multa base.

91. En resumen, según la GRE, el factor F que multiplica a la multa base, puede ser un número ubicado en el rango entre 0,70 y 2; y debe determinarse sobre la base del balance de las circunstancias atenuantes y agravantes presentes en cada caso.
92. Esta explicación de este valor numérico, en efecto, ha sido sustentado por el INDECOPI de la siguiente manera:

"En general, el factor F debe ser superior a la unidad para evitar que la multa sea inferior a la multa base, reduciendo con ello su poder disuasorio. No obstante, excepcionalmente pueden existir casos en los cuales solo se observan circunstancias atenuantes. Solo en presencia de circunstancias atenuantes que se encuentren debidamente acreditadas, se propone que el factor F tome un valor inferior a la unidad, aunque no menor a 0,70. Como máximo se propone que el factor F tome el valor de 2, es decir, que por circunstancias agravantes se pueda hasta duplicar la multa base.

De esta manera, con la incorporación del factor F se busca que la multa base se adapte a lo establecido en el criterio de razonabilidad de la LPAG, al hacer que la multa final impida que para el infractor resulte más ventajoso cumplir la norma que infringirla y asumir la sanción, al tiempo que es proporcional a la conducta infractora, es decir, considera circunstancias atenuantes o agravantes"¹⁰.

93. En tal sentido, la determinación de una multa debe efectuarse acorde con los criterios expuestos anteriormente, y considerando además la prohibición de superar el tope máximo establecido en la normatividad vigente, a fin de evitar situaciones en las que la multa no disuada efectivamente la infracción, así como situaciones en las que la multa sea "desproporcionada", generándose la percepción de que las multas son establecidas con alta discrecionalidad y sin guardar relación con los efectos de la conducta infractora.

D.2. Multa a imponer

94. Ahora bien, tal como se ha explicado previamente, a fin de calcular la cuantía de la multa, la teoría económica establece que la sanción por incurrir en una infracción debe calcularse considerando el beneficio ilícito derivado de la infracción, dividido entre la probabilidad de detección de dicha infracción. La cuantía resultante será la multa base que debe ser multiplicada por un factor que considere el perjuicio causado, además de las circunstancias atenuantes y agravantes de la infracción cometida, previstas en la normativa vigente.
95. De acuerdo con el análisis efectuado, la resolución recurrida ha señalado que la conducta infractora del Concesionario no le ha generado a éste beneficio ilegalmente obtenido. Asimismo, es importante tener en cuenta que la primera instancia administrativa no ha señalado que exista un perjuicio económico ocasionado por la conducta del Concesionario. Asimismo, se advierte que la probabilidad de detección en el presente caso es alta, debido a que la acreditación de la presentación de información en un plazo determinado se puede verificar a partir de los documentos que recibe el Regulador a través de sus medios de recepción documentaria. En tal sentido, para efectos de la multa base, el valor resultante que se obtendría sería cero. Este resultado implicaría dejar de

¹⁰ INDECOPI. Op.cit., pp. 24-25.

aplicar una sanción en el presente caso, lo cual no es legalmente viable, habida cuenta que la infracción está acreditada, más aun si la infracción cometida por el Concesionario se encuentra tipificada en el artículo 38 del RIS como grave y considerando además que, el órgano instructor ubicó al apelante en la tercera escala (ingresos anuales mayores a 50,000), siendo por ello el tope máximo de la cuantía de la multa a aplicársele de "hasta 450 UIT":

"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."

"Artículo 61.- Escala de sanciones

La Entidad Prestadora que incurra en infracción administrativa, será sancionada de conformidad con la siguiente escala, y en ningún caso la sanción podrá ser superior al 3% de los ingresos operativos anuales:

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

1/ Incluye la posibilidad de amonestación pública."

96. Siendo ello así, a partir de lo señalado por la GRE en el Informe N° 051-15-GRE-OSITRAN, en casos como el que es materia de análisis, en los que no se advierte un beneficio ilícito por parte del infractor, corresponde aplicar una multa "ex ante", ascendente a 7% de la UIT por cada día de atraso en remitir la información al Regulador. Asimismo, para el presente caso, debido a la cantidad de días en los que se cometió la infracción (período comprendido entre mayo 2010 – agosto 2012), la GRE recomienda que el cálculo de la multa, sea cuantificado a partir del mayor período de comisión de la infracción.
97. Al respecto, es preciso recordar que, conforme a los Informes N° 821-2015-GSF-OSITRAN y 024-12-GAF-TES-OSITRAN, el período más largo de incumplimiento es el comprendido entre el 22 de junio de 2010 y el 27 de septiembre de 2012, en el cual se observa un retraso en el plazo de 828 días. En tal sentido, y conforme con la recomendación efectuada por la GRE, la multa a imponer equivale a 57.96 UIT. Esto constituye la multa base.

**TABLA
CÁLCULO DE LA MULTA BASE^[2]**

Período de Pago	Plazo máximo de presentación	Plazo en que presentó	Criterio		
			Días de atraso (Días Calendario)	Cálculo de Multa Base	Multa Base
May-10	22/06/2010	27/09/2012	828	7% de la UIT * 828	57.96 UIT

[2] Los parámetros y criterios de cálculo de la multa base recogidos en el presente informe, han sido establecidos por la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos para este caso en concreto.

98. No obstante, es preciso señalar que la multa impuesta por la primera instancia del OSITRAN ascendió a 10 UIT, la cual es muy inferior a la multa base antes calculada ascendente a 57.96 UIT.
99. Ahora bien, una vez definida la multa base, lo que correspondería es realizar el cálculo del factor F, el cual según la teoría, en el caso extremo en que solo existieran circunstancias atenuantes, puede tomar un valor inferior a la unidad, pero no menor a 0,70. Es decir, que en el mejor de los casos, en el que sólo se hayan determinado atenuantes, se podría reducir la multa base en un 30%.
100. En el presente caso, reducir en 30% los 57.96 UIT, daría como resultado 40.57 UIT el cual es aún muy superior a la multa de 10 UIT impuesta por la primera instancia. En vista de ello, carece de objeto pronunciarnos sobre los criterios atenuantes y agravantes en el presente caso, siendo que, aun cuando solo existieran circunstancias atenuantes, la multa resultante superaría la aplicada en primera instancia.
101. Sobre este punto, el artículo 237.3 de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, señala lo siguiente:

"Artículo 237.- Resolución

(...)

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

102. Consecuentemente, ante la imposibilidad de reformar en peor la multa impuesta al Concesionario, corresponde confirmar la multa ascendente a 10 UIT impuesta al Concesionario.

IV. CONCLUSIONES

103. De acuerdo con lo establecido en la cláusula 8.20 del Contrato de Concesión, DPWC se encuentra obligado a pagar mensualmente como Retribución al Estado, el 3% de sus ingresos brutos mensuales por la prestación de sus servicios.
104. Si bien el Concesionario cumplió con pagar la Retribución al Estado, no cumplió con su obligación de acreditar dicho pago ante el OSITRAN dentro del plazo (tres -3- días después del vencimiento del plazo para el pago de la retribución) previsto en el Reglamento de Retribución al Estado y en la Directiva de Retribución al Estado aprobada por OSITRAN; conducta que se encuentra tipificada como grave en el artículo 38 del RIS de OSITRAN.
105. En el presente caso, la GRE en su Informe N° 051-2015-GRE-OSITRAN indica que, en el presente caso no se ha evidenciado la existencia de beneficio ilícito, sin perjuicio de lo cual, señala que se debe establecer un mecanismo "ex ante" que permita disuadir este tipo de conductas, por lo que propone como multa la cantidad de 7% de la UIT por día de atraso. Acorde con ello, teniendo present que el período más largo de incumplimiento imputable a DWC, es el comprendido entre el 22 de junio de 2010 y el 27 de septiembre de 2012, es decir, 828 días, y considerando agravantes y atenuantes, obtendríamos una multa ascendente a 40.57 UIT, la cual resulta ser mayor a la multa impuesta en primera instancia (ascendente a 10 UIT). Siendo ello así, y de acuerdo con la prohibición



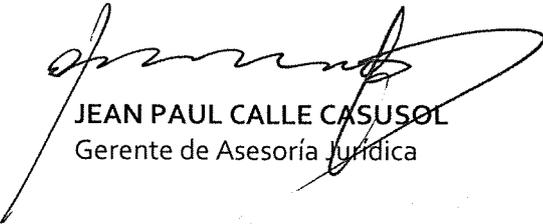
administrativa de *reformatio in peius*, corresponde confirmar la multa impuesta por la primera instancia administrativa.

V. RECOMENDACIÓN

106. Se recomienda a la Gerencia General que ponga en consideración del Consejo Directivo el presente informe, sugiriendo:

- a) Su aprobación, así como la resolución que se adjunta y, por lo tanto, declarar infundado el Recurso de Apelación interpuesto por DPWC.
- b) Disponer que de conformidad con el artículo 72 del RIS se declare agotada la vía administrativa.

Atentamente,


JEAN PAUL CALLE CASUSOL
Gerente de Asesoría Jurídica

AFernández/mg
Reg. Sal GAJ No. 36216-15
Ref. 15590-15 y 16563-GSF

OSITRAN
GERENCIA GENERAL

PROVEIDO N° : 2576-0015-66

PARA :SCD

ACCIONES A SEGUIR :SE REMITE INFORME TÉCNICO
PARA SU INCLUSIÓN EN AGENDA
DEL CONSEJO DIRECTIVO

FECHA : 23/09/15

