



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Resolución de Gerencia General

Nº 082-2010-GG-OSITRAN

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

PROCEDENCIA : Gerencia de Supervisión (GS)
ENTIDAD PRESTADORA : DP World Callao S.R.L.
MATERIA : Procedimiento Administrativo Sancionador notificado a la empresa concesionaria DP World Callao S.A. mediante el Oficio Nº 3055-10-GS-OSITRAN, por el presunto incumplimiento contractual de la Cláusula 6.30 del Contrato de Concesión.

Lima, 22 de setiembre de 2010

VISTOS:

El Informe Nº 1128-10-GS-OSITRAN y la Nota Nº 1252-10-GS-OSITRAN, así como los actuados en el Expediente Administrativo Sancionador Nº 11-2010-GS-OSITRAN remitido por la Gerencia de Supervisión, y;

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

1. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), quien a su vez actúa a través de la Autoridad Portuaria Nacional (APN), suscribió con fecha 24.Jul.2006, el Contrato de Concesión con la Empresa Dubai Port World Callao S.A., para la construcción, mantenimiento y operación por treinta (30) años, del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur (Muelle Sur).
2. OSITRAN a su vez luego de efectuar un Concurso Público Internacional, seleccionó al Consorcio Peruano – Japonés, Nippon Koei Co. Ltd. – CESEL S.A. para la supervisión de la primera fase, dicho consorcio viene trabajando desde el 04.Abr.08, fecha señalada como el inicio de la obra y en virtud de un contrato suscrito con OSITRAN con fecha 14.Mar.08. La Supervisión corresponde a la construcción de la primera fase del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur.
3. La cláusula 6.30 del Contrato de Concesión, establece un plazo máximo de diez (10) Días contados desde el primer día del mes siguiente al de la culminación del periodo correspondiente al informe, para la presentación del Informe mensual de Avance de Ejecución de Obras.



Av. República de Panamá Nº 3659
 Urb. El Palomar - San Isidro
 Tel : (511) 440-5115
 Fax: (511) 421-4739
 e-mail: info@ositran.gob.pe
 www.ositran.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

4. La cláusula 1.20.35 del Contrato de Concesión define el término "Días" como los días hábiles, es decir, que no sean sábado, domingo o feriado no laborable, en las provincias de Lima y Callao. También se entienden como feriados los días en que los bancos en las ciudades de Lima y Callao no se encuentran obligados a atender al público por disposición de la autoridad Gubernamental.
5. En virtud de los numerales anteriores del presente documento, se establece que la fecha límite para la presentación del Informe mensual de Avance de Obras correspondiente al mes de Mayo del 2010, fue el lunes 14 de junio del 2010.
6. Con Carta N° GP.DPWC.007.10 de fecha 15.Jun.10, el Concesionario presentó a OSITRAN, su Informe Mensual N° 26 de Avance de Obras correspondiente al mes de mayo del 2010.
7. El día 21 de junio de 2010, la Gerencia de Supervisión recibe el Informe N° 702-10-GS-OSITRAN, donde se recomienda la evaluación del presunto incumplimiento de la Cláusula 6.30 del Contrato de Concesión, respecto a la entrega del Informe Mensual de Avance de Obras a OSITRAN.
8. El día 22 de julio de 2010, mediante Oficio N° 3055-10-GS-OSITRAN se notificó a la empresa DP World, el presunto incumplimiento en que habría incurrido, y en base al Informe N° 702-10-GS-OSITRAN se le notifica que:

"Habrá incumplido con la obligación establecida en la Cláusula 6.30 del Contrato de Concesión, al no haber entregado a OSITRAN, el Informe Mensual de Avance de Obras correspondiente al mes de 2010, dentro del plazo establecido en la mencionada cláusula."

9. Al 10 de agosto de 2010, fecha en que venció el plazo, establecido en el numeral 66.5 del Reglamento de Infracción y Sanciones de OSITRAN, para la presentación de los descargos por parte de la empresa DP World, se evidencia que dicha empresa no ha presentado su escrito de descargos.

II. ANÁLISIS

- De la Obligación contractual:

10. La Cláusula 1.20.54 del Contrato de Concesión define los informes de Avance de Obra como sigue:

"Informes de Avance de Obra

Son los documentos que elaborará el CONCESIONARIO, conforme a las disposiciones contenidas en el presente Contrato y las que establezca el REGULADOR, mediante el cual dejará constancia de las Obras construidas, rehabilitadas o mejoradas y de la implementación del Equipamiento

Av. República de Panamá N° 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-5115
Fax : (511) 421-4739
e-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe



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

correspondiente. Los Informes de Avance de Obras estarán sujetos a la aprobación del REGULADOR”.

(El subrayado es nuestro)

11. La Cláusula 6.30 del Contrato de Concesión señala lo siguiente:

“... 6.30 Es obligación del Concesionario proporcionar al Regulador directamente o a través del Supervisor de Obras, según sea el caso, informes relativos al desarrollo de la ejecución de las obras, sin perjuicio de la obligación de presentar otros informes mencionados en el Contrato. Estos informes mensuales de Avance de Obras deberán ser presentados dentro de los diez (10) primeros días del mes siguiente al de la culminación del periodo correspondiente al informe...”

- De la tipificación efectuada por OSITRAN:

12. Mediante el Oficio N° 3055-10-GS-OSITRAN se le notificó a la empresa DP World, el presunto incumplimiento de la Cláusula 6.30 del Contrato de Concesión, al no haber entregado a OSITRAN, el Informe Mensual de Avance de Obras correspondiente al mes de Mayo de 2010, dentro del plazo establecido en la mencionada cláusula.

13. Asimismo, se le comunicó que el presunto incumplimiento, se encontraba tipificado en el Artículo 38° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS)¹ el cual señala lo siguiente:

“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.”

- De los descargos:

14. Sobre el particular cabe señalar que la empresa DP World, pese a estar debidamente notificada con fecha 22 de julio de 2010, mediante Oficio N° Oficio N° 3055-10-GS-OSITRAN, hasta la fecha no ha presentado ningún escrito de descargos.

15. Cabe señalar que la conducta de la empresa concesionaria es contraria a los compromisos contractuales específicos, al no haber cumplido con la entrega de información establecida en su propio Contrato de Concesión, lo cual ha perturbado el

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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Artículo 4º del RIS y a los criterios señalados en el numeral 3) del Artículo 230º de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General:

En aplicación del principio de razonabilidad para graduar la sanción, se realiza teniendo en cuenta:

20. Para efectos de graduar la cuantía² de la sanción, el numeral 3 del artículo 230º de la Ley N° 27444, establece en orden de prelación, que se deben observar los siguientes criterios: 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. f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor. De los argumentos advertidos en el escrito de descargos se puede señalar lo siguiente:

- i) **La gravedad del daño al interés público o bien jurídico protegido, el perjuicio económico causado, la repetición de la comisión de infracción, las circunstancias de la comisión de la infracción y el beneficio ilegalmente obtenido.**- En el presente caso, cabe tener en cuenta que de acuerdo al Informe N° 702-10-GS-OSTRAN, se ha perjudicado en primera instancia al Regulador en el cumplimiento cabal de sus funciones, por cuanto el no entregar la información, en los plazos que establece el Contrato de Concesión, no permite conocer los avances reales de obra, lo cual genera que no se pueda informar de manera oportuna a otras instancias superiores. Asimismo el mencionado informe señala que también ha sido perjudicado el Concedente, puesto que no cuenta con la información necesaria y oportuna para estimar y programar la cancelación de los honorarios de la supervisión, así como también poder informar de manera adecuada y actualizada los avances de las obras y de la inversión efectuada.

Asimismo, cabe señalar que el hecho de no entregar la información establecida en la Cláusula 6.30 del Contrato de Concesión, de alguna manera implica una afectación al Interés Público³.



² Sobre el particular, es pertinente anotar el artículo 4º de RIS, establece:

Artículo 4.- Principios de la Potestad Sancionadora

4.1 OSITRAN deberá aplicar los principios a los que alude el Artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444.

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.

³ Respecto al Interés Público, en el fundamento 11 de la Resolución recaída en el Expediente N° 090-2004-AA, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:



República de Panamá N° 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-5115
Fax : (511) 421-4739
e-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Asimismo, cabe recordar que, conforme al Principio de Vinculación Contractual previsto en el artículo 1361º del Código Civil, los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. En esta medida, se advierte que la conducta del Concesionario es contraria al principio de obligatoriedad del contrato y buena fe contractual y que recogen los artículos 1361º y 1362º del Código Civil, según los cuales, los contratos son expresión del acuerdo de voluntad común de las partes, mediante los cuales se crean obligaciones de cumplimiento obligatorio en cuanto se haya expresado en ellos, en aplicación del principio pacta sunt servanda. Por tanto, se advierte que la conducta de la empresa concesionaria es contraria al orden contractual establecido, lo cual ha perturbado al Regulador, por cuanto la no entrega de la información, en los plazos que establece el Contrato de Concesión, no permite conocer los avances reales de obra, lo cual genera que no se pueda informar de manera oportuna a otras instancias superiores. Por ello, la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, constituiría un agravante al momento de graduar la sanción.

En lo concerniente al perjuicio económico causado, cabe anotar que en el Informe de Hallazgos N° 702-10-GS-OSITRAN, no ha evidenciado un perjuicio económico causado. En tal medida ello constituye un atenuante al momento de graduar la sanción.

En relación a la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, se debe señalar que a tenor de lo señalado en el Informe de Hallazgos N° 702-10-GS-OSITRAN y de la verificación efectuada al Registro de Infracciones y Sanciones aplicadas a las empresas prestadoras, existe una conducta repetitiva de la Entidad Prestadora, notificada a la empresa DP World mediante el Oficio N° 209-09-GG-OSITRAN, por la presentación del Informe Mensual de Avance de Obras correspondiente al mes de marzo de 2009. En ese sentido, dicho aspecto es un agravante en la graduación de la sanción.

En cuanto a las circunstancias de la comisión de la infracción, se desprende que el incumplimiento del plazo de entrega fue de 1 día, sin embargo debemos advertir que dicho plazo no ha sido relevante para impedir el acto de supervisión de OSITRAN. En ese sentido, este aspecto es un atenuante en la graduación de la sanción.

"El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa.

(...)

El interés se expresa concluyentemente como el valor que una cosa posee en sí misma y como la consecuencia de la inclinación colectiva hacia algo que resulta atractivo, apreciable y útil. De allí que Fernando Sainz Moreno (...) plantee la que la noción de interés público se entienda como expresiones del valor público que en sí mismo tienen ciertas cosas; o bien como expresión que interesa al público.

Dicho interés es tan relevante que el Estado lo titulariza, incluyéndolo entre los fines que debe perseguir necesaria y permanentemente." [Resaltado y Subrayado agregado]



Av. República de Panamá N° 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-5115
Fax : (511) 421-4739
e-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Por otra parte, cabe puntualizar que tanto Informe N° 702-10-GS-OSTRAN y del Expediente Administrativo, no se evidencian beneficios ilegalmente obtenidos por la empresa concesionaria. En ese sentido, dicho aspecto también es un atenuante en la graduación de la sanción, por el cual cabe prueba en contrario.

Asimismo, con respecto a los **beneficios ilegalmente obtenidos**, en el Informe N° 702-10-GS-OSTRAN, no se hace referencia a ellos. Por esta razón, dicho aspecto es considerado un atenuante.

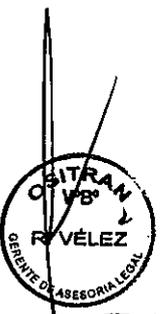
- ii) **Teniendo en cuenta la existencia o no de intencionalidad.-** Como se podrá observar, en virtud a lo establecido en el Contrato de Concesión, la empresa concesionaria conocía el plazo en el cual debía entregar el Informe Mensual de Avance de Obras en mención.

Si bien es cierto, la confrontación de los términos contractuales ya descritos frente a los actos materializados al interior del Concesionario, que han generado el resultado de haber incumplido con la obligación de no haber entregado el Informe Mensual de Avance de Obras del mes de mayo de 2010, no nos permite afirmar si existió propiamente una intencionalidad, pero lo que si se advierte es una negligencia de parte de DP World, por no entregar la información en los plazos establecidos en el Contrato de Concesión.

En esta línea, debe entenderse a la negligencia como la falta de cuidado en el obrar, la no diligencia en el no obrar en que incurre un hombre que no es diligente, de suerte que el daño causado fuera previsto o pudo ser previsto, constituyendo un acto de ilicitud civil el no cumplir con los procedimientos establecidos en el Contrato de Concesión. Siendo que la imputabilidad de los hechos descritos en el presente documento, demuestran que la Empresa Concesionaria DP World si bien tenía conocimiento del plazo de entrega, la demora en la entrega del mismo no causó impedimento alguno en el ejercicio de la función supervisora del Regulador. En ese sentido, dicho aspecto se considera un atenuante en la graduación de la sanción.

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

22. Por tal motivo, la Gerencia de Supervisión recomienda imponer como sanción una multa ascendente a dos (2) UIT's a la empresa DP World Callao S.R.L., por haber incumplido con la obligación de entregar a OSITRAN, el Informe Mensual de Avance





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

de Obras correspondiente al mes de Mayo de 2010, dentro del plazo establecido en la Cláusula 6.30 del Contrato de Concesión;

23. Luego de la revisión del informe de vistos, esta Gerencia lo hace suyo y en consecuencia, lo incorpora íntegramente a la parte considerativa de la presente Resolución;
24. De conformidad con el Numeral 16 de las Funciones Generales de la Gerencia General, del Manual de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado mediante Resolución N° 006-2007-CD-OSITRAN y sus modificatorias, corresponde a esta Gerencia resolver en primera instancia el presente procedimiento administrativo sancionador;

SE RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que la empresa concesionaria DP World Callao S.R.L. incumplió la obligación de entregar a OSITRAN, el Informe Mensual de Avance de Obras correspondiente al mes de Mayo de 2010, dentro del plazo establecido en la Cláusula 6.30 del Contrato de Concesión, hecho tipificado como infracción grave, de conformidad con lo establecido por el Artículo 38° del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN.

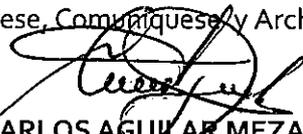
SEGUNDO: Imponer a la empresa concesionaria DP World Callao S.R.L., como sanción, por el incumplimiento referido en el artículo primero de la presente Resolución, una multa equivalente a dos (2) UIT's, la misma que deberá ser pagada dentro del plazo establecido en el Artículo 75° del Reglamento de Infracciones y Sanciones.

TERCERO: Encargar a la Gerencia de Supervisión para que, una vez consentida la multa impuesta en el artículo segundo de la presente Resolución, remita los actuados a la Gerencia de Administración y Finanzas, a fin de que implemente las acciones de cobranza que correspondan.

CUARTO: Notificar la presente Resolución a la empresa concesionaria DP World Callao S.R.L.

QUINTO: Hacer de conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones la presente Resolución.

Regístrese, Comuníquese y Archívese


CARLOS AGUILAR MEZA
Gerente General

Reg. Sal. N° GG-19498-10

Av. República de Panamá N° 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-5115
Fax: (511) 421-4739
e-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe