

Resolución de Gerencia General

Nº 015-2010-GG-OSITRAN

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

PROCEDENCIA : Gerencia de Supervisión (GS)
ENTIDAD PRESTADORA : Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 2 S.A.
MATERIA : Procedimiento Administrativo Sancionador notificado a la Empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 2 S.A. mediante el Oficio Nº 4578-09-GS-OSITRAN, por el presunto incumplimiento del Artículo 37º del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN.

Lima, 10 de febrero de 2010

VISTOS:

El Expediente Sancionador Nº 20-2009-GS-OSITRAN remitido por la Gerencia de Supervisión, mediante el Informe 078-10-GS-OSITRAN, de fecha 28 de enero de 2010, a través del cual se evalúan los descargos presentados por la empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 2 S.A. y;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 04 de agosto de 2005, se suscribió entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante el MTC) y la Empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 2 S.A. (en adelante IIRSA SUR T2), el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Vial Nº 2: Urcos – Inambari del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú - Brasil (en adelante Contrato de Concesión).
2. Con fecha 30 de abril de 2008, mediante Carta Nº 324-CIST2-OSITRAN, el Concesionario remitió a OSITRAN, el Informe Mensual de Avance de Obras correspondiente al mes de marzo del 2008.

3. Con fecha 29 de mayo de 2008, mediante Carta N° 330-CIST2-OSITRAN, el Concesionario remitió a OSITRAN, el Informe Mensual de Avance de Obras correspondiente al mes de abril del 2008.
4. En los meses siguientes, el Concesionario no ha presentado los informes mensuales de avance, tal como establece el Art. 37° del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN (RGSO).
5. El 20 de octubre de 2009, se presenta a la Gerencia de Supervisión, el Informe N° 915-09-GS-OSITRAN, mediante el cual, se da cuenta del presunto incumplimiento por parte de la empresa IIRSA SUR T2.
6. Mediante Oficio N° 4578-09-GS-OSITRAN, recibido el 16 de diciembre de 2009, se notificó a la empresa concesionaria del inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador por el presunto incumplimiento del Artículo 37° del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN.

"Habría incumplido con lo establecido en el Artículo 37° del Reglamento General de Supervisión al no haber presentado los informes mensuales del mes de mayo de 2008 y todos los siguientes que corresponden, hasta la fecha de presentación del Informe de Hallazgo N° 915-09-GS-OSITRAN."

7. Con fecha 05 de enero de 2010, mediante la Carta N° 535-CIST2-OSITRAN, la empresa concesionaria IIRSA SUR T2 remite a OSITRAN sus Descargos.

II. ANÁLISIS

- De la Obligación legal:

8. El Artículo 37° del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN establece lo siguiente

"Artículo N° 37.- Informes

Las Empresas Concesionarias se encuentran obligadas a presentar informes mensuales los mismos que deben ser presentados durante el mes siguiente. El contenido mínimo de este Informe será el siguiente:

- a) Cumplimiento de obligaciones del mes.*
- b) Ejecución del Plan de Inversiones.*
- c) Ejecución del Plan de mantenimiento.*
- d) Estadísticas Comerciales y Operativas.*
- e) Accesos otorgados y solicitudes de acceso en proceso.*

OSITRAN podrá determinar los formatos para la presentación de dichos Informes."

9. Como puede observarse, en el numeral que antecede, el Artículo 37º del Reglamento General de Supervisión establece que durante el mes siguiente al que se reporta, las empresas concesionarias deben presentar sus informes mensuales con el contenido mínimo que el mismo artículo establece.

- De la tipificación efectuada por OSITRAN:

10. Mediante el Oficio N° 4578-09-GS-OSITRAN se le notificó a la empresa concesionaria IIRSA SUR T2, el presunto incumplimiento de la obligación establecida en el Artículo 37º del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN debido a que no cumplió con presentar sus informes mensuales desde el mes de mayo de 2008 hasta la fecha.
11. Asimismo, se le comunicó que el presunto incumplimiento, se encontraba tipificado en el Artículo 38º del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS)¹, el cual señala lo siguiente:

"Artículo 38º.- 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 presentados:

12. A continuación se procederá a analizar los descargos presentados por la empresa concesionaria IIRSA SUR T2:
 - a) De que la obligación de la empresa concesionaria de presentar información estadística se rige por lo establecido en el Contrato de Concesión y no por el Artículo 37º del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN
 - b) Del cumplimiento de la obligación de presentar información estadística mensual y por lo tanto no ha incurrido en infracción alguna
 - c) De la tipificación efectuada
 - d) De los principios de razonabilidad, proporcionalidad y oportunidad como requisitos de validez y límite a la actuación de OSITRAN
 - e) De la obligación de abstenerse a solicitar una sanción
 - f) Del inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador

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.

- **Respecto del literal a) De que la obligación de la empresa concesionaria de presentar información estadística se rige por lo establecido en el Contrato de Concesión y no por el Artículo 37º del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN**

13. En el punto 2.2 y 2.3 de su Escrito de Descargos, la empresa concesionaria IIRSA SUR T2, refiere que el Artículo 37º del Reglamento General de Supervisión no es aplicable en virtud de la supletoriedad. Respecto a ello señala lo siguiente:

"2.2 Las implicancias de la naturaleza supletoria de las disposiciones del RGS son muy claras.

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española "supletorio" es aquello que suple la falta de algo. Es decir, las obligaciones que el RGS impone a las Entidades Prestadoras serán aplicables únicamente si obligaciones en la misma materia no han sido previstas en sus respectivos contratos de concesión.

Pues bien, para determinar la aplicación del RGS a la Concesionaria en el caso que nos ocupa basta con definir si el Contrato de Concesión de nuestra empresa impone obligaciones relacionadas con la presentación de información estadística mensual al Regulador. Si ello es así, lo dispuesto en el artículo 37º del RGS no será aplicable y por lo tanto no podría afirmarse que hemos cometido infracción alguna con relación a dicha obligación.

2.3 Como ya lo hemos mencionado al tratar de los antecedentes, el Contrato de Concesión si estipula obligaciones de nuestra empresa con relación a la presentación de información estadística mensual. En concreto lo que la cláusula 13.2 dispone es que la Concesionaria debe presentar la información estadística que el Regulador o el Concedente le indiquen y en la oportunidad y forma que dichas autoridades lo dispongan.

Precisamente, siguiendo la estipulación referida en el párrafo anterior, el 23 de enero de 2007 Regulador comunicó a la Concesionaria qué información estadística mensual debía presentar, cuando debía hacerlo y hasta la forma (formatos) en los debía cumplir con esta obligación.

Es evidente entonces que lo que la Concesionaria debe hacer para cumplir con su obligación de presentar información estadística mensual es sujetarse a lo dispuesto en la cláusula 13.2 del Contrato de Concesión y a lo que el Regulador le ha indicado sobre el particular. En virtud de la supletoriedad de la regulación respecto de lo establecido en los contratos de concesión, no resulta aplicable a la Concesionaria lo establecido en el artículo 37º del RGS."

14. Sobre el particular, cabe señalar que el artículo 3º de la Ley de Supervisión de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, aprobada mediante Ley N° 26917, establece que OSITRAN tiene como misión regular el comportamiento de los mercados en los que actúan las Entidades Prestadoras, así como velar por el cumplimiento de los contratos de concesión con la finalidad de cautelar en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los Inversionistas y de los Usuarios para garantizar la eficiencia en la explotación de la Infraestructura de Transporte de Uso Público.
15. Del mismo modo, el numeral 6.1 del artículo 6º de la misma Ley, establece dentro de las atribuciones de OSITRAN, 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.
16. Adicionalmente, el literal c) del numeral 3.1 del artículo 3º de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, aprobada por Ley N° 27332, establece que la función normativa de los Organismos Reguladores, 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.
17. En ese sentido, OSITRAN puede dictar las normas dentro de su ámbito de competencia, y dentro de ellas está el Reglamento General de Supervisión aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 036-2004-CD/OSITRAN, en el cual se establecen obligaciones para las Entidades Prestadoras bajo el ámbito de competencia de OSITRAN, que son de estricto cumplimiento y observancia obligatoria.
18. Con relación a lo anterior, el Contrato de Concesión define como Leyes y Disposiciones Aplicables², al conjunto de disposiciones legales que lo regulan, las cuales incluyen los reglamentos, directivas y resoluciones que pueda dictar cualquier Autoridad Gubernamental competente, de conformidad con su ley de creación, las que serán de observancia obligatoria para las Partes.
19. Ahora, respecto de lo manifestado por la empresa concesionaria IIRSA SUR T2, conviene precisar que el Artículo 37º del Reglamento General de Supervisión establece la obligación de la remisión de informes mensuales cuyo contenido mínimo no se encuentra especificado en la Cláusula 13.2 del Contrato de Concesión, ya que él

² Al respecto, el numeral 1.6 del Contrato de Concesión, establece:

Definiciones

1.6 En este Contrato los siguientes términos tendrán el significado que a continuación se indican:

Leyes y Disposiciones Aplicables

Es el conjunto de disposiciones legales que regulan el Contrato. Incluyen los reglamentos, directivas y resoluciones, que pueda dictar cualquier Autoridad Gubernamental competente, de conformidad con su ley de creación, las que serán de observancia obligatoria para las partes.

refiere al Cumplimiento de obligaciones del mes, Ejecución del Plan de Inversiones, Ejecución del Plan de mantenimiento, Estadísticas Comerciales y Operativas Accesos otorgados y solicitudes de acceso en proceso.

20. Naturalmente, la información solicitada a la empresa concesionaria IIRSA SUR T2 por OSITRAN, mediante el Oficio Circular N° 007-07-GRE-OSITRAN, en función de lo establecido en la Cláusula 13.2 del Contrato de Concesión, no excluye la obligación que tiene la referida empresa concesionaria de presentar la información que en el Artículo 37° del Reglamento General de Supervisión se establece.
 21. Ciertamente, conviene recordar que en ejercicio de su facultad supervisora³, el Regulador puede requerir la información y documentación que permita verificar el cumplimiento de las obligaciones de las empresas concesionarias, la cual debe ser proporcionada dentro de los plazos, condiciones y forma que se establezca.
 22. Precisamente la cláusula 13.2 del Contrato de Concesión, regula lo relativo a la entrega de información que cumplirá la empresa concesionaria en virtud de **todos los requerimientos de información** que puedan ser establecidos por el Regulador. Para tal efecto, la precitada estipulación dispone que el Concesionario deberá presentar los informes periódicos, estadísticas y cualquier otro dato con relación a sus actividades y operaciones, en las formas y plazos que **establezca el Regulador en el respectivo requerimiento**.
 23. A diferencia de lo dispuesto en la cláusula 13.2 del Contrato de Concesión, la aplicación y cumplimiento de la norma contenida en el artículo 37° del Reglamento General de Supervisión, no se encuentra supeditada a un requerimiento del Regulador. Además la cláusula 13.2, no establece que el Concesionario únicamente debe cumplir con presentar información al Regulador sólo cuando ésta le sea requerida.
 24. En ese sentido, carece de sustento el argumento del Concesionario, por el cual señala que, en mérito a la supletoriedad del Reglamento General de Supervisión respecto de lo establecido en los contratos de concesión, su obligación de presentar información, se rige únicamente por lo establecido en la cláusula 13.2 del Contrato de Concesión y no por lo previsto en el artículo 37° del Reglamento General de Supervisión.
- **Respecto del literal b) Del cumplimiento de la obligación de presentar información estadística mensual y por lo tanto no ha incurrido en infracción alguna**

³ Al respecto el artículo 13° del Reglamento de Supervisión prevé:

Artículo N° 13.- Facultades Supervisoras de OSITRAN

Para realizar las actividades de supervisión, se cuenta con las siguientes facultades:

- a) De OSITRAN
 1. Convocar a las Entidades Prestadoras a participar en las Reuniones de Trabajo;
 2. Requerir la información y documentación que permita verificar el cumplimiento de sus obligaciones, la cual será proporcionada dentro de los plazos, condiciones y forma que se establezca;
- (...)

25. Respecto de este literal, en el numeral 3.1 de su Escrito de Descargos, la empresa concesionaria IIRSA SUR T2, señala lo siguiente:

"3.1 En los términos en los que esta obligación ha sido regulada en el Contrato de Concesión, la Concesionaria ha cumplido cabalmente con la presentación de información estadística mensual que le compete. Así, a manera de resumen, la Concesionaria ha presentado información en las oportunidades que se indican en el Anexo 1 - E.

Queda absolutamente claro entonces que la Concesionaria ha presentado todos los meses la información estadística mensual a la que esta obligada y que lo ha hecho de la forma y en la oportunidad que se lo indicado OSITRAN en ejercicio de la atribución que le confiere el Contrato de Concesión. No existe infracción alguna de nuestra empresa en esta materia."

26. Sobre el particular, cabe señalar que la empresa concesionaria IIRSA SUR T2, está presentando dentro del Anexo 1-E de su escrito de descargos, un listado que refiere a la presentación de la información que le ha sido requerida por OSITRAN en el marco de lo que establece la Cláusula 13.2 del Contrato de Concesión.
27. Con respecto a ello, conforme ya se ha expuesto en extenso anteriormente, el cumplimiento del requerimiento de información efectuado por OSITRAN en el marco de lo previsto en la cláusula 13.2 del Contrato de Concesión, es independiente, y no excluye la obligación que tiene la referida empresa concesionaria de presentar informes mensuales con el contenido mínimo establecido en el Artículo 37º del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN.
28. Por lo tanto, distinto a lo señalado por la empresa concesionaria IIRSA SUR T2, ésta no ha cumplido con remitir los informes mensuales de los meses de mayo de 2008 y siguientes, a lo que está obligada, de acuerdo a lo que establece el Artículo 37º del Reglamento General de Supervisión.
29. De otro lado, en el numeral 3.2 de su Escrito de Descargos, la empresa concesionaria IIRSA SUR T2, señala lo siguiente:

"3.2 No obstante lo anterior, es de la máxima importancia señalar que si en los meses de abril y mayo de 2008 nuestra empresa presentó adicionalmente la información estadística en los términos establecidos en el artículo 37º del RGS, lo hizo voluntariamente y sólo con la finalidad de proporcionar la mayor cantidad de datos al Estado, pero no porque estuviera legal o contractualmente obligada a hacerlo.

Posteriormente, luego de un proceso de evaluación de los meses citados, la Concesionaria determinó que proporcionar información tanto de la forma

en la que estaba obligada por su Contrato de Concesión, como de acuerdo con lo establecido en el artículo 37° del RGS (a la que no estaba obligada) la hacía incurrir en costos adicionales injustificados, por lo que decidió proporcionar al Regulador únicamente la información a la que estaba obligada. Eso de ninguna manera puede ser considerado un incumplimiento de sus obligaciones, ni mucho menos la comisión de una infracción sancionable”

30. En este punto es necesario aclarar que la empresa IIRSA SUR T2, no sólo presentó los aludidos informes mensuales en los meses de abril y mayo de 2008 tal como ella lo manifiesta, ya que de acuerdo a los archivos de OSITRAN esta información ha sido remitida desde el año 2007, y ello se puede comprobar con los Oficios N° 172-CIST2-OSITRAN, N° 185-CIST2-OSITRAN, N° 214-CIST2-OSITRAN, N° 298-CIST2-OSITRAN, entre otros, donde se remitía dicha información en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 37° del Reglamento General de Supervisión.
31. Adicionalmente, se puede apreciar que los Informes remitidos por la empresa concesionaria IIRSA SUR T2 tienen un orden correlativo, correspondiendo al mes de diciembre de 2007 el “Informe Mensual de Avance N° 012-CIST2-DIC2007”, que fue remitido mediante el Oficio N° 298-CIST2-OSITRAN de fecha 17 de enero de 2009 y recibido por OSITRAN el día siguiente. Así como dicho informe, están numerados correlativamente aquellos que fueron remitidos en forma mensual a OSITRAN en cumplimiento del Artículo 37° del Reglamento General de Supervisión.
32. Aquí, es oportuno aclarar que no corresponde a la empresa concesionaria determinar que obligación debe o no cumplir, dado que ésta debe cumplir con todas sus obligaciones legales y contractuales establecidas. Por ello, es inaceptable que la empresa concesionaria señale que luego de un proceso de evaluación, determinó que al cumplir con el requerimiento de OSITRAN efectuado a través del Oficio N° 4578-09-GS-OSITRAN, no estaba obligada a cumplir con lo dispuesto en el artículo 37° del Reglamento General de Supervisión.
33. Efectivamente, si la empresa concesionaria consideró que, por el hecho de cumplir con el requerimiento de OSITRAN efectuado a través del Oficio N° 4578-09-GS-OSITRAN, ya no se encontraba obligada a cumplir con su obligación contenida en el artículo 37° del Reglamento General de Supervisión, debió poner en conocimiento de la administración dicha circunstancia, para que ésta, en ejercicio de sus funciones y atribuciones, determine si lo señalado por la empresa concesionaria se ajustaba o no, a lo establecido en el Contrato de Concesión y el Reglamento General de Supervisión.
34. Por lo tanto, la empresa concesionaria IIRSA SUR T2, sí estuvo dando cumplimiento a lo que establece el Reglamento General de Supervisión hasta el mes de mayo de 2008, luego de lo cual, incumplió con su entrega.

- **Respecto del literal c) De la tipificación efectuada**

De la tipificación

35. Respecto de la tipificación efectuada, en los numerales 4.1, 4.2 y 4.3 de su Escrito de Descargos, la empresa concesionaria IIRSA SUR T2, señala lo siguiente:

"4.1 No obstante que, como hemos demostrado, la Concesionaria no ha cometido infracción alguna referida a la presentación de información estadística mensual y por lo tanto no puede ser sancionada, consideramos oportuno señalar que el presente procedimiento sancionador ha nacido viciado de una indebida tipificación de la presunta conducta infractora y por lo tanto adolece de nulidad de pleno derecho conforme a lo dispuesto en el artículo 10° incisos 1 y 2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

4.2 De acuerdo a los términos del Oficio, la infracción imputada a la Concesionaria es aquella tipificada en artículo 38° del RIS, el cual señala lo siguiente:

"Artículo 38.- No entregar información

La Entidad Prestadora que en la 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."

Como se puede apreciar de su sola lectura, esta infracción tipifica un incumplimiento general de entrega de información en el marco de un procedimiento de supervisión, no estando referido específicamente al incumplimiento de entrega de los informes mensuales estadísticos a los que estén obligadas las Entidades Prestadoras en virtud de lo establecido en sus respectivos contratos de concesión, como es el caso de la Concesionaria y la presentación de información estadística a que se refiere el presente procedimiento.

4.3 *Adicionalmente, una lectura sistemática del artículo 38° del RIS antes citado, permite claramente concluir que se trata de un supuesto de infracción destinado a sancionar actuaciones cuyo objeto sea obstruir la labor supervisora de OSITRAN en el marco de los procedimientos de supervisión regulados por el RGS. Precisamente por ello, la infracción que se nos imputa se encuentra en el Capítulo VI del RIS referido a infracciones relativas a acciones de supervisión conjuntamente con otras infracciones que tienen la misma naturaleza y afectan al mismo bien jurídico protegido, tales como: obstaculizar o impedir la supervisión, no suscribir actas de supervisión, destruir actas de supervisión, incumplir obligaciones de*

registro de información y ocultar, destruir o alterar las fuentes de información.

4.4 *En el caso de la presentación de información estadística mensual, se trata de una obligación contractualmente prevista que si bien está relacionada con las acciones de supervisión no se enmarca en un procedimiento específico de supervisión, procedimiento cuyo cumplimiento es el objetivo que finalmente buscan alcanzar las infracciones tipificadas en el mencionado Capítulo VI del RIS.”*

36. Tal como se puede apreciar, la empresa concesionaria manifiesta que la tipificación se habría efectuado de manera incorrecta, debido a que la infracción cometida tipifica un incumplimiento general de entrega de información en el marco de un procedimiento de supervisión, no estando referido específicamente al incumplimiento de entrega de información relativa a los informes mensuales estadísticos a los que estén obligadas las empresas prestadoras.
37. Adicionalmente, la empresa concesionaria señala que la presentación de los informes mensuales, se trata de una obligación contractualmente prevista, no se enmarca en un procedimiento específico de supervisión, cuyo cumplimiento es el objetivo que finalmente buscan alcanzar las infracciones tipificadas en el mencionado Capítulo VI del RIS.
38. Respecto de estos puntos, debemos manifestar que de acuerdo al Reglamento General de Supervisión aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 36-2004-CD-OSITRAN, en su artículo 2° se establece lo siguiente:

"Artículo N° 2.- Definiciones

Para efectos de este Reglamento entiéndase por:

Actividad de Supervisión:

Acto del personal de OSITRAN o autorizado por éste que, bajo cualquier modalidad, tenga por objeto obtener información y/o verificar el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales, técnicas, administrativas, o aquellas contraídas directamente ante OSITRAN por parte de las Entidades Prestadoras, sobre aspectos técnicos, operativos, comerciales y administrativos, en el ámbito de su competencia..."

(El subrayado y negrita es nuestro)

39. De la precitada norma, se desprende que dentro de las acciones de supervisión, se encuentra la **supervisión de las obligaciones legales, técnicas, administrativas** de aquellos aspectos operativos, comerciales y administrativos, que para el presente caso, involucra la verificación al cumplimiento de la entrega de la información

mensual con el contenido mínimo señalado en el Artículo 37º del Reglamento General de Supervisión.

40. Por lo tanto, no es correcto lo afirmado por la empresa concesionaria respecto a que la entrega de información no sea un procedimiento específico de supervisión y esté sujeta a una acción de supervisión por parte de OSITRAN.
41. Así también, la empresa concesionaria IIRSA SUR T2, manifiesta que la lectura sistemática del artículo 38º del RIS, permite claramente concluir que se trata de un supuesto de infracción destinado a sancionar actuaciones cuyo objeto sea obstruir la labor supervisora de OSITRAN en el marco de los procedimientos de supervisión regulados por el Reglamento General de Supervisión.
42. Respecto de este punto debemos señalar que no es preciso lo señalado por la empresa concesionaria, toda vez que, de acuerdo a lo establecido en el literal c) del numeral 3.1 del artículo 3º de la Ley Nº 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, la función supervisora de los Organismos Reguladores, comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas.
43. Asimismo, de la lectura del Artículo 2º del Reglamento General de Supervisión se desprende que dentro de las acciones de supervisión, como ya se mencionó anteriormente, se encuentra la supervisión de las obligaciones legales, que involucra para el presente caso, la verificación de la entrega de los informes mensuales por parte de las entidades prestadoras, dentro de los plazos que señala el Reglamento General de Supervisión.

- **De la tipificación específica**

44. Respecto de la tipificación efectuada, en el numeral 4.5 de su Escrito de Descargos, la empresa concesionaria IIRSA SUR T2, señala lo siguiente:

"4.5 Ahora bien, lo cierto es que el RIS también contempla infracciones vinculadas a la obligación general de entregar información. Así, el Capítulo V del RIS se llama precisamente "infracciones Relativas a la Información". Entre las infracciones previstas en ese capítulo existe una específicamente vinculada a la entrega de información estadística. Al respecto, el artículo 30º del RIS señala:

"Artículo 30º.-

30.1 La Entidad Prestadora que no entregue a OSITRAN o a terceros que actúen con su autorización, la información solicitada sobre materias de su competencia...

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

Como se puede apreciar, existe una infracción específica para la entrega de información estadística, dentro de la cual evidentemente se encuentra la información operativa y financiera mensual. Por lo tanto, es claro que existiendo una tipificación específica no corresponde aplicar al supuesto hecho imputado la tipificación general prevista en el artículo 38° del RIS, sin perjuicio que esta última está destinada a sancionar la no entrega de información en el marco de los procedimientos de supervisión iniciados conforme a los términos del RGS. Precisamente por ello es que no sólo la no entrega de información sino incluso la demora en la entrega, es sancionada como infracción grave."

45. Tal como se puede observar, la empresa concesionaria IIRSA SUR T2, señala que existe una infracción específica para la entrega de información, incluida en el Artículo 30.2 del RIS, dentro de la cual estaría la de entrega mensual de "información estadística", señalando que no corresponde la aplicación del Artículo 38° del RIS.
46. Respecto a este argumento, se advierte que la transcripción del artículo 30.1° del RIS, efectuada por la empresa concesionaria en su escrito de descargos, se ha realizado de manera incompleta:

"Artículo 30°.-

*30.1 La entidad Prestadora que no entregue a OSITRAN o a terceros que actúen con su autorización, la información solicitada sobre materias de su competencia,
.....*

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

47. La transcripción completa del numeral 30.1 del artículo 30° del RIS es de la siguiente manera:

"Artículo 30º.-

30.1 La entidad Prestadora que no entregue a OSITRAN o a terceros que actúen con su autorización, la información solicitada sobre materias de su competencia, que se le haya requerido por escrito, dentro del marco de los procesos de toma de decisiones, emisión de opiniones técnicas o de las acciones de supervisión, relativas a tarifas y precios regulados y/o acceso, incurrirá en infracción muy grave.

(...)”

(El subrayado y negrita es nuestro)

48. Como bien se puede apreciar, justamente el extremo omitido --lo que continúa luego de los puntos suspensivos-- del numeral 30.1 del RIS citado por la empresa concesionaria IIRSA SUR T2, contiene la esencia del requerimiento, que especifica que dicha información haya sido previamente requerida por escrito por OSITRAN o terceros que actúen con su autorización. Es decir, se refieren a la falta en la entrega de información o su demora, en los casos **de requerimiento por escrito**, que no es lo que ha ocurrido en el presente caso.
49. En el caso materia de análisis, no se requirió por escrito la información concerniente a los informes mensuales, debido a que se trata de una obligación expresa contenida en el Reglamento General de Supervisión, la cual no está sujeta a un requerimiento formal para su cumplimiento. Por ello, no corresponde aplicar la norma contenida en el artículo 30.2º del RIS, debido a que el supuesto argumentado por la empresa concesionaria no estaría enmarcado dentro los alcances del artículo 30º del RIS.
50. En esa línea de razonamiento, distinto a lo señalado por el administrado, se estima que la tipificación efectuada y comunicada en el Oficio N° 4578-09-GS-OSITRAN recibido por la empresa concesionaria el 16 de diciembre de 2009, es correcta.
- **Con respecto del literal d) De los principios de razonabilidad, proporcionalidad y oportunidad como requisitos de validez y límite a la actuación de OSITRAN**
51. Mediante su escrito de descargos, la empresa concesionaria IIRSA SUR T2, indica que los actos administrativos sancionatorios sólo serán válidos en la medida que se respeten los principios constitucionales básicos, entre los que destacan los de razonabilidad y proporcionalidad, establecidos en el Artículo 230º de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Por lo que OSITRAN está obligado a respetar dichos principios, de lo contrario los actos administrativos sancionatorios emitidos por éste, serían ilegales e inconstitucionales y, consecuentemente, estarían viciados de nulidad.
52. Asimismo, agrega que: *“En consecuencia, tanto los efectos de la infracción, es decir, el perjuicio causado, como el eventual beneficio que se pudiera haber obtenido de tal*

infracción, son elementos fundamentales que condicionan la actuación de la autoridad y resultan determinantes al decidir la aplicación de una sanción; al punto que ésta no deberá aplicarse en caso que estos elementos no se presenten”.

53. Sobre el particular, cabe mencionar que la potestad sancionadora otorgada a la Administración Pública debe ser ejercida necesariamente dentro de los parámetros fijados por el ordenamiento y conforme a los principios que deben inspirar el ejercicio del poder punitivo del estado.
54. En este sentido, las sanciones de tipo administrativo tienen por principal objeto disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados, siendo el fin de las sanciones, en último extremo, adecuar las conductas al cumplimiento de determinadas normas.
55. Por ello, en este mismo orden de ideas, para la aplicación de una sanción administrativa debe tenerse en cuenta que en muchos supuestos no se requiere que una conducta genere un daño efectivo para que sea calificada como infracción y sea sancionada.
56. En tales casos, la potencial afectación al bien jurídico protegido⁴ por la norma, justifica que se sancione la conducta. Un ejemplo de ello son las infracciones de tránsito por exceso de velocidad, en ellas no se requiere que el conductor haya atropellado a algún peatón u ocasionado un choque para imponerle una sanción, bastará que se verifique la conducta infractora, en atención a los efectos potenciales de su conducta sobre los bienes jurídicos protegidos por las normas de tránsito, como son la seguridad de los peatones y conductores.
57. En virtud de ello, el artículo 230º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, al desarrollar el principio de razonabilidad, señala 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.
58. Por lo tanto, OSITRAN sí considera en todo momento los principios mencionados en todo el Procedimiento Administrativo Sancionador, y más aún como es en el presente caso, en la oportunidad donde deben ser aplicados, vale decir, para la emisión de la Resolución de Sanción que considera entre otros el análisis de los hechos, como de los descargos de la entidad del supuesto incumplimiento.
59. Es decir, no se puede referir a que dichos principios no se han tomado en consideración si el proceso se encuentra en su etapa de evaluación de descargos, luego de lo cual culmina con la propuesta de Resolución a la Gerencia General, quien es el órgano encargado de emitir la resolución de sanción o archivo correspondiente.

⁴ **Bien Jurídico Protegido:** Roxin dice- Circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. Felipe A. Villavicencio Terreros – Pág. 100 Editora Jurídica Grijley – 2006.

- **Con respecto a los literales e) y f) De la obligación de abstenerse a solicitar una sanción; y Del Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador**

60. Respecto de estos puntos, la empresa IIRSA SUR T2, indica que en el Artículo 68º-A del RIS se contempla la posibilidad de no dar inicio al procedimiento administrativo sancionador cuando se logra determinar que no amerita el inicio de éste como consecuencia de un análisis costo beneficio y de establecer que no se ha generado un grave daño a los usuarios o al interés público, por lo que a su entender no corresponde iniciar el Procedimiento Administrativo Sancionador.
61. Al respecto, debemos mencionar que el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN señala que la Gerencia General, excepcionalmente tiene la facultad de no dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador en el caso de que luego del análisis efectuado se determine que no amerite tal acción.
62. Sobre ello, cabe mencionar que dicha decisión debe estar amparada en un documento justificatorio, donde se exprese los elementos por los cuales se considera que no es necesario la apertura del procedimiento sancionador.
63. En el caso de autos, no se tiene evidencia de documento justificatorio alguno, suscrito por el Supervisor y refrendado por el Gerente de Supervisión, en el que se señale elementos por los cuales se pueda considerar que no es necesario la apertura de un procedimiento sancionador. Por el contrario, lo que obra en el Expediente Administrativo, es un informe de hallazgo, el cual recomienda evaluar el inicio del Procedimiento Sancionador, y no la recomendación de su no apertura. Por lo tanto, el artículo 68-Aº en este caso no resulta aplicable.
64. Según lo antes mencionado, de acuerdo a lo notificado a la empresa concesionaria a través del Oficio N° 4578-09-GS-OSITRAN, el incumplimiento materia del presente procedimiento, califica como Grave, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 38º de el Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS).
65. Al respecto, es pertinente mencionar que de acuerdo a lo que establece el artículo 61º del RIS, y teniendo en consideración que la empresa concesionaria IIRSA SUR T2, se encuentra ubicada en la primera escala, es decir, dentro de las empresas que cuentan con Ingresos Operativos Anuales menores a 20 mil UIT, la multa a ser determinada podría alcanzar un máximo de 60 UIT, el cual dependerá del análisis que se efectúe de los hechos, teniendo en cuenta los agravantes y atenuantes inherentes al presente caso.
66. En ese orden de ideas, habiéndose acreditado la comisión de la infracción tipificada en el Artículo 38º del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS), corresponde determinar la sanción aplicable conforme a lo señalado en el 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:

- 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 de Hallazgos N° 915-09-GS-OSTRAN, el incumplimiento denunciado, afectó al Regulador debido a que no contó con la información relevante para el cumplimiento de sus funciones, siendo evidente que ante el incumplimiento expuesto, no se ha contado con información oportuna sobre la concesión (información del Concesionario), habiendo sido necesario referirse, en los casos que se ha requerido, a la empresa encargada de la Supervisión de Obras. Naturalmente, dicha circunstancia, esto es, que la empresa concesionaria no cumpla con su obligación de presentar los informes mensuales de acuerdo a lo establecido en el artículo 37° del Reglamento General de Supervisión, limitó las actividades del Regulador, al no contar con la información relevante para verificar el cumplimiento obligaciones de la empresa concesionaria.

No obstante ello, para la graduación de la sanción pecuniaria, debe tenerse presente que no se ha cuantificado en los **presentes autos el daño al interés público o bien jurídico protegido, ni el perjuicio económico** a los usuarios finales, los usuarios intermedios ni al Estado Peruano representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de concedente. Sin embargo, se debe tener presente que al limitarse la actividad supervisora del Organismo Regulador, se afecta el interés público, toda vez que, es de suma importancia que los Organismos Reguladores, puedan cumplir correctamente con sus funciones, las cuales son de especial trascendencia para coadyuvar al correcto desenvolvimiento del mercado y del sistema de concesiones, situación que evidentemente es de interés general de la sociedad en su conjunto.

Por otro lado, se debe mencionar que de la revisión efectuada al Registro de Infracciones y Sanciones aplicadas a las empresas prestadoras, se ha verificado que no existe antecedente, de sanción o conducta similar en años anteriores, referido a la entrega de los informes mensuales para con la empresa concesionaria IIRSA SUR T2, **por lo que se descarta que exista una conducta repetitiva.**

Asimismo, con respecto a los **beneficios ilegalmente obtenidos** por la empresa concesionaria, el numeral 11 del Informe de Hallazgos N° 915-09-GS-OSITRAN señala que, *"Al no haber efectuado la elaboración y consecuente presentación de los informes mensuales dispuestos por el Art. 37° del Reglamento de Supervisión de OSITRAN, el Concesionario se ha ahorrado los costos correspondientes en personal y recursos que debieron ser destinados al*

cumplimiento de dicha obligación, que se entiende están cubiertos por los pagos que son efectuados por el Concedente, vía Pago Anual por Obras (PAO) o Valorizaciones de Periodo Transitorio (VPT) o Valorizaciones del Periodo Final (VPF)."

- ii) **Teniendo en cuenta la existencia o no de intencionalidad.-** Como se ha podido observar, la empresa concesionaria conocía perfectamente la fecha en que se debía presentar los Informes Mensuales que establece el Artículo 37º del Reglamento General de Supervisión, durante el mes siguiente del que se reporta. Si bien lo sucedido no nos permite afirmar si existió o no intencionalidad, lo que si se evidencia es que hubo negligencia inexcusable por parte de la empresa concesionaria IIRSA SUR T2 para el cumplimiento de la obligación aludida, más aún, cuando la propia empresa concesionaria, en su escrito de descargos manifiesta que, si bien venía cumpliendo con la obligación contenida en el artículo 37º del Reglamento General de Supervisión, lo hacía voluntariamente, y que posteriormente, luego de un proceso de evaluación, "determinó" que no estaba obligada a cumplirla.
- 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 empresa concesionaria a cumplir oportunamente y sin necesidad de requerimiento previo alguno, la obligación contenida en el artículo 37º del Reglamento de Supervisión de OSITRAN.

67. Por tal motivo, considerando que la sanción a imponerse debe cumplir una función que desincentive a los Administrados a incurrir en este tipo de faltas, habiéndose determinado la responsabilidad de la empresa concesionaria, teniendo presente las circunstancias agravantes y atenuantes antes expuestas, y en atención a lo recomendado por la Gerencia de Supervisión, se considera imponer como sanción una multa ascendente a diez (10) UIT a la Empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 2, por haber incumplido con lo establecido en el artículo 37º del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN.

68. 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.

En merito a las atribuciones y funciones previstas en el numeral 6.3 del artículo 6º de la Ley Nº 26917, Ley de Creación de OSITRAN, el literal d) del numeral 3.1 del artículo 3º de la Ley Nº 27332, Ley Marco de Los Organismos Reguladores, así como a lo dispuesto en el artículo 40º del Reglamento General de OSITRAN aprobado por Decreto Supremo Nº 044-2006-PCM, concordante con el artículo 7º del Reglamento de Infracciones RIS de OSITRAN aprobado por Resolución de Consejo Directivo Nº 023-2003-CD-OSITRAN, y el numeral 16 de las Funciones

de Gerencia General contenidas en el Manual de Organización y Funciones MOF de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-2007-CD-OSITRAN, y sus modificatorias.

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que la Empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 2 incumplió con lo establecido en el artículo 37° del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN, al no haber presentado los Informes Mensuales correspondientes al mes de mayo de 2008 y sucesivos; dicho incumplimiento se encuentra tipificado en el artículo 38° del RIS como una infracción GRAVE.

SEGUNDO: Imponer a la Empresa Concesionaria Interoceanica Sur – Tramo 2 como sanción, por el incumplimiento referido en el artículo primero de la presente Resolución, una multa equivalente a diez (10) UIT, la misma que deberá ser pagada dentro del plazo establecido en el Artículo 75° de el RIS.

TERCERO: Notificar la presente Resolución a la empresa Concesionaria Interoceanica Sur – Tramo 2.

CUARTO: Hacer de conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de la Gerencia de Supervisión de OSITRAN la presente Resolución.

Regístrese, Comuníquese y Archívese

CARLOS AGUILAR MEZA
Gerente General

Reg. Sal. N° GG-2774-10