



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Resolución de Gerencia General

Nº 064-2010-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 DP World Callao S.R.L. mediante el Oficio Nº 1116-10-GS-OSITRAN, por el incumplimiento de la presentación ante OSITRAN de los informes Mensuales de Avance de Obra con posterioridad a la fecha establecida en la Cláusula 6.30 del Contrato de Concesión y no remitirlos en las condiciones establecidas mediante Oficio Nº 3672-2008-GS-OSITRAN.

Lima, 22 de julio de 2010

VISTOS:

El Expediente Sancionador Nº 01-2010-GS-OSITRAN, el escrito de Reconsideración presentado por la empresa concesionaria DP World Callao S.R.L. con fecha 23 de junio de 2010, y el Informe Nº 850-10-GS-OSITRAN;

CONSIDERANDO:

I. 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 de Julio de 2006, el Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores ubicado adyacente al rompeolas del Terminal Portuario del Callao – Zona Sur (en adelante el Contrato de Concesión) con la empresa Dubai Ports World Callao S.A. (actual DP World Callao S.R.L. y en adelante el Concesionario).
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 de abril de 2008,



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

fecha señalada como el inicio de la obra y en virtud de un contrato suscrito con OSITRAN con fecha 14 de marzo de 2008. 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, señala que "(...) 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 (...)"
4. Como consecuencia de esta obligación, el Concesionario ha venido presentando informes mensuales de Avance de Obras, los mismos que han sido revisados y posteriormente observados por no contar con la información necesaria y suficiente para la supervisión, por lo que con la finalidad de uniformizarla y no rechazar los siguientes informes, mediante Oficio N° 3672-2008-GS-OSITRAN de fecha 03 de diciembre de 2008, OSITRAN remite la estructura general del índice para su cumplimiento, ya que su contenido es concordante con la Cláusula 7.8 del Contrato de Concesión y el Artículo 37° del Reglamento General de Supervisión aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 036-2004-CD/OSITRAN.
5. Con Acta de Reunión del 03 de Febrero de 2009, OSITRAN solicita al Concesionario completar los informes mensuales presentados con el nuevo contenido solicitado. Anota que a la fecha no está aprobado ningún informe, siendo de especial connotación, la inclusión en dichos informes de la medición detallada de las cantidades de obra ejecutada.
6. Con Acta de Reunión del 11 de Febrero 2009, OSITRAN solicita al Concesionario la presentación de un cronograma de entregas del levantamiento de observaciones efectuadas a los informes mensuales N° 1 al N° 9. Resalta el Regulador que dichos informes no han sido aprobados y solicita incluir en ellos las cantidades de obra ejecutadas y el avance de acuerdo al presupuesto aprobado para la Fase I. El Regulador también sugiere al Concesionario que informe oficialmente el estado y avance de las correcciones de los informes.
7. Con Acta de Reunión del 17 de Marzo de 2009, OSITRAN informa que ha enviado una comunicación oficial al Concesionario, solicitando un Cronograma de entrega de los informes mensuales corregidos de acuerdo a las observaciones efectuadas por el Supervisor. Solicita al Concesionario tomar atenta nota de este requerimiento.
8. Con Oficio N° 901-09-GS-OSITRAN del 19 de marzo de 2009, OSITRAN remite al Concesionario las observaciones encontradas por la Supervisión al Informe Mensual





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

de Diciembre del 2008. En la misma misiva se reitera que el Regulador aún no ha aprobado ninguno de los nueve informes presentados (de abril a diciembre de 2008), por lo que de persistir esta situación podría ser considerada como un incumplimiento del Contrato y dar cabida a la aplicación de la Cláusula 10.3 del Contrato de Concesión. Asimismo se solicita al Concesionario que remita un cronograma de entrega de estos informes mensuales, subsanados con el contenido señalado en el Oficio N° 3672-2008-GS-OSITRAN remitido con fecha 03 de diciembre de 2009.

9. Con Oficio N° 902-09-GS-OSITRAN del 19 de marzo de 2009, OSITRAN remite al Concesionario las observaciones encontradas por la Supervisión al Informe Mensual de Octubre del 2008, además se indica con preocupación que de manera reiterada se vienen presentando informes mensuales de avance de obra, en una manera incompleta y que a la fecha aún OSITRAN no ha aprobado ninguno de los nueve informes presentados (de abril a diciembre de 2008), por lo que de persistir esta situación podría ser considerada como un incumplimiento de contrato y dar cabida a la aplicación de la Cláusula 10.3 del Contrato de Concesión. En tal sentido se solicitó que remitan un Cronograma de entrega de estos informes mensuales, subsanados con el contenido señalado en el Oficio N° 3672-2008-GS-OSITRAN remitido con fecha 03 de diciembre de 2008.
10. Con Acta de Reunión de fecha 24 de Marzo de 2009, OSITRAN solicita nuevamente al Concesionario la presentación de un Cronograma de entrega del levantamiento de observaciones a los informes mensuales devueltos del 1 al 10. El Regulador enfatiza que a la fecha dichos informes no han sido aprobados, lo cual está configurando un incumplimiento de las obligaciones a cargo del Concesionario.
11. Con Oficio N° 1017-09-GS-OSITRAN de fecha 25 de marzo de 2009, OSITRAN remite al Concesionario las observaciones encontradas por la Supervisión al Informe Mensual de Enero de 2009, el mismo que adolece de información solicitada, tal como compromiso de inversión de la Fase I, monto de inversión ejecutada, porcentaje de avance real mensual, acumulado, situación de las obras, plan anual de inversiones, cálculo del avance físico (metrados), copias de carta fianzas entre otras informaciones necesarias y que forman parte de un informe mensual de avance. Asimismo se reitera la solicitud efectuada con el Oficio N° 902-09-GS-OSITRAN en la que se solicita un cronograma de entrega de todos los informes mensuales observados, indicándose que dado el tiempo transcurrido se les concede el plazo de cinco (05) días hábiles para la presentación de dicho cronograma. También se advierte que el no cumplimiento de esta última solicitud podría acarrear una infracción tipificada en el Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS).
12. Con Oficio N° 1028-09-GS-OSITRAN de fecha 26 de marzo de 2009, OSITRAN remite al Concesionario un cuadro (Anexo A), con la relación de doce (12) documentos no atendidos por este último, dentro de los cuales se encuentran las Actas y Oficios los





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

que se le solicita reiteradamente el Cronograma de Entrega de los Informes Mensuales de Avance de Obras subsanados.

13. Con Acta de Reunión del 21 de Abril de 2009, OSITRAN manifiesta que el Concesionario aún no presenta el Cronograma de entrega de los informes mensuales corregidos según observaciones efectuadas.
14. Con Acta de Reunión del 28 de Abril 2009, el Concesionario manifiesta que las empresas contratadas para levantar las observaciones, vienen trabajando y anuncia la entrega de la totalidad de los informes corregidos al final del mes de mayo de 2009.
15. Con Oficio N° 1721-09-GS-OSITRAN de fecha 22 de mayo 2009, OSITRAN remite al Concesionario las observaciones encontradas al Informe mensual N° 13 de Avance de Obras correspondiente al mes de Marzo de 2009. En el mismo Oficio reitera, con preocupación, que se vienen presentando estos informes mensuales en forma incompleta, y que a la fecha OSITRAN no ha aprobado ninguno de los trece informes presentados (de abril de 2008 a marzo de 2009), por lo que esta situación constituye ya un incumplimiento de contrato y puede dar motivo a la aplicación de un Proceso Administrativo Sancionador (PAS).
16. Con fecha 05 de junio de 2009, el Concesionario mediante la comunicación N° GG.DPWC.052.09, remite el Cronograma de Entrega de Informes Mensuales a OSITRAN y CESEL.
17. El día 25 de febrero de 2010, la Gerencia de Supervisión recibe el Informe N° 144-10-GS-OSITRAN, donde se recomienda la evaluación del presunto incumplimiento de las Cláusulas 7.8, 14.2 y 14.9 del Contrato de Concesión, respecto a la remisión del Informe Mensual de Obras a OSITRAN.
18. El día 24 de marzo de 2010, mediante Oficio N° 1116-10-GS-OSITRAN se notificó al Concesionario, el presunto incumplimiento en que habría incurrido, y en base al Informe N° 144-10-GS-OSITRAN se le notifica que:

"Habría incumplido al presentar con demora al OSITRAN los Informes Mensuales de Avance de Obras, además de no remitirlos en las condiciones establecidas por OSITRAN mediante el Oficio N° 3672-2008-GS-OSITRAN, con posterioridad a la fecha establecida en la Cláusula 6.30 del Contrato de Concesión."
19. El 16 de abril de 2010, el Concesionario presentó sus descargos.
20. Mediante el Oficio N° 122-10-GG-OSITRAN recibido el 02 de junio de 2010, OSITRAN remite al Concesionario, copia fedateada de la Resolución de Gerencia General N° 043-2010-GG-OSITRAN, en la cual se resuelve declarar que la empresa concesionaria DP World Callao S.R.L. incumplió la obligación de entrega oportuna de los Informes



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

de Avance de Obras, en las condiciones establecidas en el Oficio N° 3672-2008-GS-OSITRAN, y en la fecha establecida en la Cláusula 6.30 del Contrato de Concesión, que se encuentran tipificado en el Artículo 31.2° del el Reglamento de Infracciones y Sanciones aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN y sus modificaciones (en adelante RIS) como una infracción LEVE.

21. El 23 de junio de 2010, el Concesionario presenta Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Gerencia General N° 043-2010-GG-OSITRAN.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

22. De acuerdo a los antecedentes expuestos y lo señalado en el escrito de reconsideración, la cuestión a resolver consiste en determinar si los argumentos y/o nuevas pruebas presentadas, u otros elementos no tomados en cuenta en su momento, producen convicción para reconsiderar la Resolución materia de impugnación.

III. CUESTIÓN PREVIA: ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD

23. Para efectos de resolver, es necesario de manera previa, determinar la admisibilidad del Recurso de Reconsideración presentado por el Concesionario. Para ello se debe verificar que dicho recurso haya sido presentado: i) ante el órgano competente; ii) dentro del plazo legal; y iii) con una nueva prueba, de conformidad con lo establecido en el Artículo 71° del RIS, concordante con el Artículo 208° de la Ley N° 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG).
24. De acuerdo a lo establecido en el Artículo 71° del RIS, el Recurso de Reconsideración se interpone ante el mismo órgano que dictó el primer acto materia de la impugnación, es decir ante la Gerencia General. El plazo para la presentación de dicho recurso, es de quince (15) días contados a partir del 02 de junio de 2010, fecha en que se notificó la Resolución de Gerencia General N° 043-2010-GG-OSITRAN adjunta al oficio N° 122-10-GG-OSITRAN.
25. En el presente caso, se constata que el Concesionario ha presentado su Recurso de Reconsideración dirigido a la Gerencia General, con fecha 23 de junio de 2010, con lo cual se considera cumplido este requisito.
26. Asimismo, en lo que respecta de la nueva prueba, el mencionado Artículo 71° del RIS señala lo siguiente:

"Artículo 71°.- Recurso de reconsideración



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

*El recurso de reconsideración se interpone ante la Gerencia General dentro del plazo de quince (15) días contados desde la notificación de la resolución a través de la cual se hubiese impuesto la sanción y **deberá estar acompañado de una nueva prueba**. La Gerencia General tendrá un plazo de veinte (20) días contados a partir de la fecha de la recepción de la reconsideración para resolver el mencionado recurso.*

Transcurrido el plazo establecido sin que se hubiera obtenido el pronunciamiento respectivo, el interesado podrá considerar denegado su pedido pudiendo interponer el recurso de apelación."

(El subrayado es nuestro)

27. Como puede observarse, para la norma peruana no cabe la posibilidad que la autoridad administrativa pueda cambiar el sentido de un acto administrativo a sola petición, pues es de suponerse que la autoridad ha emitido la mejor decisión que a su criterio cabe aplicar al caso concreto; por ello, no es posible que se pretenda modificar el acto administrativo con tan solo presentar un nuevo pedido o una nueva argumentación sobre los mismos hechos. En consecuencia, para hacer posible el cambio de criterio, la norma "(...) **exige que se presente a la autoridad un hecho tangible y no evaluado con anterioridad, que amerite la reconsideración**".
28. En ese sentido, la doctrina administrativa señala que no resultan idóneos como nueva prueba, **una nueva argumentación jurídica sobre los mismos hechos**, la presentación del documento original cuando en el expediente obraba una copia simple, entre otras². (El subrayado es nuestro).
29. El Recurso de Reconsideración presentado por el Concesionario, de fecha 23 de junio de 2010, acompaña el siguiente documento como supuesta nueva prueba:

- Copia del Acta de Recepción de Obras del Primer Amarradero del Nuevo Terminal de Contenedores en el Primer Terminal Portuario del Callao – Zona Sur.

30. Al respecto, analizaremos la nueva prueba presentada a fin de determinar en primer lugar si constituyen nueva prueba y, de ser el caso, si se han presentado argumentos para declarar fundado el recurso de reconsideración interpuesto.

IV. ANÁLISIS

31. Con relación a lo documentos remitidos como nueva prueba, cabe señalar que:

¹ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Séptima Edición, Revisada Actualizada, Gaceta Jurídica. Agosto 2003. Pág. 455

² Ibidem.



OSITRAN

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

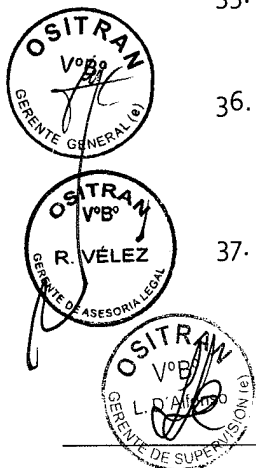


PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

- Respecto de la Copia del Acta de Recepción de Obras del Primer Amarradero del Nuevo Terminal de Contenedores en el Primer Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, si bien es cierto que no ha sido presentada y que su contenido no ha sido visto en el presente procedimiento sancionador, debemos indicar que no guarda relación con la materia de autos, debido a que en los presentes autos se discute el incumplimiento de entrega de información, más no la calidad de la obra y el cumplimiento de ésta. Por lo tanto, no constituye nueva prueba y no genera convicción en la Administración, que haga cambiar el criterio inicialmente adoptado en la Resolución de Gerencia General N° 043-2010-GG-OSITRAN.
32. A continuación se procederá a enumerar los argumentos presentados por el Concesionario en su Recurso de Reconsideración:
- a) De la infracción supuestamente cometida por DP World y la sanción impuesta
 - b) De que la Gerencia de Supervisión requirió ampliar los informes con información adicional no ajustada a la competencia de OSITRAN ni al Contrato de Concesión
 - c) De que DP World colaboró con OSITRAN presentando oportunamente información que no estaba obligado a presentar
 - d) De la inaplicación de posprincipios de razonabilidad y presunción de inocencia para graduar la sanción por parte de la Resolución Impugnada.
33. Cabe señalar que, luego de haber analizado la nueva prueba presentada por el Concesionario no corresponde pronunciarse sobre los puntos señalados en el numeral anterior. Sin embargo cabe anotar que tal como se ha aprecia de los presentes autos la Gerencia General de OSITRAN ya se manifestó, en la Resolución impugnada, respecto de los puntos argumentados por el Concesionario.
34. En ese sentido, se considera que no existe argumentación diferente a la ya presentada, que deba ser nuevamente reevaluada, en vista de que la Gerencia General, ha considerado aquellos aspectos en el momento de emitir la Resolución Reconsiderada N° 043-2010-GG-OSITRAN.
35. En virtud de lo anterior, el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa concesionaria DP World Callao S.R.L debe ser declarado IMPROCEDENTE.
36. Luego de la revisión del Informe de vistos, esta Gerencia lo hace suyo y en consecuencia, lo incorpora íntegramente en la parte considerativa de la presente Resolución;
37. 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;





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Por lo expuesto, **SE RESUELVE:**

PRIMERO: Declarar **IIMPROCEDENTE** el Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa DP World Callao S.R.L. contra la Resolución de Gerencia General N° 043-2010-GG-OSITRAN, por los fundamentos expuestos en la presente Resolución.

SEGUNDO: Notificar la presente Resolución a la empresa DP World Callao S.R.L., al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y comunicar a la Gerencia de Supervisión de OSITRAN.

Regístrese, Comuníquese y Archívese


JORGE MONTESINOS CORDOVA
Gerente General (e)

Reg. Sal. N° GG-14823-10