

Resolución de Gerencia General

Nº 032-2009-GG-OSITRAN

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

PROCEDENCIA : Gerencia de Supervisión (GS)
ENTIDAD PRESTADORA : Concesionaria Terminal Internacional del Sur S.A
MATERIA : Procedimiento Administrativo Sancionador notificado a la empresa Concesionaria Terminal Internacional del Sur S.A., mediante el Oficio Nº 1237-09-GS-OSITRAN, por el presunto incumplimiento de la obligación establecida en la Cláusula 20.7º del Contrato de Concesión.

Lima, 16 de junio de 2009

VISTOS:

El Expediente Sancionador Nº 03-2009-GS-OSITRAN remitido por la Gerencia de Supervisión, mediante Informe Nº 495-09-GS-OSITRAN, de fecha 03 de junio de 2009, a través del cual se evalúan los descargos presentados por la empresa Concesionaria Terminal Internacional del Sur S.A. y;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 17 de agosto de 1999 el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en calidad de EL CONCEDENTE y la empresa Terminal Internacional del Sur S.A. en calidad de EL CONCESIONARIO, suscriben el Contrato de Concesión para el Terminal Portuario de Matarani.
2. Con Carta Nº 017-2008 TISUR/GG de fecha 29 de enero de 2008, recibida en OSITRAN el 05 de febrero de 2008, TISUR remite el Informe de Cobertura de las Pólizas de Seguros tomadas, de acuerdo a lo señalado en el Contrato de Concesión.
3. Con Carta Nº 010-2009 TISUR/GG de fecha 30 de enero de 2009, recibida en OSITRAN el 04 de febrero de 2009, TISUR remite el Informe de Cobertura de las Pólizas de Seguros tomadas, de acuerdo a lo señalado en el Contrato de Concesión.
4. Con fecha 03 de abril de 2009 la Gerencia de Supervisión recibe el Informe Nº 287-09-GS-OSITRAN, mediante el cual se sustenta el hallazgo materia del presente informe.

5. El día 21 de abril de 2009, mediante Oficio N° 1237-09-GS-OSITRAN se notificó a la empresa concesionaria TISUR, el presunto incumplimiento al que habría incurrido y en base al Informe N° 287-09-GS-OSITRAN se le notifica que:

“(…)

Habría incumplido con la obligación de presentar el Informe de Cobertura, dentro del plazo establecido en la Cláusula 20.7 del Contrato de Concesión en forma repetida, para los años 2008 y 2009.

Dicho incumplimiento está tipificado en el artículo 38° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) que fuera aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN.

(…)”

6. El 05 de mayo de 2009, mediante Carta N° 055-2009-TISUR/GG, la empresa concesionaria TISUR presentó sus descargos.

II. ANÁLISIS

- De la Obligación contractual:

7. La Cláusula 20.7° del Contrato de Concesión establece la obligación de TISUR de presentar antes del 30 de enero de cada año, el Informe de Cobertura, tal como se aprecia a continuación:

*“20.7 Informe de Cobertura **Antes del 30 de enero de cada año** y durante la Vigencia de la Concesión, el Concesionario presentará a OSITRAN:*

20.7.1 Una lista de las pólizas de seguro a ser tomadas y/o mantenidas por el Concesionario durante el año en cuestión, indicando al menos la cobertura, la compañía aseguradora y las reclamaciones hechas durante el año anterior; y

20.7.2 Un certificado emitido por el representante autorizado de la compañía aseguradora indicando que el Concesionario ha cumplido durante el año anterior con los términos de la presente cláusula.

(Lo resaltado y subrayado es nuestro)

8. Como podrá observarse, el Informe de Cobertura debe ser presentado antes del 30 de enero de cada año de vigencia del Contrato de Concesión hasta su caducidad. Por lo tanto, considerando para los presentes autos, la presentación del Informe mencionado corresponde efectuarse en dicha fecha.
9. En este sentido, debe considerarse que la presentación del Informe de Cobertura, por parte de la empresa Concesionaria TISUR, es como fecha máxima hasta el 30 de enero de cada año, hasta la caducidad de la Concesión.

- **De la tipificación efectuada por OSITRAN:**

10. Mediante el Oficio N° 1237-09-GS-OSITRAN se le notificó a la empresa concesionaria TISUR, que el presunto incumplimiento de la obligación establecida en la Cláusula 20.7 del Contrato de Concesión, se encontraba tipificado en el Artículo 38° del RIS, 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.*

(Lo resaltado y subrayado es nuestro)

- **De los descargos presentados:**

11. A continuación se procederá a analizar los descargos presentados por la empresa concesionaria TISUR:

- a) De la tipificación de la infracción
- b) Del cumplimiento de la presentación de la información alegada por TISUR
- c) De la aplicación de los Principios de Legalidad, Razonabilidad y Tipicidad

- **Con respecto al literal a) De la tipificación de la infracción**

12. Sobre el particular, en su escrito de descargos la empresa concesionaria TISUR en sus puntos 4 y 5 señala lo siguiente:

*“4. En el caso que nos ocupa tanto el informe como el Oficio reconocen que no se trata de la falta de entrega por parte de nuestra empresa de la información en cuestión, sin embargo **se nos sanciona por no entregar dentro del plazo**, cuando en realidad la infracción sancionable que se encuentra tipificada para el caso de la entrega fuera del plazo, es cuando la demora en dicha entrega tiene un carácter de significativo.*

Así pues es claro que se infringen en este caso tanto el Principio de Legalidad (no se aplica la norma correctamente) y el de Tipicidad (nos sanciona por conducta que no hemos cometido).

*5. El análisis que debió hacer la administración para determinar la procedencia del inicio de un proceso sancionador es si la demora en la cual incurrió nuestra empresa resulta **significativa** y si ello no es así el presente proceso debió archivarse definitivamente.”*

(...)”

13. Respecto a este punto, debemos manifestar que, si bien es cierto, el mencionado artículo considera la tardanza significativa en la entrega de información, conforme así, también lo precisa

la empresa concesionaria TISUR en el punto 3 de su escrito de descargos, transcrito a continuación:

“... 3.

El citado artículo sanciona en realidad dos conductas perfectamente diferenciadas, que son las siguientes:

- 1. No entregar la información y/o documentación en los plazos y condiciones establecidos en los Contratos de Concesión; y*
- 2. Entregar **con tardanza significativa** la información y/o documentación en los plazos y condiciones establecidos en los Contratos de Concesión....”*

14. Se advierte que, la tipificación de la conducta se realizará también cuando la Entidad Prestadora, **no entregue la información y/o documentación en los plazos y condiciones** a que se contraen los contratos de concesión, como es el presente caso.
15. En virtud a ello, debe quedar claro que, para el presente caso, la conducta que ha presentado la empresa concesionaria TISUR, es no haber entregado durante los años 2008 y 2009, la documentación concerniente al Informe de Cobertura, **en el plazo establecido en el Contrato de Concesión.**
16. En tal sentido, no resulta correcto lo señalado por la empresa concesionaria TISUR, al manifestar que, no se está aplicando la norma correctamente y por lo tanto se estaría vulnerando el Principio de Legalidad.
17. Cabe aclarar entonces en éste punto, que el Principio de Legalidad¹ o de reserva de Ley supone la prohibición de la imposición de sanciones desprovistas de cobertura legal, es decir que, nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley.
18. Ahora bien, para el presente caso materia de análisis, resulta de aplicación el Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS)², por cuanto la obligación infringida por la empresa concesionaria TISUR, citada en el numeral 14° del presente informe, se encuentra prevista y tipificada en ella.
19. De ésta manera, no resultaría cierto tampoco, lo manifestado por la empresa concesionaria TISUR, al señalar que se estaría sancionando una conducta no cometida, y en consecuencia se estaría infringiendo el Principio de Tipicidad.
20. Al respecto, debemos señalar que, la obligación infringida se configuró, al no haber entregado la documentación concerniente al Informe de Cobertura en el plazo establecido en el Contrato de

¹ Artículo 2° Constitución Política del Perú

24. d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

² 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

Concesión para los años 2008 y 2009 respectivamente, es decir antes del 30 de enero de cada año; en consecuencia, la predeterminación normativa establecida en el artículo 38° del RIS, concuerda y resulta de aplicación con el incumplimiento de la obligación materia de autos.

21. Por lo tanto, se desvirtúa lo señalado por la empresa concesionaria TISUR, respecto a los puntos antes citados.

- **Con respecto al literal b) Del cumplimiento de la presentación de información alegado por la empresa concesionaria TISUR.**

22. La empresa concesionaria TISUR señala en el último párrafo de su escrito de descargos que:

“(…)

De las declaraciones antes señaladas queda evidenciado que se ha cumplido con la presentación de la información correspondiente y que la demora en que se incurrió no ha causado daño a terceros y nuestra empresa no ha obtenido beneficio alguno de la citada demora.

Así pues considerar que una demora de 6 días hábiles en el caso del año 2008 y de 4 días hábiles en el año 2009 es significativa y debe ser sancionada constituye una afectación al principio de Razonabilidad ya que no se estaría manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear (la imposición de una sanción) y los fines públicos que deba tutelar (el cumplimiento del Contrato de Concesión), a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido

*Así lo ha reconocido el propio OSITRAN en resoluciones como la de Gerencia General No. 001-2005-GG- OSITRAN de fecha 12 de enero de 2005 en la cual, haciendo suyo el informe que la sustenta, se establece que una tardanza de 7 días hábiles con la cual tampoco se causó daños a tercero no se obtuvo beneficio alguno constituye una **tardanza no significativa** y que aplicando por ello de forma correcta el principio de tipicidad determinó la no imposición de sanción contra nuestra empresa*

Con mayor razón resulta improcedente la imposición de sanción alguna en contra de nuestra empresa si se tiene en cuenta que en el caso del año 2009 la demora sólo consistió en un solo día tal como consta del correo electrónico mencionado en el mismo Informe.

Consecuentemente, no se puede señalar que exista una entrega de documentos en un plazo que signifique una demora significativa, por lo que pedimos se sirvan tener por efectuados nuestros descargos y en base a ellos se ordene mandar archivar el presente caso.”

23. Tal como lo hemos manifestado anteriormente, la entrega de la información por parte de la empresa concesionaria TISUR no se efectuó dentro del plazo establecido en el Contrato de Concesión, es decir antes del 30 de enero tanto para el año 2008 como para el 2009.

24. Además, cabe señalar que esta conducta ha sido reiterada en los dos años analizados, y el Contrato de Concesión es claro en establecer una fecha máxima de entrega (antes del 30 de

enero), y no después de ella. En este caso, la entrega en fecha posterior a la que establece el Contrato de Concesión, sean 1 ó 6 días, se configura como un incumplimiento contractual, tipificado en el artículo 38° del RIS.

25. Adicionalmente, la empresa concesionaria TISUR hace referencia a la Resolución de Gerencia General N° 001-2005-GG-OSITRAN, mediante la cual OSITRAN resuelve archivar el caso debido a la existencia de una tardanza no significativa, y en consecuencia manifiestan que, para el presente caso, no se puede señalar que exista una entrega de documentos en un plazo que signifique una demora significativa.
26. Al respecto cabe precisar que, en el presente caso, no se cuestiona si existe o no una tardanza significativa, sino el hecho, de no haber cumplido con la obligación establecida en la Cláusula 20.7° del Contrato de Concesión, la cual fija un plazo máximo para la presentación del Informe de Cobertura.
27. Ahora bien, dicho plazo acordado en el Contrato de Concesión, es una declaración expresa que responde a la voluntad común de las partes, por lo tanto, su cumplimiento es obligatorio, conforme así lo establece el Principio de Vinculación Contractual previsto en el artículo 1361° del Código Civil³, en esta medida, se advierte que la conducta de la Concesionaria es contraria al orden contractual establecido y como tal se encuentra tipificado en el artículo 38 del RIS.

- **Con respecto del literal c) De los principios de legalidad, razonabilidad y tipicidad**

28. Mediante su escrito de descargos, la empresa concesionaria TISUR, indica que en el presente caso resultan de aplicación los Principios del Procedimiento Administrativo de Legalidad y Razonabilidad contenido en el Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 y el principio de la Potestad Sancionadora Administrativa de Tipicidad a que se refiere el Artículo 230 de la misma norma.
29. Asimismo, hacen referencia que, el documento mediante el cual se notificó el presunto incumplimiento, Oficio N° 1237-09-GS-OSITRAN y el Informe N° 287-09-GS-OSITRAN incurren en un error que implica la afectación de los principios del derecho administrativo antes citados, por cuanto en ambos documentos, se cita a la norma supuestamente infringida, de forma tal, que desnaturaliza la tipificación que ésta contiene, señalan además, que es en base a esta tipificación equivocada que se da inicio al proceso sancionador.
30. Sobre al particular, conforme ya se indicó en los numerales 12 y 13 del presente informe, la obligación infringida se encuentra tipificada en el artículo 38° del RIS, sin embargo, a mayor abundamiento, cabe precisar que dicho artículo cita dos conductas claramente diferenciadas: 1° no entregar o 2° lo haga con tardanza significativa, la información y/o documentación en las condiciones y plazos a que se contraen los Contratos de Concesión.
31. Ahora bien, conforme lo establece el Diccionario de la Real Academia Española, la conjunción disyuntiva “o” denota diferencia, separación o alternativa entre dos o mas ideas, en tal sentido

³ **Artículo 1361.- Obligatoriedad de los contratos**

Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla.

queda claro que en dicho articulado existen dos conductas claramente definidas, la de **no entregar en las condiciones y plazos**, y la de **entregar con tardanza significativa** la información y/o documentación.

32. Por ello, no se puede afirmar que se ha efectuado una tipificación, incorrecta o que ésta se haya desnaturalizado; claro está que dicha conducta ha sido tipificada observando los principios que rigen la potestad sancionadora administrativa contemplada en la Ley N° 27444 Ley de Procedimiento Administrativo General.
33. En este sentido, las sanciones de tipo administrativo que han de imponerse en cumplimiento a la potestad sancionadora otorgada a la Administración Pública, 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.
34. 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.
35. 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.
36. En virtud de ello, el artículo 230° 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.
37. 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.
38. En ese orden de ideas, habiéndose acreditado la comisión de la infracción tipificada en el artículo 38° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS), corresponde determinar la sanción aplicable:
 - i) **El principio de razonabilidad para graduar la sanción, teniendo en cuenta la existencia o no de intencionalidad.**- Como se podrá observar, en virtud de lo establecido en el Contrato de Concesión, la empresa concesionaria conocía perfectamente el momento, forma, condición y plazo en que debía presentar el Informe de Cobertura de

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.

Seguros, no obstante ello, incumplió el plazo establecido en el Contrato de Concesión. Si bien lo sucedido no nos permite afirmar si existió o no intencionalidad, lo que si se evidencia es que hubo negligencia por parte de la empresa concesionaria TISUR para el cumplimiento de la obligación contractual aludida.

- ii) **El perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición de la comisión de infracción.-** En el presente caso, cabe tener en cuenta que, el incumplimiento detectado no ha generado daño económico alguno, por cuanto a pesar de haber remitido el Informe de Cobertura fuera de la fecha contemplada en el Contrato de Concesión, se desprende del Informe de Hallazgo remitido por el Supervisor Económico Financiero que, el nivel de cobertura y cumplimiento de las pólizas de seguros tomadas por el concesionario, estaban vigentes a la fecha del plazo máximo para su presentación, y por lo tanto se encontraban coberturados los posibles siniestros de haberse producido, no obstante, debemos precisar que dicha conducta se ha presentado en forma repetida tanto para el año 2008 como para el año 2009, configurándose de esta manera una repetición en la comisión de dicho incumplimiento.
- 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.

39. Por tal motivo, la Gerencia de Supervisión recomienda imponer como sanción una multa ascendente a dos (2) UIT's a la empresa concesionaria TISUR, por haber incumplido con la presentación del Informe de Cobertura en el plazo establecido en la Cláusula 20.7 del Contrato de Concesión.

40. 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;

41. De conformidad con el Numeral 16 de las Funciones Generales de la Gerencia General, señaladas en el Manual de Organización y Funciones (MOF) de OSITRAN, aprobado mediante Resolución N° 009-2009-CD-OSITRAN, la Gerencia General;

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que la empresa concesionaria TISUR no cumplió con presentar el Informe de Cobertura para el año 2008 y 2009 respectivamente, en el plazo establecido en la Cláusula 20.7 del Contrato de Concesión, tipificado en el artículo 38° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) como una infracción GRAVE.

SEGUNDO: Imponer a la empresa concesionaria TISUR., como sanción, por el incumplimiento referido en el artículo primero de la presente Resolución, una multa equivalente a dos (2) 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 TISUR S.A.

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

JORGE MONTESINOS CÓRDOVA
Gerente General

Reg. Sal. N° GG-11047-09