

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 008-2003-CD/OSITRAN

EXPEDIENTE Nº 001-2003-GS-OSITRAN

PROCEDENCIA	:	PRESIDENCIA DEL CONSEJO DIRECTIVO
ENTIDAD PRESTADORA	:	EMPRESA NACIONAL DE PUERTOS S.A. ENAPU S.A.
MATERIA	:	INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE EFECTUAR LA PUBLICACIÓN DISPUESTA POR EL TRIBUNAL DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS DE OSITRAN EN LA RESOLUCIÓN Nº 007-2003-TSC/OSITRAN.
SECTOR	:	EXPLOTACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA PORTUARIA.

SUMILLA : Se Confirma en todos sus extremos la Resolución Nº 014 – 03 – GG – OSITRAN, en virtud a la cual se impone a dicha empresa una multa equivalente al 0.01% de sus ingresos brutos del año anterior, por la comisión de la infracción a que se refiere el artículo 42º del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN, consistente en no cumplir con la Resolución Nº 007-2003-TSC/OSITRAN del 22 de enero de 2003, la cual le ordenó proceder con la publicación a que se refiere el artículo 33º del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (RMA), en el plazo otorgado por el Oficio Nº 066-03-GS-C2-OSITRAN.

Lima, 09 de julio de 2003

I. ANTECEDENTES:

A. Actuaciones previas:

1. El 22 de enero de 2003, el Tribunal de Solución de Controversias de OSITRAN emitió la Resolución Nº 007-2003-TSC/OSITRAN, por medio de la cual resolvió el recurso de apelación presentado por la empresa Consorcio Minero S.A. contra la actuación de ENAPU, que le denegó el acceso solicitado para instalar una faja transportadora elevada para prestar el servicio de estiba de concentrado de minerales.

2. Dicha Resolución fue dictada al amparo de lo dispuesto en el artículo 31° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (RMA) que fuera aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 034-2001-CD/OSITRAN.
3. En la Resolución mencionada el Tribunal de Solución de Controversias declaró fundada la apelación revocando la denegatoria ENAPU y ordenó a esta última que cumpla con la publicación a la que se refiere el artículo 33° del RMA.
4. Mediante Oficio N° 066-03-GS-C2-OSITRAN recibido por ENAPU el 10 de febrero de 2003, la Gerencia de Supervisión del OSITRAN le otorgó a dicha empresa un plazo de diez (10) días hábiles para cumplir con la referida publicación.
5. El 25 de febrero de 2003 se emitió el Informe N° 051-03-GS-C2-OSITRAN el cual concluye que ENAPU ha incumplido con las normas y decisiones de OSITRAN debido a que se ha negado a cumplir con la publicación a que se refiere el artículo 33° del RMA, en el plazo otorgado mediante el Oficio N° 066-03-GS-C2-OSITRAN que requería el cumplimiento de la Resolución N° 007-2003-TSC/OSITRAN.

B. Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador:

1. Mediante Oficio N° 127-03-GS-A2-OSITRAN del 03 de marzo de 2003 se inició el procedimiento administrativo sancionador contra ENAPU de acuerdo a lo establecido en el artículo 47° del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas (RIS) de OSITRAN
2. El 29 de abril de 2003, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN, mediante Nota N° 067-2003-GS-A2-OSITRAN alcanza una propuesta de Resolución de Gerencia General y adjunta el Informe N° 099-GS-A2-OSITRAN que concluye lo siguiente:
 - a. La entidad prestadora ha incumplido la Resolución N° 007-2003-TSC/OSITRAN del 22 de enero de 2003, la cual le ordenó en su tercera disposición de la parte resolutive, cumplir con la publicación a que se refiere el artículo 33° del RMA en el plazo otorgado por el Oficio N° 066-03-GS-C2-OSITRAN.
 - b. De acuerdo al RIS el presente caso se califica en la categoría Muy Grave.

Asimismo, en dicho informe se recomienda imponer como sanción una multa equivalente **al 1% de los ingresos brutos del año anterior a ENAPU**, por haber incurrido en el incumplimiento mencionado.

3. Mediante Oficio N° 379-2003 ENAPU/GG de fecha 14 de mayo de 2003, ENAPU hace de conocimiento de OSITRAN que el 16 de mayo procederá a cumplir con la publicación materia del procedimiento, lo cual efectivamente sucedió y fue confirmado por la Gerencia de Supervisión mediante Memorando N° 026-03-GG-OSITRAN.
4. Finalmente, el 28 de mayo de 2003, la Gerencia de Supervisión, mediante Nota N° 089-2003-GS-A2-OSITRAN, remite a la Gerencia General el Informe N° 120-03-GS-

A2-OSITRAN y adjunta una versión actualizada del proyecto de Resolución de Gerencia General. En el Informe se concluye lo siguiente:

- a. De acuerdo al RIS, el presente caso se califica en la categoría de infracción Muy Grave.
- b. La entidad prestadora ha subsanado el incumplimiento referido al mandato contenido en la Resolución N° 007-2003-TSC/OSITRAN, al publicar la solicitud de acceso.
- c. En el presente caso, no es aplicable la aplicación de la escala de sanciones inferior a la calificación otorgada al incumplimiento, a pesar de la subsanación ocurrida.
- d. La sanción propuesta en el Informe N° 099-03-GS-A2-OSITRAN debe ser reducida, dentro de los límites de la misma escala para los incumplimientos calificados como Muy Graves.

Asimismo, en dicho informe se recomienda imponer como **sanción una multa equivalente al 0.7% de los ingresos brutos del año anterior, más un Nuevo Sol (S/.1) a ENAPU**, por haber incurrido en el incumplimiento mencionado.

5. La Gerente General, con el propósito de evaluar la propuesta de sanción presentada por la Gerencia de Supervisión, solicitó verbalmente a la Gerencia de Asesoría Legal que se pronuncie sobre dicha propuesta.
6. La Gerencia de Asesoría Legal emitió el Informe N° 028-03-GAL-OSITRAN de fecha 30 de mayo de 2003, el mismo que concluye lo siguiente:
 - a. El incumplimiento de ENAPU no califica como infracción muy grave en los términos previstos por el artículo 5° del RIS.
 - b. El incumplimiento de ENAPU califica como infracción leve en atención a que dicho incumplimiento no ha impedido la utilización de la infraestructura de transporte de uso público y la prestación del servicio en condiciones y oportunidades establecidas en los contratos ni en las normas aplicables, ni afectado la prestación ordinaria y la continuidad de servicios; pero sí ha perjudicado el interés del usuario intermedio en que se continúe con el trámite establecido en el RMA para efectos de que se materialice su derecho expectatio a prestar el servicio que motivó su solicitud de acceso a la infraestructura, sea mediante la suscripción de un Contrato de Acceso o un Mandato de Acceso.
 - c. Recomienda que se sancione a ENAPU con una **multa ascendente al 0.01% de los ingresos brutos del año anterior** considerando la subsanación efectuada y la sanción impuesta ante un similar incumplimiento.

C. La Resolución de Gerencia General N° 014-2003-GG-OSITRAN:

El 03 de junio de 2003, la Gerencia General luego de evaluar la documentación obrante en el expediente, y acogiendo las conclusiones del Informe N° 028-03-GAL-

OSITRAN, emite la Resolución de Gerencia General N° 014-2003-GG-OSITRAN y resuelve lo siguiente:

PRIMERO: Declarar que la Empresa Nacional de Puertos S.A. ha incumplido la Resolución N° 007-2003-TSC/OSITRAN del 22 de enero de 2003, la cual le ordenó proceder con la publicación a que se refiere el artículo 33° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (RMA), en el plazo otorgado por el Oficio N° 066-03-GS-C2-OSITRAN.

SEGUNDO: Disponer una sanción a la Empresa Nacional de Puertos S.A., equivalente al pago de una multa ascendente al 0.01% de los ingresos brutos del año anterior.

TERCERO: Notificar la presente resolución y el Informe N° 028-03-GAL-OSITRAN que la sustenta a la Empresa Nacional de Puertos S.A.

CUARTO: Poner la presente resolución en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de la Gerencia de Supervisión de OSITRAN.

QUINTO: Encargar a la Gerencia de Administración y Finanzas que adopte las acciones necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución.

D. La Apelación de ENAPU:

El 23 de junio de 2003, dentro del plazo estipulado en el RIS, ENAPU interpone recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General antes mencionada al no encontrarla conforme a derecho y fundamenta su apelación en los siguientes principales argumentos:

- **La sanción impuesta vulnera el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva o debido proceso legal.**
 - a. Sostiene ENAPU que el incumplimiento a la Resolución N° 007-2003-TSC/OSITRAN no puede ser sancionado debido a que la referida Resolución ha causado estado y por lo tanto es susceptible de ser cuestionada ante el Poder Judicial.
 - b. Señala además, que ha interpuesto su correspondiente demanda Contencioso Administrativa ante el órgano jurisdiccional competente (adjunta cargo de presentación del 20 de abril de 2003) a efectos de que la Resolución N° 007-2003-TSC/OSITRAN sea declarada nula.
 - c. En ese sentido, manifiesta ENAPU que la Resolución de la Gerencia General estaría interfiriendo en la función jurisdiccional avocándose al conocimiento de una causa o proceso pendiente ante el poder judicial en contravención a lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial y al inciso 2) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, que establecen que ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional.

- d. Asimismo, sostiene que la Resolución de la Gerencia General estaría transgrediendo lo dispuesto en el artículo 13° del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial que señala la obligación de suspender un procedimiento administrativo cuando respecto al mismo surja una cuestión contenciosa que requiere de un pronunciamiento previo sin el cual no puede ser resuelto el asunto que se tramita ante la administración pública, hasta que el Poder Judicial declare el derecho que defina el litigio.
 - e. Finalmente, manifiesta que al vulnerarse las normas antes descritas se ha desconocido lo señalado en el numeral 1.1 y 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, referidos al principio de legalidad y al principio del debido procedimiento.
- **La sanción impuesta vulnera el principio de tipicidad en la infracción supuestamente imputada a ENAPU.**
- a. Sobre este aspecto sostiene ENAPU que de acuerdo al principio de Tipicidad la conducta sancionable (la infracción) debe estar expresamente consagrada en la Ley.
 - b. Sostiene que en el presente caso se le pretende imputar la comisión de una supuesta infracción que no está prevista en norma legal alguna, sino en una norma de rango infralegal como lo es el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 006-99-CD-OSITRAN
 - c. Asimismo, menciona que se vulnera el principio de tipicidad por cuanto el artículo 42° del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas cuya infracción se le imputa ha sido redactada en forma genérica y contiene dos causales por las cuales se puede incurrir en responsabilidad:
 - Cuando se incumplan con las normas expedidas por los órganos competentes de OSITRAN
 - Cuando se incumplan las decisiones de los órganos competentes de OSITRAN.
 - d. En ese sentido, señala que la infracción que se le imputa aparentemente se encontraría en las dos causales, pues se habría incumplido el artículo 33° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (RMA), cuyo cumplimiento fuera ordenado por la Resolución N° 007-2003-TSC/OSITRAN.
 - e. Sin embargo, sostiene que ello no es así, pues el artículo 33° del (RMA) no establece plazo alguno para efectuar la publicación del extracto de la solicitud de acceso que regula y tampoco la Resolución N° 007-2003-TSC/OSITRAN, del Tribunal de Solución de Controversias, por lo que la infracción supuestamente incurrida es inexistente y por lo tanto nula, al no enmarcarse en uno de los supuesto contemplados en el artículo 42° del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas.

- f. Finalmente, menciona ENAPU que al no existir plazo alguno en las normas reglamentarias ni en la Resolución, se estaría tipificando conductas como infracciones a través de un oficio y no a través de normas con rango de ley, por lo que se vulnera el principio de tipicidad.

III. CUESTIONES A RESOLVER:

De acuerdo a los antecedentes expuestos, las cuestiones controvertidas a resolver son las siguientes:

- A. Determinar si la Resolución N° 014-2003-GG-OSITRAN que impuso una sanción a ENAPU, vulnera su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.
- B. Determinar si la sanción impuesta vulnera el principio de tipicidad.

IV. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS:

A. Determinar si la Resolución N° 014-2003-GG-OSITRAN que impuso una sanción a ENAPU, vulnera su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva:

ENAPU ha sostenido en su escrito de apelación que la Resolución N° 014-2003-GG-OSITRAN vulnera su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en la medida que se estaría sancionando el incumplimiento de la decisión del Tribunal de Solución de Controversias contenida en la Resolución N° 007-2003-TSC/OSITRAN, pese a que dicha Resolución ha causado estado y por lo tanto es susceptible de ser cuestionada ante el Poder Judicial tal y como en efecto ha sucedido con la demanda interpuesta el 20 de abril de 2003.

Sobre el particular debe tenerse presente lo siguiente:

1. La Resolución del Tribunal de Solución de Controversias que ordenó a ENAPU cumplir con la obligación de efectuar la publicación a que se refiere el artículo 33° del (RMA) como ha sido mencionado por ENAPU efectivamente es un acto administrativo que ha causado estado y por lo tanto contra lo dispuesto en dicha Resolución cabe interponer las acciones legales ante el Poder Judicial establecidas en el ordenamiento jurídico positivo.
2. Asimismo, al ser un acto administrativo de acuerdo a lo previsto en el artículo 9° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el mismo **se considera válido y aplicable en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional según corresponda.**
3. En el presente caso, la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias no ha sido declarada nula en sede administrativa ni en sede judicial y tampoco existe medida cautelar suspendiendo sus efectos, por lo que la misma se considera válida.
4. En el mismo sentido, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 16° y 192° de la referida Ley N° 27444, la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias al ser notificada a ENAPU ha producido sus efectos con respecto a dicha empresa (es

eficaz) y asimismo, **tiene carácter ejecutorio y por lo tanto es capaz de ser ejecutada y de cumplirse por sí misma.**

5. A mayor abundamiento, el artículo 57° del Decreto Supremo N° 010-2001-PCM, Reglamento General de OSITRAN, dispone expresamente que lo resuelto por el Tribunal de Solución de Controversias es de obligatorio cumplimiento, sin perjuicio de la facultad que tienen los interesados de impugnar judicial la resolución administrativa dictada.
6. Por otro lado, en forma expresa el artículo 23° de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, establece que **la admisión de la demanda judicial no impide la ejecución del acto administrativo**, sin perjuicio de lo establecido por esta Ley sobre medidas cautelares.
7. En el presente caso, no existe medida cautelar alguna dictada por el Poder Judicial que suspenda los efectos de la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias y solamente se ha acreditado que ENAPU ha presentado con fecha 20 de abril de 2003 una demanda contencioso administrativa contra la Resolución N° 007-2003-TSC/OSITRAN ante la Primera Sala Civil de la Corte Superior del Callao sin acreditar si la misma ha sido admitida a trámite o no por la referida Sala.
8. Por lo tanto, en el presente caso al no existir disposición legal o judicial que suspenda los efectos de la Resolución N° 007-2003-TSC/OSITRAN, la misma puede ser ejecutada y ENAPU se encuentra en la obligación de cumplirla.
9. Como consecuencia de ello, queda claro que OSITRAN al exigir el cumplimiento de lo dispuesto por la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias y sancionar el incumplimiento a dicha decisión, no ha vulnerado el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de ENAPU sino que ha actuado de acuerdo a lo previsto en la ley.
10. La actuación de OSITRAN en el presente caso, no ha impedido a ENAPU presentar una demanda judicial contra la Resolución N° 007-2003-TSC/OSITRAN tan es así que la ha presentado, y tampoco se está avocando a causa pendiente de resolver ante el Poder Judicial.

En efecto, la actuación de OSITRAN en el presente caso por propia disposición de la ley, específicamente, el artículo 23° de la Ley N° 27584, no puede entenderse como una vulneración al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de ENAPU ni como una avocación a una causa pendiente ante el Poder Judicial que la obligue a suspender la ejecución de lo dispuesto en la Resolución N° 007-2003-TSC/OSITRAN, incluso en el caso que la demanda interpuesta por ENAPU ante el Poder Judicial haya sido admitida a trámite.

11. De acuerdo a ley, los únicos supuestos que en el presente caso podría suspender la ejecución de los efectos de la Resolución N° 007-2003-TSC/OSITRAN, son la existencia de una Resolución Judicial que ordene la suspensión de sus efectos o eventualmente encontrarse incurso en la causal de suspensión por "causal de preadministratividad" a la que se alude en el artículo 64° de la Ley N° 27444 que jurídicamente no procede en el presente caso.

12. En efecto, la causal de preadministratividad a la que se alude en el artículo 64° de la Ley N° 27444, no es aplicable a la ejecución de actos administrativos que han causado estado con respecto a la impugnación judicial de los mismos, pues así lo establece el artículo 192° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y en artículo 23° de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo que señalan que los actos administrativos son ejecutorios una vez notificados y que la interposición de la demanda contencioso administrativa de los mismos no impide su ejecución.
13. En conclusión, corresponde desestimar los fundamentos de ENAPU en este extremo al concluirse que la actuación de OSITRAN contenida en la Resolución N° 014-2003-GG-OSITRAN de la Gerencia General no ha vulnerado el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de ENAPU y ha sido expedida en estricto cumplimiento de las disposiciones legales vigentes.

B. Determinar si la sanción impuesta vulnera el principio de tipicidad:

ENAPU ha sostenido en su escrito de apelación que la Resolución N° 014-2003-GG-OSITRAN ha vulnerado el principio de tipicidad al imputar la comisión de una infracción ilegal e inexistente en la medida que la misma estaría tipificada en una norma infralegal como es el caso del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN y en atención a que ni el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (RMA) de OSITRAN ni la Resolución N°007-2003-TSC/OSITRAN establecen plazo alguna para cumplir con la publicación materia de la sanción.

Sobre el particular debe tenerse presente lo siguiente:

1. De acuerdo a lo previsto en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismo Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, cuenta entre sus funciones con la función fiscalizadora y sancionadora que le permite imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión.
2. Asimismo, de acuerdo a lo previsto en dicha Ley, OSITRAN cuenta con la función normativa que **le permite tipificar las infracciones** por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como **por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos.**
3. En tal sentido, OSITRAN en ejercicio de dicha función normativa expidió la Resolución de Consejo Directivo N° 006-99-CD/OSITRAN en virtud de la cual se aprobó el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas (RIS) de OSITRAN que fuera ratificada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 008-2002-CD/OSITRAN.
4. Es de mencionar además, que la función de tipificar infracciones dentro del ámbito de competencia de OSITRAN guarda estricta relación con el principio de legalidad contenido en el artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que señala que por norma con rango de ley (en el presente caso la Ley N°

27332 y su modificatoria la Ley N° 27631) cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado.

5. Como consecuencia el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas (RIS) de OSITRAN constituye una norma válida para tipificar infracciones como la que fue sancionada en el presente procedimiento.

En efecto el artículo 42° del referido Reglamento tipifica con infracción sancionable el incumplimiento a las normas y decisiones de los órganos de OSITRAN.

6. En el presente caso, como ha sido mencionado en el acápite correspondiente a los antecedentes, el Tribunal de Solución de Controversias, emitió la Resolución N° 007-2003-TSC/OSITRAN a través de la cual dispuso que ENAPU cumpla con la publicación del extracto de la solicitud de empresa Consorcio Minero S.A de conformidad con lo previsto en el artículo 33° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (RMA) de OSITRAN.

7. El artículo 33° del referido Reglamento señala lo siguiente:

“De estimar la Entidad Prestadora que la solicitud de acceso es procedente **o de ser revocada la denegatoria por OSITRAN, se publicará en el diario oficial El Peruano y en otro de mayor circulación de la localidad en que se encuentra ubicada la infraestructura, un extracto de la solicitud de acceso**, concediendo un plazo de quince (15) días para que cualquier interesado en contar con acceso a la misma infraestructura pueda comunicarlo a la entidad prestadora y al OSITRAN. El costo de la publicación será asumido por la Entidad Prestadora”. (el subrayado es nuestro)

8. Como es de verse, es claro que la Entidad Prestadora (ENAPU) debió haber cumplido con la decisión del Tribunal de Solución de Controversias contenida en la Resolución N° 007-2003-TSC/OSITRAN que recogía el cumplimiento de la obligación normativa contenida en el artículo 33° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (RMA) de OSITRAN.
9. Como consecuencia de ello, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN (en el ejercicio de la función supervisora de OSITRAN contenida en el literal a) del artículo 3.1° de la Ley N° 27444 que le permite verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de **verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador** o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas); requirió a ENAPU mediante el Oficio N° 066-03-GS-C2-OSITRAN recibido por ENAPU el 10 de febrero de 2003, que cumpla con efectuar la publicación dispuesta por el Tribunal de Solución de Controversias en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles.
10. OSITRAN en ejercicio de su función supervisora verificó que ENAPU no había cumplido con la obligación de publicar dispuesta por el Tribunal de Solución de Controversias configurándose en efecto el incumplimiento a dicha decisión que se

encuentra expresamente tipificado en el artículo 42° del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas (RIS) de OSITRAN.

En ese sentido, el hecho de que el Tribunal de Solución de Controversias no haya dispuesto de un plazo para la publicación y que el artículo 33° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (RMA) de OSITRAN tampoco haya dispuesto de un plazo específico para tal efecto, no exime de la obligación de publicar y que el incumplimiento de dicha obligación sea materia de una infracción.

En efecto, existen obligaciones legales, contractuales y técnicas que no se encuentran sujetas a un plazo. En tal sentido, el plazo en un acto administrativo constituye un elemento accesorio al mismo que puede o no estar presente y que no afecta la validez dicha acto.

11. En el presente caso, al no haberse determinado un plazo expreso para el cumplimiento de la obligación no implica que la misma no deba cumplirse, o deba cumplirse de acuerdo a la discrecionalidad del obligado.
12. Por el contrario, corresponde a los órganos de supervisión de OSITRAN velar por que se ejecute lo dispuesto por OSITRAN de acuerdo a lo previsto expresamente en el literal a) del artículo 3.1° de la Ley N° 27332 y a lo previsto en el artículo 32° del Decreto Supremo N° 010-2001-PCM.
13. En ese orden de ideas, resulta legalmente procedente que en con el propósito de velar por el cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal de Solución de Controversias, la Gerencia de Supervisión requiera a ENAPU que cumpla con ello y le otorgue un plazo razonable para tal efecto como el previsto en el numeral 4 del artículo 132° de la Ley N° 27444, que establece un plazo máximo de diez días.
14. Es de mencionar además, que en el presente caso, antes de que se inicie el procedimiento administrativo sancionador, y en respuesta al Oficio N° 066-03-GS-C2-OSITRAN, ENAPU mediante Carta N° 129-2003-ENAPU S.A./GG remitida a OSITRAN el 21 de febrero de 2003, **manifestó expresamente que se abstendría de cumplir con lo requerido en el Oficio de la Gerencia de Supervisión** argumentando que a su criterio resultaba a todas luces ilegal e inconstitucional la Resolución del Tribunal de Solución de Controversias.
15. Es de notar que dicha declaración, de acuerdo a lo previsto en el numeral 3 del artículo 1333° del Código Civil, genera automáticamente que el deudor de una obligación se encuentra incurso en mora lo que en el presente caso equivale al incumplimiento, por lo que correspondía que se adopten las medidas legales establecidas para sancionar dicho incumplimiento.

En efecto, uno de las principales funciones de los Organismo Reguladores y por ende de OSITRAN, es velar porque las Entidades Prestadoras cumplan con sus obligaciones y de sancionar los incumplimientos a la mismas de acuerdo a lo previsto en la disposiciones normativas que tipifican las infracciones.

16. En el presente caso, el incumplimiento a la publicación ordenada por el Tribunal de Solución de Controversias que fuera declarado expresamente por ENAPU en su

Carta N° 129-2003-ENAPU S.A./GG, que dio respuesta al requerimiento efectuado por la Gerencia de Supervisión se encuentra tipificado expresamente en el artículo 42° del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas (RIS) de OSITRAN que como ha sido mencionado cumple con el principio de legalidad a que se refiere el numeral 1 del artículo 230° de la Ley N° 27444.

17. El artículo 42° dispone como infracción sancionable el incumplimiento a las normas y decisiones de OSITRAN por lo que en el presente caso, la conducta de ENAPU de resistirse a cumplir con lo dispuesto por el Tribunal de Solución de Controversias (que constituye precisamente una decisión de un órgano de OSITRAN) tipifica adecuadamente en dicho artículo y por lo tanto se ajusta a cabalidad a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 230° de la Ley N° 27444, referido al principio de tipicidad en la potestad sancionadora.

En tal sentido, los fundamentos vertidos por ENAPU en su escrito de apelación, devienen también en este extremo en infundados en la medida que el incumplimiento incurrido por ENAPU se encuentra expresamente tipificado en el artículo 42° del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas (RIS) de OSITRAN y que el referido Reglamento cumple con el principio de legalidad a que se refiere el numeral 1 del artículo 230 de la Ley N° 27444.

18. Por ende, de acuerdo a los argumentos expuestos, corresponde desestimar los argumentos de ENAPU en este extremo y confirmar la Resolución N° 014-2003-GG-OSITRAN de la Gerencia General que impuso una sanción equivalente al pago de una multa ascendente al 0.01% de los ingresos brutos del año anterior.

Estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión del 09 julio de 2003;

SE RESUELVE :

Artículo Primero.- Confirmar en todos sus extremos la Resolución N° 014 – 2003 – GG – OSITRAN, que impuso a la Empresa Nacional de Puertos S.A. – ENAPU S.A. una multa equivalente al 0.01% de sus ingresos brutos del año anterior, por la comisión de la infracción a que se refiere el artículo 42° del Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas de OSITRAN, consistente en no cumplir con la Resolución N° 007-2003-TSC/OSITRAN del 22 de enero de 2003, la cual le ordenó proceder con la publicación a que se refiere el artículo 33° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público (RMA), en el plazo otorgado por el Oficio N° 066-03-GS-C2-OSITRAN

Artículo Segundo.- Notificar la presente resolución a la Empresa Nacional de Puertos S.A. – ENAPU S.A. dando por agotada la vía administrativa

Artículo Tercero.- Poner la presente resolución en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de la Gerencia de Supervisión de OSITRAN de acuerdo a lo previsto en el Reglamento de Cobro y Aplicación de Infracciones, Sanciones y Tasas.

Artículo Cuarto.- Encargar a la Gerencia de Administración y Finanzas que adopte las acciones necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución; y, encargar a la Gerencia de Supervisión que adopte las acciones necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente resolución.

Artículo Quinto.- La presente resolución entrará en vigencia al día siguiente de su notificación.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ALEJANDRO CHANG CHIANG

Presidente