



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Resolución de Gerencia General

Nº 059-2010-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, 12 de julio de 2010

VISTOS:

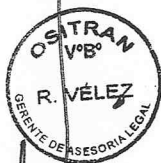
El Expediente Sancionador Nº 20-2009-GS-OSITRAN, el escrito de Reconsideración presentado por la empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 2 S.A. (ISUR T2 y/o el Concesionario) con fecha 05 de marzo de 2010, y el Informe Nº 324-10-GS-OSITRAN;

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. 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 denominado "Informe Mensual de Avance" correspondiente al mes de marzo de 2008, en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 37º del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN, cuyo contenido comprendía, entre otros, la siguiente información:

"Tabla de contenido"





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

(...)

4. Cumplimiento de obligaciones del mes,
5. Ejecución del Plan de Inversiones,
6. Ejecución del Plan de Mantenimiento,
7. Estadísticas Comerciales y Operativas,
8. Accesos otorgados y solicitudes de acceso en progreso."

3. Con fecha 29 de mayo de 2008, mediante Carta N° 330-CIST2-OSITRAN, el Concesionario remitió a OSITRAN, el informe llamado "Informe Mensual de Avance" correspondiente al mes de abril de 2008, en cumplimiento del Artículo 37° del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN, cuyo contenido comprendía entre otros, la siguiente información:

"Tabla de contenido

(...)

4. Cumplimiento de obligaciones del mes,
5. Ejecución del Plan de Inversiones,
6. Ejecución del Plan de Mantenimiento,
7. Estadísticas Comerciales y Operativas,
8. Accesos otorgados y solicitudes de acceso en progreso."

4. En los meses siguientes, el Concesionario no presentó los informes mensuales, tal como lo establece el Artículo 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 de Hallazgos N° 915-09-GS-OSITRAN, mediante el cual, se da cuenta del presunto incumplimiento por parte de la empresa ISUR T2;
6. Mediante Oficio N° 4578-09-GS-OSITRAN, recibido el 16 de diciembre de 2009, se notificó al Concesionario del inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador debido a que:

"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 Carta N° 535-CIST2-OSITRAN, la empresa ISUR T2 remite a OSITRAN sus Descargos;
8. Mediante el Oficio N° 034-10-GG-OSITRAN recibido el 12 de febrero de 2010, OSITRAN remite a la empresa ISUR T2, copia fedateada de la Resolución de Gerencia





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

General N° 015-2010-GG-OSITRAN, en la cual se resuelve declarar que dicha empresa 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, que está tipificado en el Artículo 38° del 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 GRAVE;

9. Con Carta N° 547-CIST2-OSITRAN, recibida el 05 de marzo de 2010, la empresa ISUR T2 presenta Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Gerencia General N° 015-2010-GG-OSITRAN;

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

10. 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

11. Para efectos de resolver, es necesario de manera previa, determinar la admisibilidad del Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa ISUR T2. 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);
12. 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 12 de febrero de 2010, fecha en que se notificó la Resolución de Gerencia General N° 015-2010-GG-OSITRAN adjunta al Oficio N° 394-09-GG-OSITRAN;
13. En el presente caso, se constata que la empresa ISUR T2 ha presentado su Recurso de Reconsideración dirigido a la Gerencia General, con fecha 05 de marzo de 2010, con lo cual se considera cumplido este requisito;
14. 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)

15. 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"¹;
16. 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).
17. El Recurso de Reconsideración presentado por la empresa concesionaria ISUR T2, de fecha 05 de marzo de 2010, acompaña los siguientes documentos como nuevas pruebas:
 - Copia del Oficio Circular N° 007-GRE-OSITRAN de fecha 22 de enero de 2007.
 - Correos Electrónicos respecto a la remisión de la información.
18. Sobre este extremo, cabe indicar que la copia del Oficio Circular N° 007-07-GRE-OSITRAN no constituye nueva prueba, toda vez que fue presentada anteriormente, y como tal, fue considerada para la emisión de la Resolución de Gerencia General N° 015-2010-GG-OSITRAN; sin embargo, las copias de los correos electrónicos sí califican como nueva prueba, pues éstas no formaban parte del expediente sobre el cual se

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.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

emitió la Resolución recurrida, razón por la cual se cumple con el requisito de nueva prueba exigida en el Artículo 71º del RIS, concordante con el Artículo 208º de la LPAG;

19. Atendiendo a que se han cumplido con los requisitos de admisibilidad antes señalados, se analizará cada uno de los argumentos señalados en el escrito de Reconsideración presentado;

IV. ANÁLISIS

20. A continuación se procederá a analizar los argumentos presentados por la empresa ISUR T2 en su Recurso de Reconsideración:

- a) Del carácter supletorio del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN.
- b) De la imputación imprecisa y de la información con que cuenta OSITRAN respecto del Artículo 37º del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN.
- c) De la información supuestamente no presentada por la empresa concesionaria que obra en poder de OSITRAN.
- d) De la no procedencia de una sanción por que la empresa concesionaria no tiene ingresos operativos.
- e) De la tipificación imputada.
- f) De la aplicación del Principio de Razonabilidad.
- g) De los argumentos para la Graduación de la Sanción

a) Del carácter supletorio del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN.

21. Respecto al literal a) en el numeral 2.5 de su Recurso de Reconsideración, el Concesionario manifiesta lo siguiente:

"II. OSITRAN ACTUO SIEMPRE CONFORME AL CARACTER SUPLETORIO DEL REGLAMENTO DE SUPERVISION RESPECTO DEL CONTRATO DE CONCESION Y DE ACUERDO CON ESE CARACTER DEFINIO EL CONTENIDO DE NUESTRAS OBLIGACIONES DE PRESENTACION DE INFORMACION MENSUAL.

....

- 2.5 Como ya lo hemos mencionado al tratar de los antecedentes en el presente recurso, el Contrato de Concesión **sí estipula obligaciones de nuestra empresa con relación a la presentación de información mensual a OSITRAN**. En concreto lo que la cláusula 13.2 dispone es que la Concesionaria debe presentar la información periódica y estadística que el Regulador o el Concedente le indiquen y en la oportunidad y forma que dichas autoridades lo dispongan, siempre -evidentemente- dentro de los alcances de sus competencias y los límites de las leyes aplicables.

Precisamente, siguiendo la estipulación referida en el párrafo anterior,





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

el 23 de enero de 2007 Regulador comunicó a la Concesionaria qué información mensual debía presentar, cuándo debía hacerlo y hasta la forma y contenido (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 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. Entonces, 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 37° del Reglamento de Supervisión."

(La negrita es nuestra)

22. Sobre el particular, se debe mencionar que en los numerales 14 al 24 de la Resolución de Gerencia General N° 015-2010-GG-OSITRAN, se trató este argumento, tal como se transcribe a continuación:

"14. Sobre el particular, cabe señalar que el artículo 3° 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 6° 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 3° 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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

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 Aplicables³, 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 37° 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 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.
21. Ciertamente, conviene recordar que en ejercicio de su facultad supervisora⁴, el Regulador puede requerir la información y documentación que permita

³ 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.

⁴ 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;



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

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 37º 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 37º del Reglamento General de Supervisión”.

(La negrita y subrayado es nuestro)

23. Tal como se ha podido apreciar, la Gerencia General de OSITRAN ya se pronunció, en la Resolución impugnada, respecto al presente punto argumentado por la empresa ISUR T2;
24. Sin embargo, a mayor abundamiento del tema podemos señalar que dentro de las potestades administrativas disciplinadas por el derecho administrativo se encuentra la reglamentaria, con la cual se facultó a la Administración imponer las situaciones de estricto cumplimiento de los administrados como es el caso de la aplicación del artículo 37º del Reglamento General de Supervisión;
25. En esta misma línea, debemos remarcar que el Regulador reafirma el carácter supletorio de Reglamento General de Supervisión, pues como se mencionó en los numerales 19 y 20 de la Resolución sujeta a Reconsideración, **el Reglamento General de Supervisión establece la obligación de remisión de informes mensuales (que es la presentación de información periódica tenor de lo señalado por el Contrato de**



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Concesión), además dicho Reglamento señala un contenido mínimo de información, que no se encuentra especificado en la Cláusula 13.2 del Contrato de Concesión, ya que se refiere al cumplimiento de obligaciones del mensuales como son: Ejecución del Plan de Inversiones, Ejecución del Plan de Mantenimiento, Estadísticas Comerciales y Operativas Accesos otorgados y solicitudes de acceso en proceso;

26. Es decir, que el Reglamento General de Supervisión de OSITRAN establece la periodicidad para que la empresa ISUR T2 remita información económica financiera, administrativa, comercial, operativa detallada en el Artículo 37º, aspecto que no está Regulado en la Cláusula 13.2 del Contrato de Concesión, por ello, su aplicación supletoria;
27. Adicionalmente cabe señalar que la información solicitada mediante el Oficio Circular N° 007-07-GRE-OSITRAN fue la siguiente:

"a. Plan de Cuentas de la Entidad Prestadora: cuentas y divisionarias a 8 dígitos. Dicha información será remitida en el primer envío, así como cada vez que sea modificada.

b) Información estadística operativa mensual, según formatos de los Anexos 1 y 2.

c) Información Financiera (balances de comprobación) mensual, según Anexo 3.

d) Hechos relevantes, hoja que resume los hechos o circunstancias que explican el comportamiento del tráfico registrado del mes que se reporta, con respecto a similar periodo del año anterior. En el caso de no contar con dicho periodo, la comparación será con relación al mes anterior."

28. Sobre el particular, la información que remite mensualmente como consecuencia de lo solicitado por la Gerencia de Regulación mediante el Oficio mencionado en el párrafo anterior, tal como se aprecia en los correos electrónicos que se ha adjuntado como nueva prueba, se refiere sólo al Plan de Cuentas, Balances de Comprobación y en algunos casos se refiere a Estados Financieros mensuales;

29. Por lo tanto, dicha información remitida no comprende a toda la información exigida por el Artículo 37º del Reglamento General de Supervisión, el cual establece como mínimo la siguiente información:

- 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.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

30. Tal como se puede apreciar, en los párrafos descritos anteriormente se evidencia que la información remitida mensualmente por el Concesionario, como consecuencia de la solicitud efectuada en el Oficio Circular N° 007-07-GRE-OSITRAN no es, en estricto, toda la información exigida en el Artículo 37° del Reglamento General de Supervisión, pues sólo remitió información relacionada a estadísticas comerciales y operativas;

b) De la imputación imprecisa y de la información con que cuenta OSITRAN respecto del Artículo 37° del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN.

31. Respecto de este literal, en los numerales 3.1 al 3.3 de su Recurso de Reconsideración, el Concesionario manifiesta lo siguiente:

"III. LA IMPUTACION ES IMPRECISA Y NO TOMA EN CUENTA QUE OSITRAN SI CUENTA CON LA INFORMACION A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 37° DEL REGLAMENTO DE SUPERVISION.

- 3.1 *La imputación de la Gerencia presenta una importante inconsistencia que evidenciaría su cambio de criterio respecto al cumplimiento por parte de la Concesionaria de sus obligaciones de presentación de información mensual. Se trata del hecho que cuando la Gerencia alega que nuestra empresa ha incumplido con la presentación de información se refiere a "Informes de Avance de Obras" que, como se puede comprobar de una simple lectura de la norma, nada tienen que ver con el artículo 37° del Reglamento de Supervisión.*

- 3.2 *En efecto, en el Oficio No. 4578-09-GS-OSITRAN al imputarnos los cargos materia de este procedimiento, el Regulador sostiene:*

"Con fecha 30 de abril de 2008, mediante Carta N° 324-CIST2-OSITRAN, el Concesionario remitió a OSITRAN, el Informe Mensual de Avance de Obras correspondiente al mes de marzo del 2008." (Resaltado agregado)

En el mismo sentido, el citado Oficio refiere:

"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." (Resaltado agregado)

Por su parte, la Resolución repite estas mismas consideraciones y coincide también en señalar:





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

"En los meses siguientes, el Concesionario no ha presentado los informes mensuales de avance, tal como establece el artículo 37° del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN."

- 3.3 Cabe recordar que a lo que se refiere el artículo 37° del Reglamento de Supervisión es a la presentación de informes de: **a) cumplimiento de obligaciones del mes**; b) ejecución del Plan de Inversiones; c) ejecución del Plan de mantenimiento; d) estadísticas comerciales y operativas; y e) accesos otorgados y solicitudes de acceso en proceso. En conclusión, la norma no menciona la presentación de información sobre **avances de obra** como lo señala OSITRAN.

Esto evidencia que para el Regulador no resulta del todo claro cómo es que la Concesionaria habría cumplido o incumplido el artículo 37° del Reglamento de Supervisión porque, como hemos visto, se refiere a informes de avance de obra que no sólo no son exigidos por la norma que alude sino que además la Concesionaria nunca ha presentado tal información en cumplimiento de dicha disposición, sino en cumplimiento de las disposiciones del Contrato de Concesión y en la oportunidad señalada por éste."

32. Sobre el particular, cabe señalar que mediante el Oficio N° 4578-09-GS-OSITRAN, se da inicio al Procedimiento Administrativo Sancionador, en mérito al Informe de Hallazgos N° 915-09-GS-OSITRAN presentado a la Gerencia de Supervisión. El hecho que se haya incluido la misma referencia realizada en el Informe mencionado, tanto en el Oficio de Notificación, como en la Resolución de Gerencia General, no enerva la validez de los mismos, por cuanto a tenor de lo señalado en el Reglamento General de Supervisión, el informe de hallazgo tiene como característica principal el informar al Órgano Instructor (llámese Gerencia de Supervisión) de la identificación del presunto incumplimiento, quedando dentro de las facultades del órgano instructor el administrar y encausar dicho procedimiento, como se ha realizado en el presente caso. Es decir el órgano instructor mediante Oficio N° 4578-09-GS-OSITRAN señaló que el presunto incumplimiento del Concesionario es que éste no había presentado **los informes mensuales establecidos en el Artículo 37° del Reglamento de Supervisión** y se ratificó en la Resolución de Gerencia General N° 015-2010-GG-OSITRAN;

33. Es decir, tal como se señaló en la Resolución de Gerencia General N° 015-2010-GG-OSITRAN, el incumplimiento no se refiere a la no presentación de Información de Avances de Obra como lo indica el Concesionario, sino a la omisión de los Informes mensuales cuyo contenido mínimo, de acuerdo a lo que establece el Artículo 37° del Reglamento General de Supervisión, debe ser:



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

- 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.

34. Adicionalmente, cabe precisar que un Informe de Hallazgo lo que contiene es justamente, indicios de un presunto incumplimiento, y para ello se basa en diferentes aspectos, entre ellos, pueden ser denuncias de terceros, evaluaciones efectuadas por el propio supervisor o pruebas, como es en este caso, las copias adjuntas al Informe N° 915-09-GS-OSITRAN;
35. Asimismo, todo Informe de Hallazgo dentro de un Procedimiento Administrativo Sancionador, sirve como insumo para la evaluación inicial, que prosigue justamente en solicitar los descargos de la parte aludida para efectuar el correspondiente análisis, luego del cual, en caso de probarse que el Concesionario incumplió o no con alguna obligación, se procede a recomendar a la Gerencia General, que emita la Resolución correspondiente, que declare que el Concesionario incumplió o no la obligación analizada;
36. Teniendo en cuenta lo manifestado anteriormente, no se puede alegar que la imputación es imprecisa ya que es en el mismo oficio que se señala:

"En este orden de ideas, y conforme a los hechos descritos en el informe adjunto, conllevan a que la empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 2 S.A.:

- *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.*



37. Por lo tanto, se ha procedido a notificar a la empresa ISUR T2, señalando la obligación presuntamente incumplida, tipificándola y teniendo como base para ello el Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS), a fin de proseguir justamente con el análisis de los descargos efectuados por la empresa concesionaria;
38. Finalmente, debemos agregar tal como se han señalado en los numerales 19 al 24 de la Resolución de Gerencia General N° 015-2010-GG-OSITRAN de fecha 10 de febrero de 2010, todas las Entidades Prestadoras, dentro de las que se incluyen a las Empresas Concesionarias, deben de prestar estricto cumplimiento a los Reglamentos, Directivas y Resoluciones emitidos por el Regulador. Siendo que el en caso de autos que nos atañe, el contenido mínimo exigido en el Artículo 37° del Reglamento General de Supervisión no se encuentra regulado en la Cláusula 13.2 del Contrato de Concesión;



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

c) De la información supuestamente no presentada por la empresa concesionaria que obra en poder de OSITRAN.

39. Respecto de este literal, en los numerales 4.8 y 4.9 de su Recurso de Reconsideración, la empresa concesionaria manifiesta lo siguiente:

"IV. LA IMPUTACION ES IMPRECISA Y NO TOMA EN CUENTA QUE OSITRAN SI CUENTA CON LA INFORMACION A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 37° DEL REGLAMENTO DE SUPERVISION.

(...)

4.8 Queda demostrado entonces que, en aplicación de las disposiciones del Contrato de Concesión, OSITRAN cuenta con la información a la que se refiere el artículo 37° del Reglamento de Supervisión y que, por lo tanto, al no poder exigir actualmente a la Concesionaria su presentación, carece de sentido y además resultaría ilegal pretender sancionarla imputándole no haberla presentado. Teniendo esta idea como premisa, llegamos a dos conclusiones adicionales que tienen la máxima importancia para efectos del presente procedimiento sancionador: (i) toda la información a la que hemos hecho referencia en este acápite IV ha sido presentada a OSITRAN en la forma y oportunidad en las que el Contrato de Concesión y las leyes aplicables lo establecen y eso abunda en las razones que determinan la supletoriedad del Reglamento de Supervisión con relación al Contrato de Concesión, de manera que no puede alegarse que su presentación con una periodicidad distinta a la mensual constituye un incumplimiento de lo establecido en el artículo 37° de la norma citada; y (ii) siendo que OSITRAN cuenta con la información a la que hace referencia el artículo 37° del Reglamento de Supervisión no es posible que la Gerencia sostenga que el actuar de la Concesionaria ha limitado la actividad supervisora del Regulador y por lo tanto ha afectado al interés público.

4.9 Respecto al primer punto, es importante recordar lo que señalábamos en el acápite II del presente recurso en el sentido que el carácter supletorio del Reglamento de Supervisión frente al Contrato de Concesión es incuestionable, sobre todo si tenemos en cuenta el texto expreso de la Tercera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la norma mencionada y el accionar del Regulador resumido en la emisión del Oficio Circular No. 007-07-GRE-OSITRAN. En consecuencia, no es posible sostener que el artículo 37° de la norma bajo comentario es aplicable a la Concesionaria y que por lo tanto esta estaba obligada a presentar toda la información ahí señalada, no solo en la oportunidad en la que efectivamente lo ha hecho conforme al Contrato de Concesión, sino además de forma mensual. Eso no solo es contrario a los criterios de razonabilidad sino que además atenta contra lo señalado en el artículo 40° de la LPAG y es ineficiente y gravoso para la Concesionaria."



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

40. Tal como se ha mencionado anteriormente, 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;
41. Así mismo, como se ha manifestado anteriormente, 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;
42. Por lo tanto, OSITRAN debe velar por el cumplimiento de las obligaciones contractuales y legales de las Empresas Prestadoras. En ese sentido, teniendo la obligación contenida en el Artículo 37º del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN, respecto de la entrega mensual de un Informe por parte de las Entidades Prestadoras, OSITRAN debe velar por su cumplimiento;
43. Así también, cabe mencionar también que la Gerencia General se ha pronunciado sobre estos aspectos en los numerales 19 al 24 de la Resolución N° 015-2010-GG-OSITRAN;
44. Finalmente, a mayor abundamiento del tema, el numeral 20 de la Resolución de Gerencia General N° 015-2010-GG-OSITRAN de fecha 10 de febrero de 2010, señala:

"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 37º del Reglamento General de Supervisión se establece.

45. Por lo tanto, para efectos del cumplimiento por parte de las empresas concesionarias, de la remisión de información descrita en el Artículo 37º del Reglamento General de Supervisión, el Regulador no se encuentra en la obligación de requerir a las Empresas Concesionarias. En el caso de autos, al ser información que en cuanto al plazo y contenido no se encuentra regulada en la Cláusula 13.2 del Contrato de Concesión, corresponde, dado su carácter supletorio la aplicación y cumplimiento, por parte de las empresas concesionarias del Reglamento General de Supervisión, razón por la



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

cual, la empresa ISUR T2 se encontraba en la obligación de remitir dicha información, tal como lo realizan las demás empresas concesionarias;

d) De la no procedencia de una sanción por que la concesionaria no tiene ingresos operativos

46. Respecto de este literal, en los numerales 5.4 y 5.5 de su Recurso de Reconsideración, la empresa concesionaria manifiesta lo siguiente:

"V. LA CONCESIONARIA NO TIENE INGRESOS OPERATIVOS Y POR LO TANTO NO PROCEDE LA APLICACION DE UNA SANCION EN SU CONTRA

(...)

5.4 *Como la Gerencia conoce perfectamente, actualmente la Concesionaria se encuentra todavía en etapa de construcción de las obras involucradas en la concesión, de manera que no recibe pago alguno por ninguno de los conceptos vinculados a la explotación de la concesión y, en consecuencia, no tiene Ingresos Operativos o, dicho en otras palabras, sus Ingresos Operativos son iguales a cero (o), siendo imposible sancionarla por ser imposible determinar el monto de multa a ser aplicable.*

Es importante en este aspecto precisar que el Oficio de imputación de cargos yerra al señalar en su acápite titulado "SANCION", que nuestra empresa "se encuentra ubicada en la primera escala" de las contenidas en el artículo 61° del RIS, es decir, que está "dentro de las empresas que cuentan con Ingresos Operativos Anuales menores a 20 mil UIT". Parece ser que la Gerencia no ha tornado en cuenta que la definición de Ingresos Operativos es clarísima en la norma y no deja lugar a interpretación o discusión, nuestra empresa tiene Ingresos Operativos iguales a cero y por lo tanto la sanción que se nos pretenda imponer no debe ser por ningún motivo superior a cero, sin excepción alguna ni, hasta sobra decirlo, interpretaciones extensivas, analógica o similares, todas ellas prohibidas en el Derecho Administrativo Sancionador.

5.5 *Este precepto es ya conocido por la Gerencia y ha sido aplicado en otro caso que también involucró a nuestra empresa. Nos referimos a la Resolución No. 056-2005-GG-OSITRAN del 12 de diciembre de 2005 en cuya parte resolutive se lee:*

"Que en dicho informe la gerencia de Supervisión también concluye que al contar con ingresos anuales ascendentes a cero (o), de conformidad con la limitación dispuesta por el primer párrafo del artículo 61° del Reglamento de Infracciones y Sanciones, no corresponde la imposición de una sanción".



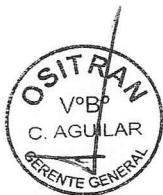
PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Este acertado criterio es recogido también en la parte resolutive del acto administrativo bajo comentario en los mismos términos. Solo conviene precisar y recalcar que el artículo 61º del RIS hace referencia a Ingresos Operativos y no simplemente a ingresos."

47. Sobre el particular cabe señalar que la empresa ISUR T2 mediante Carta N° 445-CIST2-OSITRAN del 01 de abril de 2009 remitió sus Estados Financieros Auditados al 31 de diciembre de 2008, donde consta que tuvo Ingresos por Transitabilidad los cuales fueron destinados al mantenimiento de la carretera. Al respecto cabe señalar que de acuerdo a lo que establece el Artículo 63º del RIS, *"Forman parte de los ingresos operativos de la Concesión los aportes que reciba la entidad prestadora por concepto de mantenimiento y operación de parte del Estado Peruano."* Por lo tanto, la empresa ISUR T2, sí tuvo ingresos durante el año 2008, que corresponde al año anterior a la comisión de la infracción, tal como se pueden apreciar en sus Estados Financieros Auditados mencionados anteriormente. En razón de ello, sí es pasible para la imposición de sanciones;
48. Adicionalmente a ello, en el caso de que no se disponga de información histórica de ingresos operativos, si fuera el caso, el tercer párrafo del Artículo 63º del RIS señala: *"En situaciones en las que no se disponga de información histórica de ingresos operativos, utilizará como referencia los ingresos proyectados del primer año de explotación de la concesión";*
49. Por lo tanto, tal como se aprecia de lo mencionado anteriormente, existen argumentos suficientes para demostrar que a la empresa a ISUR T2, si se le puede imponer una sanción pecuniaria;



e) De la tipificación imputada.

50. Respecto de este literal, en los numerales 6.1 hasta el 6.11 el Concesionario desarrolla el mismo argumento presentado en su documento de descargos que dio respuesta con el Oficio N° 4578-09-GS-OSITRAN de la Gerencia de Supervisión, además de efectuar unas aclaraciones de lo vertido en él. Cabe señalar entonces que, en los numerales 36 al 50 de la Resolución de Gerencia General N° 015-2010-GG-OSITRAN, se trató este argumento, tal como se transcribe a continuación:

"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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

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:

a) 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 37° 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 38° 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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

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 N° 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)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

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 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*



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

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 Nº 4578-09-GS-OSITRAN recibido por la empresa concesionaria el 16 de diciembre de 2009, es correcta.”

51. Tal como se ha podido apreciar la Gerencia General de OSITRAN ya se manifestó, en la Resolución impugnada, respecto al presente punto argumentado por la empresa ISUR T2.

f) De la aplicación del Principio de Razonabilidad

52. Sobre el particular, la Entidad prestadora sostiene en sus puntos 4.9 y 4.10 de su escrito de Reconsideración:

"4.9 Respecto al primer punto, es importante recordar lo que señalábamos en el acápite II del presente recurso en el sentido que el carácter supletorio del Reglamento de Supervisión frente al Contrato de Concesión es inquestionable, sobre todo si tenemos en cuenta el texto expreso de la



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Tercera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la norma mencionada y el accionar del Regulador resumido en la emisión del Oficio Circular No. 007-07-GRE-OSITRAN. En consecuencia, no es posible sostener que el artículo 37° de la norma bajo comentario es aplicable a la Concesionaria y que por lo tanto ésta estaba obligada a presentar toda la información ahí señalada, no sólo en la oportunidad en la que efectivamente lo ha hecho conforme al Contrato de Concesión, sino además de forma mensual. Eso no sólo es contrario a los criterios de razonabilidad sino que además atenta contra lo señalado en el artículo 40° de la LPAG y es ineficiente y gravoso para la Concesionaria.

- 4.10 *Por último, en lo que se refiere al supuesto perjuicio al interés público que OSITRAN alega como elemento que justifica el ejercicio del poder punitivo del Estado en el presente caso, esta afirmación del Regulador ha quedado descartada de plano.*

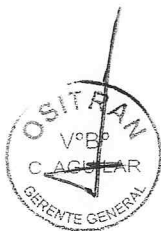
En efecto, como sustento de este argumento la Gerencia señala:

"En el presente caso, cabe tener en cuenta (...) que 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, habiendo sido necesario referirse, en los casos que se ha requerido, a la empresa encargada de la supervisión de obras.

(...) debe tenerse presente que no se ha cuantificado en los presentes autos el daño al interés público o bien jurídico protegido, ni perjuicio económico a los usuarios (...) no al Estado Peruano (...) Sin embargo, se debe tener presente que al limitarse la actividad supervisora del regulador, se afecta el interés público (...)" (Resaltado agregado)

En términos concretos, estas afirmaciones son incorrectas tanto en términos fácticos como en la valoración jurídica que encierran.

En los hechos, hemos demostrado en este apartado que OSITRAN sí cuenta con la información a la que se refiere el artículo 37° del Reglamento de Supervisión y la tiene porque la propia Concesionaria se la presentó en cumplimiento de obligaciones legales o contractuales que si le son vinculantes. Como corolario de esta premisa, es posible afirmar categóricamente que la actividad supervisora del Regulador nunca se ha





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

vista afectada y por lo tanto el interés público no ha sufrido menoscabo alguno."

53. Como se podrá apreciar, la empresa ISUR T2 señala categóricamente que la actividad supervisora del Regulador nunca se ha visto afectada y por tanto el interés público no ha sufrido menoscabo;
54. En relación a lo expuesto por la empresa ISUR T2, previamente es pertinente anotar que el Principio de Razonabilidad contemplado el Artículo 4º del RIS, concordante con el inciso 3 del Artículo 230º de la LPAG, señalan que la autoridad debe prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que el cumplir las normas infringidas o asumir la sanción;
55. Por ello, se dice con acierto que el Principio de Razonabilidad exige encontrar justificación lógica, y esta es la disciplina de lo que es racionalmente demostrable, entendiéndose, que la expresión "justificación lógica", se utiliza no sólo para lo que es racionalmente demostrable sino también para lo que, sin cumplir dicho requisito, es aceptado generalmente como correcto, justo;
56. En observancia de dicho principio, se requiere entonces que las decisiones de la Administración cumplan el requisito de ser generalmente aceptadas por la colectividad como adecuada respuesta a las infracciones cometidas por los Administrados, para lo cual, debe existir proporcionalidad entre la sanción que involucra una infracción, y la finalidad que dicha sanción persigue al castigar la infracción;
57. Ahora bien, del Expediente Administrativo, se aprecia que la sanción impuesta a la Entidad Prestadora, está relacionada al incumplimiento por parte de ésta, de la remisión de información mensual conforme al Artículo 37º del Reglamento General de Supervisión;

G) De los argumentos para la Graduación de la Sanción

58. Sobre el particular, para efectos de graduar la cuantía⁵ de la sanción, el numeral 3 del

⁵ Sobre el particular, es pertinente anotar el artículo 4º de RIS, establece:

Artículo 4.- Principios de la Potestad Sancionadora

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

4.2 Para efectos de determinar la cuantía de la sanción una vez tipificada la infracción, en aplicación con el Principio de Razonabilidad contemplado en el numeral 3 del Artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444 OSITRAN empleará los siguientes criterios:

- Intencionalidad.
- Perjuicio causado.
- Circunstancias de la comisión de la infracción.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Artículo 230° de la LPAG, establece en orden de prelación, que se deben observar los siguientes criterios: a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido. b) El perjuicio económico causado. c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción. d) Las Circunstancias de la comisión de la infracción. e) El beneficio ilegalmente obtenido. f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor. De los argumentos advertidos en el escrito de Reconsideración se puede señalar lo siguiente:

59. En lo que respecta a la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, cabe señalar, que si bien es cierto, se ha señalado en la Resolución N° 015-2010-GG-OSITRAN que el Regulador no contó con la información relevante para el cumplimiento de sus funciones, lo cual configura un tema de Interés Público⁶, toda vez que, conforme se señaló líneas arriba, los informes mensuales constituyen un elemento esencial para garantizar la información continua sobre el cumplimiento de las obligaciones de las entidades prestadoras. Es precisamente por eso, que el propio RIS tipifica su incumplimiento como una infracción grave. En ese sentido, en el presente caso, y no obstante que la información remitida por correo electrónico contenía parcialmente información relacionada a estadísticas comerciales y operativas, la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, constituye un agravante al momento de graduar la sanción;

60. En lo concerniente al perjuicio económico causado, es propio anotar que de la Resolución sujeta a Reconsideración, así como del Expediente Administrativo, se desprende que no se habría cuantificado el perjuicio económico causado tanto a los Usuarios de la Infraestructura. En tal medida ello constituye un atenuante al momento de graduar la sanción;

-
- Repetición en la comisión de la infracción.
- Adicionalmente tendrá en consideración los siguientes criterios:
- Efectos en la calidad del servicio a los usuarios.
 - Conducta procesal.

⁶ Respecto al Interés Público, en el fundamento 11 de la Resolución recaída en el Expediente N° 090-2004-AA, el Tribunal Constitucional a señalado lo siguiente:

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

(...)

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

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

61. En relación a la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, se debe señalar que en la Resolución Reconsiderada, se descarta la existencia de una conducta repetitiva de la Entidad Prestadora. En ese sentido, dicho aspecto también es un atenuante en la graduación de la sanción;
62. En cuanto a las circunstancias de la comisión de la infracción, se desprende que ella se debió a una errónea interpretación y aplicación del artículo 37° del Reglamento de Supervisión por parte de la empresa ISUR T2; sin embargo, de los correos presentados como nueva prueba, se advierte también que en todo momento el Concesionario evidenció voluntad de cumplir con los requerimientos formulados mensualmente por el Regulador, situación que sin duda evidencia una predisposición a cumplir los requerimientos del Regulador, lo cual debe ser tomado en cuenta al momento de graduar la sanción. En ese sentido, dicho aspecto también es un atenuante en la graduación de la sanción;
63. Por su parte, en lo que respecta a la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor, se debe señalar que en la Resolución materia de apelación, la Administración señaló: *"en virtud a lo establecido en el Contrato de Concesión, la empresa concesionaria conocía perfectamente la fecha en que se debía presentar los Informes Mensuales que establece el Artículo 37° 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 ISUR T2 para el cumplimiento de la obligación contractual aludida";*
64. Sin embargo, al apreciarse que la comisión de la infracción por parte de empresa ISUR T2 se habría debido a una errónea interpretación y aplicación del artículo 37° del Reglamento de Supervisión por parte de ésta y considerando que la citada empresa venía remitiendo, vía correo electrónico, información relacionada a estadísticas comerciales y operativas, la intencionalidad inicialmente advertida se relativiza. Por ello, en la medida que no se advierte la existencia de intencionalidad por parte de la Entidad Prestadora, este factor no puede ser considerado como agravante al momento de graduar la sanción;
65. Por otra parte, cabe puntualizar que tanto del Expediente Administrativo, como de la propia resolución reconsiderada, no se evidencian beneficios ilegalmente obtenidos. En ese sentido, dicho aspecto también es un atenuante en la graduación de la sanción;
66. En ese sentido, atendiendo a que debe existir proporcionalidad entre la sanción que involucra una infracción, y la finalidad que dicha sanción persigue al castigar la infracción; y estando al hecho que la finalidad de la norma sancionadora es desincentivar a los Administrados es factible que se reduzca la cuantía de la sanción impuesta;





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

67. Estando a las circunstancias agravantes y atenuantes antes referidas, así como al hecho que, el Principio de Razonabilidad exige una adecuada proporcionalidad entre la sanción que involucra una infracción y la finalidad que dicha sanción persigue al castigar la infracción; considerando que la finalidad de la norma contenida en el Artículo 38° del RIS, es evitar que la Entidades Prestadoras incumplan con la entrega de información, se considera que debe reducirse la multa de 10 UIT's, a una (1) UIT;
68. En virtud de lo anterior, el recurso de reconsideración interpuesto por ISUR T2 contra la Resolución de Gerencia General N° 015-2010-GG-OSITRAN, debe ser declarado FUNDADO EN PARTE en lo referido a la cuantía de la sanción, reduciéndola de diez (10) UIT's a una (1) UIT y CONFIRMAR en sus demás extremos la citada Resolución;
69. 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;
70. De conformidad con el numeral 15 de las Funciones Generales de la Gerencia General, del Manual de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado mediante Resolución N° 008-2006-CD-OSITRAN, corresponde a esta Gerencia resolver en primera instancia el presente procedimiento administrativo sancionador;

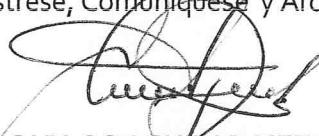
Por lo expuesto, **SE RESUELVE:**

PRIMERO: Declarar **FUNDADO EN PARTE** el Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 2 S.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 015-2010-GG-OSITRAN, en lo referido a la cuantía de la sanción, reduciéndola de diez (10) UIT's a una (1) UIT y CONFIRMAR en sus demás extremos la citada Resolución, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

SEGUNDO: Notificar la presente Resolución a la empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 2 S.A., al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y, comunicar la misma a la Gerencia de Supervisión de OSITRAN.

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

Regístrese, Comuníquese y Archívese


CARLOS AGUILAR MEZA
Gerente General

Reg. Sal. GG N°13913-10

