



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Resolución de Gerencia General

Lima, 03 de Febrero de 2014

Nº 011-2014-GG-OSITRAN

VISTOS:

El Expediente de Procedimiento Sancionador Nº 04-2013-GS-OSITRAN remitido por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, así como el Informe Nº 275-2014-GSF-OSITRAN, a través del cual se evalúan los descargos presentados por la empresa Concesionaria GyM Ferrovías S.A., y;

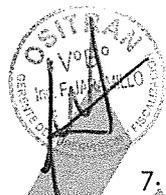
CONSIDERANDO:

1. El 11 de abril de 2011, se suscribió entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el Concedente) y a la empresa GyM Ferrovías S.A. (en adelante, Concesionario), el Contrato de Concesión del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, Línea 1 (en adelante, el Contrato de Concesión).
2. El 10 de febrero de 2012, mediante Oficio Nº 365-2012-GS-OSITRAN, el Regulador solicita al Concesionario presentar sus estados financieros del cuarto trimestre del año 2011.
3. Con fecha 15 de febrero de 2012, mediante Carta Nº METRO/OSITRAN/0090/2012, el Concesionario remite al Regulador sus estados financieros del cuarto trimestre del año 2011.
4. El 07 de marzo de 2012, mediante Oficio Nº 1034-2012-GS-OSITRAN, sustentado en el Informe Nº 632-2012-GS-OSITRAN, el Regulador efectúa la verificación en la presentación de la información de los estados financieros correspondientes al cuarto trimestre del año 2011. No obstante, se le comunica que dicha información no ha sido presentada en el plazo estipulado en la Cláusula 9.4. del Contrato de Concesión.
5. Con fecha 09 de marzo de 2012, mediante Carta Nº METRO/OSITRAN/0129/2012, el Concesionario vuelve a remitir los estados financieros del cuarto trimestre de 2011.
6. Sobre el particular, la Cláusula 9.4. del Contrato de Concesión estipula la obligación del Concesionario de presentar los estados financieros de cada trimestre calendario.

"Estados Financieros

9.4 Dentro de los noventa (90) Días Calendario de iniciado cada Año Calendario, el CONCESIONARIO deberá entregar al CONCEDENTE y al Regulador sus estados financieros auditados correspondientes al ejercicio fiscal anterior. Asimismo, dentro de los treinta (30) Días Calendario de finalizada cada trimestre de cada Año Calendario, el CONCESIONARIO deberá entregar al CONCEDENTE y al Regulador sus estados financieros de dicho trimestre."

7. De acuerdo a lo estipulado en la citada Cláusula 9.4 del Contrato de Concesión, el Concesionario se encuentra obligado a presentar al Concedente y al Regulador, dentro de los 30 días calendario de finalizado cada trimestre calendario, sus estados financieros trimestrales.



OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

8. OSITRAN, dentro del marco de su competencia, ejerce las funciones de supervisión y fiscalización, con el fin de supervisar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas de las entidades prestadoras, conforme a lo previsto en la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada, Ley N° 27332¹, modificada por la Ley N° 28337, y en el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N°044-2006-PCM, modificado por el Decreto Supremo 114-2013-PCM.
9. Sobre el particular, los artículos 11° y 13° del Reglamento General de Supervisión, aprobado mediante Resolución de Concejo Directivo de OSITRAN N° 024-2011-CD-OSITRAN, señala lo siguiente:

"...Artículo 11- Facultades Supervisoras de OSITRAN

Para realizar las actividades de supervisión, se cuenta con las siguientes facultades enumeradas de manera no taxativa:

a) DE OSITRAN

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 OSITRAN establezca.

Artículo 13.- Obligaciones de las Entidades Prestadoras

Las Entidades Prestadoras que sean objeto de una actividad de supervisión se encuentran obligadas a:

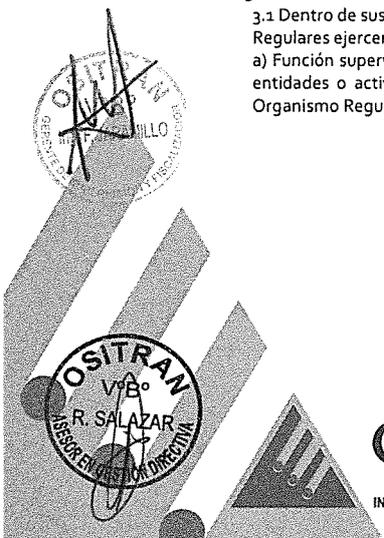
c) Proporcionar la información y documentación que permita verificar el cumplimiento de sus obligaciones. La información solicitada debe ser proporcionada dentro de los plazos, condiciones y forma que establezca el personal autorizado para realizar la supervisión, para efectos de su revisión en el local de la Entidad Prestadora o, de ser necesario, en las Oficinas de OSITRAN.

10. Dentro de este contexto, en el ejercicio de su función supervisora, mediante Resolución de Gerencia General N° 096-2011-GG-OSITRAN de fecha 22 de diciembre de 2011, OSITRAN difundió públicamente el Plan Anual de Supervisión 2012, requiriéndose expresamente mediante la notificación del Oficio Circular N° 5424-2011-GS-OSITRAN, que la empresa concesionaria GyM Ferrovías, cumpla con la sección correspondiente a los aspectos Administrativos y Financieros, en la cual, se estableció como primera obligación la presentación

1. Artículo 3.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Regulares ejercen las siguientes funciones:

a) Función supervisora: comprende la facultad de 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;



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

de los estados financieros trimestrales, conforme la Cláusula 9.4 del Contrato de Concesión, la cual es verificada mediante la supervisión de gabinete².

11. Sin embargo, conforme a lo verificado en el Informe de Hallazgos N° 682-2012-GS-OSITRAN, el Concesionario presentó los estados financieros del cuarto trimestre del año 2011 con fecha el 16 de febrero de 2012, es decir, con 16 (dieciséis) días calendario de retraso, como se muestra en la Tabla 1 siguiente:

Tabla 1.
Presentación de Estados Financieros del 2011-IV

Descripción	Vencimiento del Plazo	Fecha de Presentación	Días de retraso
Presentación de estados financieros del 2011 - IV	30/01/2012	15/02/2012	16

12. Mediante Oficio N° 5256-13-GSF-OSITRAN, fechado 28 de noviembre de 2013, se notificó a la empresa Concesionaria GYM - FERROVIAS S.A., por el presunto incumplimiento de la obligación contenida en la Cláusula 9.4 del Contrato de Concesión del Proyecto Especial Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, Línea 1 y en el artículo 13° del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN, respecto a la presentación de los Estados Financieros del cuarto trimestre del año 2011.

13. Asimismo, se le comunicó que el presunto incumplimiento, se encuentra tipificado en el Artículo 31.2 del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS)³, el cual señala lo siguiente:

Artículo 31°.- Demorar el suministro de la información

"(...)

31.2 Si el incumplimiento se produce en los supuestos a que se refiere el numeral 30.2⁴, incurrirá en infracción leve.

14. La tipificación se efectuó teniendo en consideración que la empresa Concesionaria GyM Ferrovías S.A., incumplió tanto con la Cláusula 9.4 del Contrato de Concesión, como con el artículo 13 del Reglamento General de Supervisión del de OSITRAN, procediendo a remitir los estados financieros del cuarto trimestre del año 2011 (información solicitada), el 15 de febrero de 2012, es decir con dieciséis (16) días calendario de retraso.

15. En ese sentido, la empresa Concesionaria debió presentar los estados financieros requeridos en el Oficio Circular N° 5424-2011-GS-OSITRAN, documento mediante el cual el Regulador comunica el Plan Anual de Supervisión 2012, solicitando a la empresa Concesionaria que cumpla -entre otros-, con la sección correspondiente a los aspectos Administrativos y Financieros, y que

²Reglamento General de Supervisión de OSITRAN aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 024-2011-CD-OSITRAN

Artículo N° 22.- Procedimiento de Supervisión de Gabinete

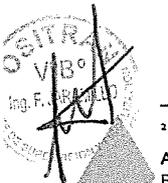
En el procedimiento de supervisión de gabinete, el Órgano Supervisor indicará a la Entidad Prestadora la información que, de ser el caso, debe presentar para acreditar el cumplimiento de la obligación materia de supervisión, y el plazo para atender dicho requerimiento;

Concluida la acción de supervisión, se elabora el Informe de Supervisión con la evaluación del cumplimiento de la obligación, y se pone a consideración del Órgano de Supervisión.

³Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023- 2003-CD-OSITRAN (publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 15 de diciembre de 2005; y, por Resolución de Consejo Directivo N° 005-2007-CD-OSITRAN, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 18 de enero de 2007.

⁴Artículo 30.- No entregar información solicitada

30.2 Si el incumplimiento se produce en los procesos de toma de decisiones, emisión de normas y opiniones técnicas o de las 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, incurrirán en infracción grave.



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

establecía como primera obligación la presentación de los estados financieros trimestrales, ello en concordancia con la Cláusula 9.4 del Contrato, lo cual, es objeto de supervisión de gabinete.

16. Con fecha 17 de diciembre de 2013, la empresa concesionaria GyM Ferrovías S.A, presentó sus descargos, mediante CARTA/METRO/OSITRAN/719/2013.
17. Para evaluar los descargos presentados por la empresa Concesionaria GyM Ferrovías S.A., contenidos en el acápite II denominado "RESPECTO DE LOS EVENTOS RELACIONADOS CON EL HECHO MATERIA DE ANALISIS" numerales 12 a 29; se agrupa los fundamentos en base a los temas a los que se refieren los descargos, conforme a lo siguiente:
 - a) De la Colaboración que la Concesionaria brindó al Concedente para la Puesta en Operación de Comercial de la Concesión
 - b) De los beneficios obtenidos y de los posibles afectados
18. Se aprecia, en los fundamentos expuestos en los numerales 12 a 21 del escrito de descargos, que GyM Ferrovías S.A., hace referencia a la colaboración que la Concesionaria brindó en su oportunidad al Concedente para que se permita la puesta en operación comercial de la Concesión, habiéndose señalado lo siguiente:

(...)

12.- *Como hemos dejado ver en la parte I del presente del documento, durante el periodo relevante que propiciara el inicio de la prestación del Servicio a favor de los Usuarios, el Concesionario colaboró en todo momento con el Concedente para que éste pudiera obtener las condiciones necesarias que requerían los Bienes del Concedente y así poner en marcha la Puesta en Operación de la Concesión.*

13.- *De acuerdo a los términos del Contrato de Concesión, se estableció como fecha de entrega de bienes del Concedente el 11 de julio de 2011. En base a esa fecha y en aplicación estricta del Contrato de Concesión, era de nuestro entendimiento que la entrega efectiva de los bienes del Concedente se haría respetando las condiciones y plazos asumida por el Concedente, lo que equivalía a que desde la Toma de Posesión tendríamos bajo nuestro cargo una infraestructura y un equipamiento debidamente saneado, con todos los permisos que correspondían obtenerse y en un estado de conservación que permitiera la inmediata configuración de la Puesta en Operación Comercial.*

14.- *De haberse dado este escenario, éramos conscientes que el inicio de operaciones no sólo gatillaba el cumplimiento de todas las obligaciones a nuestro cargo en relación a la prestación del Servicio, sino además nuestra expectativa de ver retribuidas las actividades mediante el cobro del PKT, puesto que con dicho concepto se remuneraba las inversiones obligatorias, inversiones en capital de trabajo y todos las inversiones y gastos y costos en general, así como el inicio de ejecutar y generar costos de operación, costos de mantenimiento de la infraestructura, equipos y material rodante, gastos de supervisión, aporte por regulación, gastos financieros, tributos entre otros.*

15.- *No obstante los importantes gastos e inversiones efectuadas por nuestra parte para que el inicio de la explotación se diera en julio de 2011, se tiene que la Toma de Posesión no se configuró en la fecha máxima establecida en la Cláusula 5.17.2. Esto trajo como consecuencia que no se lograra configurar el inicio de la Puesta en*

OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Operación Comercial en el mes de julio de 2011, tal y como expresamente se encuentra previsto en la Cláusula 6.38.

16.- A pesar que esta situación representaba de por sí una importante afectación al Concesionario, debe recordarse que nosotros en todo momento colaboramos con el Concedente de buena fe, a pesar que no tenía tal obligación, siendo aquél el único perjudicado por la no Puesta en Operación Comercial.

17.- Las acciones adoptadas por nosotros se debieron a que era de especial interés del Concesionario que la prestación del Servicio que se brinda a los Usuarios, no solo se efectuara en la brevedad posible que la misma se realizara en la brevedad posible sino además que la misma se realizara en condiciones tales que permitieran que el transporte de pasajeros no se viera interrumpido por ningún causa y que se realice conforme a las reglas y condiciones establecidas, es decir de forma previamente planificada y regular, y cubriendo todas las eventualidades operativas y de seguridad.

18.- Incluso, debe recordarse que, además que el retraso de la Puesta en Operación Comercial ya generaba una importante afectación a los ingresos esperados por el Concesionario, el hecho que se pudiera iniciar la Explotación el 09 de enero de 2012, fue luego de la asunción de gastos de toda índole por parte del Concesionario. De no haberse efectuado esta colaboración al Concedente, era altamente probable que el inicio de la Explotación se hubiera dilatado aún más, situación que hubiera sido perjudicial para las Partes pero principalmente para los Usuarios.

19.- Es por ello que debe tenerse en cuenta que a la fecha de los eventos que refieren en su Oficio N° 5256-2013-GSF-OSITRAN, nos encontramos en los primeros días de la prestación del Servicio, por lo que nuestra atención estuvo claramente enfocada en poder brindar las mejores condiciones posibles para los Usuarios.

20.- Además, debe de tenerse en cuenta que si bien resulta difícil para todo Concesionario el inicio de actividades de explotación de una infraestructura de transporte, en el caso de la Línea 1 del Metro de Lima esta situación era doblemente complicada toda vez que la puesta en servicio del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao era algo completamente inédito, por lo que se requería que todo nuestro personal estuviera plenamente dispuesto en superar esta importante etapa en nuestra relación con el Estado y con los Usuarios.

21.- Es en base a lo indicado que consideramos que su análisis debe tener presente las circunstancias en que se efectuó nuestro retraso en el envío de la información. Incluso creemos que de habernos encontrado en una situación más acorde con las condiciones contractualmente establecidas y que el Concedente hubiera cumplido con sus obligaciones en el plazo, condición y modo al que se había comprometido vía el Contrato de Concesión, resulta innegable que en el periodo de tiempo habríamos cumplido debidamente con la obligación que se indica en la Cláusula 9.4 del Contrato de Concesión.

(...)



OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

19. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, los hechos que se imputan a título de cargo a la empresa Concesionaria y que fueron notificados mediante Oficio N° 5256-13-GSF-OSITRAN, defecha28 de noviembre de 2013, es el presunto incumplimiento referido a la demora en el suministro de información que se circunscribe a la de la presentación de los estados financieros trimestrales, en el caso en concreto los estados financieros del cuarto trimestre del año 2011.
20. En ese sentido, las alegaciones realizadas por la empresa Concesionaria, están relacionadas tanto a las acciones con las que GyM Ferrovías S.A. coadyuvó al Concedente para la Puesta en Operación Comercial de la Concesión, como "*al especial interés del Concesionario a la prestación del Servicio que se brinda a los Usuarios*", conforme se destaca en los fundamentos 17 a 20 del escrito de descargo; sin embargo, los fundamentos materia de análisis, no eximen al Concesionario de su responsabilidad contractual.
21. La obligación de presentar los estados financieros de cada trimestre calendario se encuentra establecida en la Cláusula 9.4 del Contrato de Concesión, suscrito entre el Concedente (Ministerio de Transporte y Comunicaciones) y el Concesionario (GyM Ferrovías S.A.), con fecha 11 de abril de 2011.
22. De otro lado, atendiendo a que, dentro del marco de competencia del Regulador, se ejercen las funciones de supervisión y fiscalización del cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales y técnicas⁵ de las entidades prestadoras, es que mediante Resolución de Gerencia General N° 096-2011-GG-OSITRAN, de fecha 22 de diciembre de 2011, el Regulador difundió públicamente el Plan Anual de Supervisión 2012.
23. Asimismo, mediante Oficio Circular N° 5424-2011-GS-OSITRAN⁶, fechado el 26 de diciembre de 2011 y recibido por GyM Ferrovías S.A. el 28 de diciembre de 2011, se le requiere para que cumpla con la sección correspondiente a los aspectos Administrativos y Financieros, en la cual, se estableció como primera obligación la presentación de los estados financieros trimestrales, conforme la Cláusula 9.4 del Contrato de Concesión.
24. No obstante lo señalado, el Concesionario no cumplió con remitir la información solicitada dentro del plazo establecido en el Contrato de Concesión, es decir, dentro de los *treinta (30) Días Calendario de finalizado cada trimestre de cada Año calendario*.
25. Ante el incumplimiento por parte del Concesionario de lo requerido en el Plan Anual de Supervisión 2012, es que el Regulador mediante Oficio N° 635-2012-GS-OSITRAN, recibido por el Concesionario 13 de febrero de 2012, le requiere nuevamente para que presente los estados financieros del cuarto trimestre del año 2011, señalándose textualmente:

"(...)

Al respecto, se le comunica que este Organismo Regulador no registra la presentación de los estados financieros del periodo de octubre a diciembre de 2011, por lo que se le solicita que en el plazo máximo de cinco (05) días hábiles de recibido el presente cumpla con lo estipulado en la Cláusula 9.4 del Contrato de Concesión. Sin perjuicio de ello, el regulador se reserva el derecho de tomar medidas que correspondan de acuerdo al Reglamento de Infracciones y Sanciones"

⁵ Conforme a lo previsto en la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada, Ley N° 27332⁵, modificada por la Ley N° 28337, y en el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 114-2013-PCM.

⁶ Oficio mediante el cual se notifica al Concesionario, la Resolución de Gerencia General N° 096-2011-GG-OSITRAN de fecha 22 de diciembre de 2011, el cual comunica el Plan Anual de Supervisión 2012

OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

26. Es en ese contexto que GyM Ferrovías S.A., presentó los estados financieros del cuarto trimestre del año 2011, el 16 de febrero de 2012, es decir, con dieciséis días de retraso.
27. Tal como lo señala Baca Oneto⁷, el principio de culpabilidad engloba ciertas exigencias para que pueda culparse a un administrado. Así, el principio de culpabilidad conlleva los siguientes principios:
- Personalidad de las penas**, según el cual no puede hacerse responsable a un sujeto por hechos ajenos,
 - Responsabilidad por el hecho**, según el cual ningún daño puede estimarse relevante si no se produce como consecuencia de una acción,
 - De dolo o culpa**, según el cual no basta que el hecho sea materialmente causado por un sujeto para hacerlo responsable, sino que es necesario que haya sido querido (dolo) o se haya producido pese a haberse podido prever o evitar (culpa o negligencia)
 - Atribuibilidad o culpabilidad en sentido estricto**, según el cual el autor del hecho doloso o culposo ha de poder atribuírsele a éste, como producto de una motivación racional o normal.
28. También, señala dicho autor que *"la culpabilidad sería el reproche que se dirige a una persona porque debió actuar de modo distinto a como lo hizo, para lo cual debió tener la posibilidad de actuar de otro modo (es decir, no puede castigarse por no haber realizado un comportamiento imposible). Mientras que en el ámbito civil es perfectamente posible establecer un responsabilidad objetiva por daños, la exigencia de culpabilidad para sancionar una infracción deriva de que en este caso está implícito un juicio de reproche, que solo sería posible si el autor podía haber actuado de otra manera"*.
29. En atención a ello, se advierte que el Concesionario tenía pleno conocimiento de la obligación que debía cumplir respecto a la entrega de los estados financieros que en forma trimestral correspondía remitir al Regulador, por lo que no se puede tomar como justificación de la demora en la entrega de la información solicitada por el Regulador, el hecho de colaborar con el Concedente para la puesta en Operación Comercial de la Concesión del servicio del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, ni el hecho de que el transporte de pasajeros se brinde en las mejores condiciones posibles a los usuarios, puesto que, conforme se ha señalado, no sólo era una obligación contractual, sino que la información se ha requerido hasta en tres oportunidades, a saber: i) mediante la difusión pública del Plan Anual de Supervisión 2012. ii) con la notificación del Oficio Circular N° 5424-2011-GS-OSITRAN, que comunica el Plan Anual de Supervisión 2012; y iii) mediante el Oficio N° 635-2012-GS-OSITRAN, éste último remitido ante el incumplimiento de las dos primeras comunicaciones, ello, conforme se ha detallado en el presente informe.
30. En esta línea de argumentación, además de evidenciarse que el Concesionario no ha cumplido con el contrato de concesión, queda demostrada culpa en su actuación, pues no obstante que remitió los Estados Financieros debido a que se lo exigió el Regulador, corresponde atribuir al concesionario culpa en su actuación, pues no adoptó las medidas previas pertinentes de cuidado, para cumplir con su obligación contractual.

⁷ Victor Sebastián Baca Oneto Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Piura. Ponencia presentada en el IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo Mendoza Argentina - ¿Responsabilidad subjetiva en materia sancionadora? Una propuesta a partir de nuestro ordenamiento Pág. 8 – 9.

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

31. Se advierte del análisis del escrito de descargos presentado por GyM Ferrovías S.A., que un segundo punto al que hace especial énfasis en los numerales 22 a 29, es el relacionado a los beneficios obtenidos por el Concesionario, así como los posibles afectados con la conducta materia del presente Procedimiento Administrativo Sancionador.
32. En relación a los beneficios obtenidos, de esto se hace mención en los numerales 22 a 24 del escrito de descargo señalando el Concesionario lo siguiente:

"22.- Ahora bien, debemos indicar que el retraso en la entrega de información no representó que nosotros nos beneficiáramos de alguna manera. Decimos esto puesto que, de acuerdo a los criterios que rigen todo proceso administrativo sancionador, es importante que la eventual sanción tenga por efecto remediar el daño que hubiera causado, sin embargo, el retraso en la entrega de los Estados Financieros del cuarto trimestre del año 2011, no causó ningún perjuicio a nuestra contraparte, al Regulador ni a los Usuarios.

23.- Sobre este punto, con el Informe N° 682-2012-GS-OSITRAN de fecha 14 de marzo de 2012, el Jefe de Ferrocarriles y el Supervisor Económico I reconocen que OSITRAN es uno de los posibles afectados, pues la información dificultó su actividad de supervisión y fiscalización. No obstante, debemos indicar que en ningún momento el Concesionario buscó entorpecer la labor del Regulador; tan es así que cumplimos con entregar la información de acuerdo a su pedido efectuado con el Oficio N° 365-2012-GS-OSITRAN.

24.- Aun cuando no negamos que la entrega de información de Estados Financieros coadyuva a las labores de fiscalización que efectúa el Regulador, debe tener en cuenta que durante el año 2011, no reportamos ingreso alguno, incluso, debimos asumir mayores gastos a los proyectados originalmente, en vista al retraso del inicio de la Explotación por causas ajenas a nuestro control y responsabilidad".

33. Sobre el particular, G Y M Ferrovías se refiere que el retraso en la entrega de información no representó un beneficio para el Concesionario; además señala que en ningún momento buscaron entorpecer la labor del Regulador, reconociendo que cumplieron con remitir la información ante el requerimiento efectuado mediante el Oficio N° 635-GS-OSITRAN, a la cual ocurrió con dieciséis (16) días calendario de retraso siendo lo que configura el incumpliendo a la Cláusula 9.4 del Contrato de Concesión y al artículo 13° del Reglamento General de Supervisión del OSITRAN⁸
34. Asimismo, el Concesionario no niega que la entrega de información de *Estados Financieros coadyuva a las labores de fiscalización que efectúa el Regulador*, pero hace de conocimiento que en el año 2011, no reportaron ingreso alguno, que incluso sus gastos fueron mayores a los proyectados debido al retraso del inicio de explotación por causas ajenas a su control y responsabilidad; sin embargo, es importante precisar que, en efecto, la presentación de los estados financieros trimestrales se circunscribe a un sustento documentario que permite efectuar un seguimiento al desenvolvimiento operativo y financiero de la Concesión como parte de la labor de supervisión de gabinete que realiza el Regulador.

⁸ Aprobado mediante Resolución de Consejo directivo N° 024-2011-CD-OSITRAN, de fecha 04 de julio de 2011.

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

35. Por otro lado, atendiendo que la Puesta en Operación Comercial se produjo el 09 de enero de 2012, según lo informado por GyM con Carta N° METRO/MTC/001/2012, no se aprecia beneficios por parte del Concesionario por la demora en el suministro de la información requerida, lo cual es considerado al momento de graduar la imposición de una sanción.
36. En relación al Perjuicio ocasionado, éste ha sido materia de descargo a través de los fundamentos expuestos en los numerales 25 a 29 del escrito de descargos, conforme a los cuales:

"25.- Lo antes mencionado resulta importante tenerlo en cuenta puesto que un posible perjuicio que podría aducirme es que al no entregar dicha información, nos habríamos beneficiado económicamente para no realizar algunos de los pagos a nuestro cargo que tienen como base de determinación nuestros ingresos facturados, tal y como es el caso del Aporte por Regulación que se establece en las leyes N° 27332 y 26917. Pero como indicamos antes, durante dicho período no percibimos ingreso alguno por lo que no se perjudicó al Regulador.

26.- Respecto a un eventual perjuicio que podría haberse generado en el Concedente, incluso en el Informe N° 682-2012-GS-OSITRAN, de fecha 14 de marzo de 2012, el Jefe de Ferrocarriles y el Supervisor Económico I, reconocen que el retraso en la entrega de los Estados Financieros no le causó ningún perjuicio al Concedente.

27.- Sobre este punto, entendemos que la obligación de entregar con periodicidad trimestral nuestros Estados Financieros permiten observar el desenvolvimiento operativo y financiero de la Concesión, en vista de que el Concedente deberá efectuar el pago del Precio por Kilometro Tren (en adelante PKT).

28.- Tal y como se indicó, durante el cuarto trimestre del año 2011, el Concesionario aun no iniciaba sus actividades de explotación debido a causas no imputables a éste. En virtud de ello, la presentación tardía de los estados financieros de dichos periodos no causó ningún daño al interés público, ya que no había recibido ingresos por la explotación de la Concesión.

29.- Es por estas razones que consideramos que no hubo afectación de ningún tipo al Regulador, el Concedente y/o los Usuarios respecto del retraso en la entrega de información, en vista que, como era de público conocimiento, durante el año 2011, no habíamos percibido ingreso alguno. Asimismo, el retraso en la entrega de la información tampoco reportó beneficio alguno al Concesionario, toda vez que no perjudicó cualquier otro compromiso y/o obligación contractualmente asumido".

37. En contraposición a lo expuesto por GyM Ferrovías S.A., en los fundamentos 25 a 29 del escrito de descargo, el Informe N° 682-2012-GS-OSITRAN, establece que *se ha afectado al Concedente por el incumplimiento de una obligación contractual*⁹.
38. Asimismo, otro sujeto afectado con la demora en el suministro de la información es el Regulador, por cuanto limita el cumplimiento de su función de supervisión de gabinete, conforme se había proyectado en el Plan Anual de Supervisión 2012, en consecuencia no pudo efectuar verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Concesionario.

⁹Véase el numeral 13 del Informe 682-2012-GS-OSITRAN

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

39. Tal como, se advierte de lo señalado, la conducta de la empresa Concesionaria es contraria a los compromisos contractuales con que deben actuar las partes, ya que al no haber cumplido con proporcionar la información requerida por el Regulador respecto a la presentación de los Estados Financieros del cuarto trimestre del año 2011, en el plazo establecido en el Contrato de Concesión¹⁰ se ha configurado una demora en el suministro de información, lo que ha afectado el accionar del Regulador, trayendo como consecuencia que no pueda cumplir con su función supervisora que tiene como objeto *velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos de Concesión vinculados a la infraestructura pública nacional de transporte*¹¹.
40. Según lo antes mencionado y, de acuerdo a lo notificado a la empresa concesionaria a través del Oficio N° 5256-13-GSF-OSITRAN, el incumplimiento materia del presente procedimiento, califica como Leve, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 31.2 del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS).
41. Al respecto, cabe mencionar que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 61° del RIS y, teniendo en consideración que GyM Ferrovías S.A. se encuentra ubicada en la primera escala, es decir, dentro de las empresas que cuentan con Ingresos Operativos Anuales menores a 20 mil UIT, el importe de la multa a ser determinada podría alcanzar un máximo de 25 UIT.
42. En ese orden de ideas, se concluye que se **ha acreditado la comisión de la infracción de demora en el suministro de información, respecto a la presentación de los Estados Financieros del cuarto trimestre del año 2011, en el plazo que establece el Numeral 9.4 del Contrato de Concesión**, puesto que, el Concesionario remitió la información requerida el 15 de febrero de 2012, es decir, con dieciséis (16) días calendario fuera del plazo establecido en el Contrato de Concesión, lo que ha afectado el accionar del Regulador, trayendo como consecuencia que no pueda cumplir a cabalidad con su función supervisora.
43. En tal sentido, corresponde determinar la sanción aplicable, conforme a lo señalado en el Artículo 4° del RIS y a los criterios señalados en el numeral 3) del Artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
44. Para efectos de graduar la cuantía de la sanción, se aplicará el artículo 4° de RIS y el Principio de Razonabilidad, establecido en el numeral 3 del Artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, que establecen, en orden de prelación, 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.

Del mismo modo, se tendrá en consideración los efectos de la demora del Concesionario en el suministro de la información, así como la conducta procesal del Concesionario.

¹⁰El Numeral 9.4. del Contrato de Concesión establece el plazo de treinta (30) día calendario de finalizado cada trimestre de cada año, para que el Concesionario entregue al Regulador sus estados financieros de dicho trimestre.

¹¹Reglamento General de OSITRAN, Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificatorias.

OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

En cuanto a la gravedad del daño al interés público o bien jurídico protegido, en el presente caso, cabe tener en cuenta que, de acuerdo al Informe de Hallazgos N° 682-12-GS-OSTRAN, se ha evidenciado una demora en el suministro de la información que ha afectado al Regulador, debido a que no contaron con la información requerida dentro del plazo señalado en el Contrato de Concesión; asimismo, afectó al CONCEDENTE, por el incumplimiento de las obligación contractual previamente suscrita en el Contrato de Concesión.

En ese sentido, conforme al Principio de Vinculación Contractual previsto en el artículo 1361° del Código Civil, los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. En esta medida, se advierte que la conducta del Concesionario no se encuentra circunscrita en los artículos 1361° y 1362° del Código Civil, según los cuales, los contratos son expresión del acuerdo de voluntad común de las partes, mediante los cuales se crean obligaciones de cumplimiento obligatorio en cuanto se haya expresado en ellos, en aplicación del principio *pacta sunt servanda*.

Por tanto, se advierte que la conducta de la concesionaria es contraria al orden contractual establecido, lo cual ha afectado al Regulador, al haber demorado en el suministro de la información requerida, en el plazo que establece el numeral 9.4 del Contrato de Concesión, hecho que hace imperativa la intervención de OSITRAN.

Asimismo, es de aplicación el Principio de Culpabilidad que, tal como lo señala el profesor Baca Oneto²², establece que la culpabilidad²³ es el reproche que se dirige a una persona porque debió actuar de modo distinto a como lo hizo, para lo cual debió tener la posibilidad de actuar de otro modo (es decir, no puede castigarse por no haber realizado un comportamiento imposible), siendo por lo tanto, la exigencia de culpabilidad para sancionar una infracción, deriva de ello que esté implícito un juicio de reproche, que solo sería posible si el autor podía haber actuado de otra manera.

En tal sentido, de la Evaluación de Descargos, surge que el Concesionario GyM Ferrovías S.A., tuvo conocimiento de la obligación de remitir los Estados Financieros trimestrales de la Concesión, así como el plazo otorgado para el suministro de la información, estableciéndose que no hubo interferencias que justifiquen la demora.

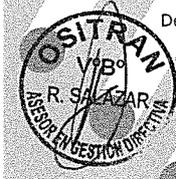
Así también, debemos señalar que el profesor GÓMEZ TOMILLO comenta que para hacer un juicio de reproche a una persona jurídica es preciso verificar que la infracción se cometió debido a un defecto en la organización. Es decir, la culpabilidad como juicio de reproche que se formula frente a una persona jurídica porque ha omitido la adopción de medidas de precaución que les son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no infractor de la actividad relativa al hecho de la empresa. Además, esto requeriría una consideración individualizada de carácter valorativo, caso por caso y sin presunciones de ninguna clase, según la cual la empresa puede liberarse de responsabilidad cuando acredite una correcta organización de cara a evitar ilícitos administrativos²⁴.

²²Victor Sebastián Baca Oneto, Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Piura. Ponencia presentada en el IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo (Mendoza, Argentina) - ¿Responsabilidad Subjetiva en Materia Sancionadora? Una propuesta a partir de nuestro ordenamiento Pág. 8 - 9.

²³El Principio de Culpabilidad engloba ciertas exigencias para que pueda culparse a un sujeto. Así, el Principio de Culpabilidad conlleva los principios de:

- i. **Personalidad de las Penas**, según el cual no puede hacerse responsable a un sujeto por hechos ajenos,
- ii. **Responsabilidad por el Hecho**, según el cual ningún daño puede estimarse relevante si no se produce como consecuencia de una acción,
- iii. **De Dolo o Culpa**, según el cual no basta que el hecho sea materialmente causado por un sujeto para hacerlo responsable, sino que es necesario que haya sido querido (dolo) o se haya producido pese a haberse podido prevé o evitar (culpa o negligencia)
- iv. **Atribuibilidad o Culpabilidad en sentido estricto**, según el cual el autor del hecho doloso o culposo ha de poder atribuirsele a éste, como producto de una motivación racional o normal.

²⁴Victor Sebastian Baca Oneto Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Piura. Ponencia presentada en el IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo Mendoza Argentina - ¿Responsabilidad subjetiva en materia sancionadora? Una propuesta a partir de nuestro ordenamiento Pág. 11.



OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

En atención a ello, podemos advertir que en el presente caso la empresa concesionaria GyM Ferrovías S.A., no ha demostrado idoneidad en el cumplimiento de sus funciones como Concesionario, quedando demostrado que se le puede imputar a dicha empresa concesionaria la culpabilidad por los hechos ocurridos, debido a que estaba dentro de su esfera de conocimiento el poder evitar los sucesos señalados, mediante el uso de medidas correctivas que se encontraban a su alcance.

Esto quiere decir que, para efectos de evitar la responsabilidad y no estar inmerso dentro del principio de culpabilidad, no basta que la empresa concesionaria GyM Ferrovías S.A., alegue aspectos formales como que la toma de la posesión no se configuró en la fecha máxima establecida en el contrato, o que en todo momento colaboraron con el Concedente para la Puesta en Operación Comercial de la Concesión, cuando dichos sucesos no han impedido que se suministre la información requerida (Estados Financieros del cuarto trimestre del año 2011), en el plazo establecido en el Contrato de Concesión.

En ese sentido, en el presente caso, se ha demostrado la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, lo que se tendrá en cuenta al momento de graduar la sanción.

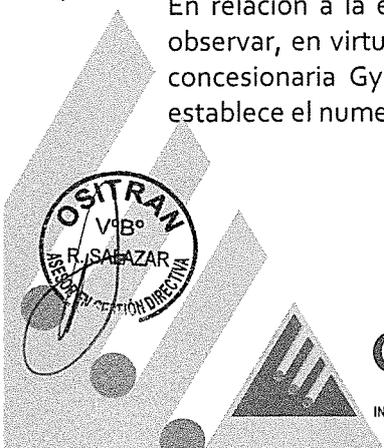
En lo concerniente al perjuicio económico causado, así como al beneficio ilegalmente obtenido, cabe anotar que el Informe de Hallazgos N° 682-2012-GS-OSITRAN, no ha evidenciado el perjuicio económico causado. Sólo hace mención en los numerales 13 y 15 del mencionado informe que los posibles afectados son el Concedente y el Regulador. En tal sentido, se advierte que la demora en el suministro de información limitó la función supervisora de OSITRAN.

Por otro lado, no se aprecian beneficios obtenidos por parte del Concesionario por el retraso en la presentación de los estados financieros del cuarto trimestre 2011. En ese sentido, dicho aspecto se tendrá en cuenta al momento de graduar la sanción.

En relación a la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, se debe mencionar que de la revisión efectuada al Registro de Infracciones y Sanciones aplicadas a las empresas prestadoras, se ha verificado que no existe antecedente, de sanción o conducta similar en años anteriores, para con la empresa concesionaria G y M Ferrovías S.A., por lo que se descarta que exista una conducta repetitiva. En ese sentido, dicho aspecto se tendrá en cuenta al momento de graduar la sanción.

En cuanto a las circunstancias de la comisión de la infracción, se desprende que la empresa Concesionaria tenía conocimiento que debía de remitir los Estados Financieros trimestrales, evidenciándose el no cumplimiento de sus compromisos contractuales, por tanto, se advierte que el Concesionario no tuvo voluntad de cumplir con los plazos establecidos para la remisión de la información, situación que sin duda evidencia un quebrantamiento al principio de buena fe contractual, conducta procedimental y principio de veracidad, lo cual debe ser tomado en cuenta al momento de graduar la sanción.

En relación a la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor, como se podrá observar, en virtud al Principio de Buena Fe contractual, los plazos eran conocidos por la empresa concesionaria GyM Ferrovías S.A.; no obstante ello, no remitió la información en el plazo que establece el numeral 9.4 del Contrato de Concesión.



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Conforme a lo desarrollado en la presente Resolución, los estados Financieros del cuarto trimestre del año 2011, fueron remitidos con un atraso de 16 días calendarios, pero ello no permite asegurar la existencia o no de intencionalidad por parte de GyM Ferrovías S.A.

Sin embargo, la empresa concesionaria GyM Ferrovías S.A., no podría alegar dificultad en el inicio de las actividades de explotación de la infraestructura de transporte, para cumplir dentro del plazo estipulado en la Cláusula 9.4 del Contrato de Concesión, con la remisión del Estado Financiero del cuarto trimestre del 2011. En ese sentido, en el presente caso, dicho aspecto debe ser tomado en cuenta al momento de graduar la sanción.

45. De acuerdo a lo notificado a la empresa concesionaria GyM Ferrovías S.A., mediante el Oficio N° 5226-13-GSF-OSITRAN y, en consideración a que se ha evidenciado que GyM Ferrovías S.A., no suministró el Estado Financiero del cuarto trimestre 2011, en el plazo que establece el numeral 9.4 del Contrato de Concesión, se ha configurado una demora en el suministro de la información que ha afectado el accionar del Regulador, trayendo como consecuencia que se limite la función supervisora mediante la cual se verifica el cumplimiento de las obligaciones contractuales previstas en el Contrato de Concesión, habiendo el Concesionario proporcionado la información requerida con dieciséis (16) días calendario de retraso. En tal sentido, el incumplimiento materia del presente procedimiento califica como infracción Leve, de acuerdo al Artículo 31.2 del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS), por lo que, en aplicación del Artículo 61° del mismo Reglamento, corresponde aplicar como sanción una multa de hasta de 25 UIT.

46. Para la determinación de la sanción se debe considerar entre otros, el Principio de Razonabilidad para graduar la sanción, teniendo en cuenta la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; el perjuicio económico causado; la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción; las circunstancias de la comisión de la infracción; el beneficio ilegalmente obtenido; efectos en la calidad del servicio a los usuarios; y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

47. Asimismo, se debe prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que incumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

48. En consecuencia, teniendo en consideración los agravantes y atenuantes, así como el objeto y finalidad de la sanción administrativa que es el de adecuar las conductas al cumplimiento de las normas emitidas para disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados, se considera que es proporcional imponer como sanción una multa de cinco (05) UIT a la empresa concesionaria GyM Ferrovías S.A, por el incumplimiento detectado.

49. Luego de la revisión del informe de vistos, esta Gerencia lo hace suyo y, en consecuencia, lo incorpora íntegramente a la parte considerativa de la presente Resolución;

En ejercicio de la atribución establecida por el Numeral 16 de las Funciones Generales de la Gerencia General, del Manual de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado por Resolución del Consejo Directivo N° 006-2007-CD-OSITRAN y modificado mediante Resoluciones de Consejo Directivo N° 009-2009-CD-OSITRAN y N° 067-2013-CD-OSITRAN, conforme a la cual corresponde a la Gerencia General resolver en primera instancia el procedimiento administrativo sancionador;

OSITRAN
R. SALAZAR
GERENCIA GENERAL

OSITRAN

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

SE RESUELVE:

Artículo 1º.-Declarar que la empresa Concesionaria GyM Ferrovías S.A., incumplió el Numeral 9.4 del Contrato de Concesión, por demorar en el suministro de información referente a la remisión del Estado Financiero del cuarto trimestre del año 2011, en el plazo que establece dicho contrato;

Artículo 2º.-Imponer a la empresa Concesionaria GyM Ferrovías S.A., como sanción, por el incumplimiento referido en el artículo 1º de la presente Resolución, una multa equivalente a cinco (05) UIT, la misma que deberá ser pagada dentro del plazo establecido en el Artículo 75º del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS).

Artículo 3º.- Notificar la presente Resolución a la empresa GyM Ferrovías S.A., adjuntando el Informe N° 275-2014-GSF-OSITRAN.

Artículo 4º.-GyM Ferrovías S.A., en aplicación del principio del debido procedimiento administrativo, de considerarlo pertinente, puede ejercer los recursos correspondientes, en los términos dispuestos por el artículo 70º del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN (RIS).

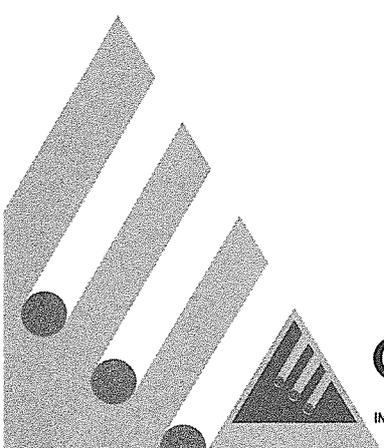
Artículo 5º.- Hacer de conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN la presente Resolución.

Regístrese, Comuníquese y Archívese



WILLIAM BRYSON BUTRICA
Gerente General (e)

Reg. Sal. GG: N° 4162-14



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

