

Resolución de Gerencia General

Nº 028 -2009-GG-OSITRAN

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

PROCEDENCIA : Gerencia de Supervisión (GS)
ENTIDAD PRESTADORA : Concesionaria IIRSA NORTE .S.A.
MATERIA : Procedimiento Administrativo Sancionador notificado a la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A., mediante el Oficio Nº 360-09-GS-OSITRAN, por el presunto incumplimiento de la obligación establecida en el inciso d.1) del literal d) de la Cláusula 8.24 del Contrato de Concesión.

Lima, 04 de junio de 2009

VISTOS:

El Expediente Sancionador Nº 01-2009-GS-OSITRAN remitido por la Gerencia de Supervisión, mediante Informe Nº 411-09-GS-OSITRAN, de fecha 21 de mayo de 2008, a través del cual se evalúan los descargos presentados por la empresa Concesionaria IIRSA NORTE S.A. y;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 17 de junio de 2005 se suscribió el Contrato de Concesión de las Obras y el Mantenimiento de los Tramos Viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del “Plan de Acción para la Integración de Infraestructura Regional de Sudamérica – IIRSA” (en adelante, el Contrato de Concesión) entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC, y la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A. (en adelante IIRSA Norte)
2. Mediante Carta Nº 394-CINSA-OSITRAN, de fecha 7 abril de 2008, IIRSA Norte remite al OSITRAN el Informe de recaudación de peajes correspondiente al trimestre (Enero-Marzo de 2008).
3. Mediante Carta Nº 399-CINSA-OSITRAN de fecha 11 de abril de 2008, IIRSA Norte remite un complemento al informe de recaudación de peajes correspondiente al trimestre (Enero-Marzo 2008) en la cual informa que:

*i) Existen ingresos por peaje (Jaén) **que no reportó en el Informe del trimestre octubre-diciembre del 2007**, donde correspondía reportar, y por*

tanto deben ser considerados para el Informe del trimestre enero-marzo del 2008 y,

*ii) Que existen ingresos por estaciones de peaje para el trimestre enero-marzo del 2008 **que no reportó en su Carta N° 394-CINSA-OSITRAN** de fecha 07 de abril de 2008.*

4. Mediante Nota N° 380-08-GS-OSITRAN, de fecha 09 de mayo de 2008 la Gerencia de Supervisión deja evidenciado los hechos respecto que la concesionaria IIRSA Norte no reportó información completa en los informes de recaudación de peajes para el pago del PAMO del trimestre octubre-diciembre de 2007 y enero-marzo de 2008.
5. Con fecha 07 de enero de 2009 la Gerencia de Supervisión recibe el Informe N° 008-09-GS-OSITRAN, mediante el cual se sustenta el hallazgo materia del presente informe.
6. El día 04 de febrero de 2009, mediante Oficio N° 360-09-GS-OSITRAN se notificó a la concesionaria IIRSA Norte, el presunto incumplimiento al que habría incurrido y en base al Informe N° 008-09-GS-OSITRAN se le notifica que:

“(…)

Habría incumplido con la presentación de la información correspondiente a los ingresos por peaje del trimestre de octubre-diciembre del 2007 y los correspondientes al trimestre de enero-marzo del 2008 en las condiciones y plazo que establece el Inciso d). 1 de la Cláusula 8.24 del Contrato de Concesión.

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

(…)”

7. El 09 de febrero de 2009, mediante Carta N° 627-CINSA-OSITRAN, la concesionaria IIRSA Norte solicita la ampliación de cinco (5) días hábiles, para la presentación de descargos, de acuerdo a lo señalado en el artículo 66.5° del RIS.
8. Con el Oficio N° 486-09-GS-OSITRAN recibido por la empresa concesionaria el 12 de febrero de 2009, se le otorga la ampliación de plazo solicitado.
9. El día 25 de febrero de 2009, mediante Carta N° 644-CINSA-OSITRAN, se recibió de la concesionaria IIRSA Norte, su escrito de descargos.
10. Mediante el Oficio N° 1005-09-GS-OSITRAN, se comunica a la concesionaria IIRSA Norte que la Gerencia de Supervisión haciendo uso de la facultad establecida en el Artículo N° 66.6° del RIS, inició un periodo de pruebas y le solicita remita información adicional a los descargos remitidos, respecto a los conflictos sociales que llevaron a la firma de un Acuerdo Provisional con la Municipalidad de Pomahuaca.

11. El día 02 de abril de 2009, en respuesta del oficio mencionado en el numeral anterior, mediante Carta N° 677-CINSA-OSITRAN, la concesionaria IIRSA Norte remitió información para el correspondiente análisis.

II. ANÁLISIS

- De la Obligación contractual:

12. El Contrato de Concesión en lo referente al Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO) señala lo siguiente:

“Modalidad

*2.6.- La modalidad del Contrato es cofinanciada, de conformidad con lo señalado en el Literal c) del Artículo 14 del TUO.
(...)”*

“Régimen Económico: Aportes al CONCESIONARIO

8.21.- De acuerdo a lo estipulado en la oferta económica del Adjudicatario, el Estado de la República del Perú se obliga a pagar al CONCESIONARIO, en Dólares de los Estados Unidos de América, los siguientes conceptos por la Concesión que toma a su cargo:

(...)

b) Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO): Cuota anual que asciende a la suma de US\$.15 290 534,00 (Quince Millones Doscientos Noventa Mil Quinientos Treinta y Cuatro con 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América) aplicable a partir de la fecha de inicio de Explotación y hasta el final de la Concesión, de acuerdo a lo indicado en el Literal d) de la Cláusula 8.24 ...

(...).”

“Régimen Económico: Pago Anual Por Mantenimiento y Operación (PAMO) y Pago por Mantenimiento Periódico (PAMAP)

8.24.- A. Pago Anual por Mantenimiento y Operación (PAMO). Es la retribución económica que efectuará el CONCEDENTE al CONCESIONARIO por efectuar la

Conservación, el Mantenimiento Rutinario y la Explotación de las vías de los Tramos de la Concesión.

Esta retribución económica se ajustará al siguiente procedimiento:

a) El CONCEDENTE efectuará los pagos por concepto de PAMO, a partir de la fecha de inicio de Explotación, de acuerdo a lo establecido en el Literal b) de la Cláusula 8.21...

(...)

d) Para efectos de este pago PAMO, se establecerá el siguiente procedimiento:

*d.1.- Los primeros cinco (05) Días de los meses de Enero, Abril, Julio y Octubre de cada año calendario, el CONCESIONARIO deberá enviar un informe al REGULADOR, con el **detalle de la recaudación por Peajes** en el trimestre anterior.*

d.2.- La recaudación por Peajes trimestrales, descontando el porcentaje de los peajes a que se refiere la Cláusula 10.6 será depositada en la cuenta del fideicomiso señalada en la Cláusula 18.5, a los efectos de que este fondo sirva para efectuar los pagos correspondientes al PAMO a que tiene derecho el CONCESIONARIO, según corresponda.

(...)

d.3.- Para que el CONCEDENTE proceda a realizar el pago indicado en el acápite anterior, el REGULADOR, a más tardar a los diez (10) Días de recibido el informe indicado en el Acápite d.1, deberá haber aprobado el informe con el detalle de la recaudación de Peajes en el trimestre anterior y verificado el cumplimiento de los niveles de servicio de la vía de acuerdo a lo estipulado en el Anexo I del presente Contrato.

d.4.- Aprobado por el REGULADOR el cumplimiento de niveles de servicio de acuerdo a lo señalado en el acápite anterior, el CONCEDENTE pagará al CONCESIONARIO el monto indicado en el Acápite d.3, en un plazo no superior a los 20 Días, a partir de la recepción del informe indicado en el Acápite d.1.

(...)

d.6.- El retraso de cualquiera de las Partes en el pago de las cuotas generará un interés anual a tasa LIBOR 180 Días Calendario + 2% desde el Día Calendario del vencimiento hasta la fecha del efectivo pago.”

(El resaltado y subrayado es nuestro)

- De la tipificación efectuada por OSITRAN:

13. Mediante el Oficio N° 360-09-GS-OSITRAN se le notificó a la concesionaria IIRSA Norte, que el presunto incumplimiento de la obligación establecida en el inciso d). 1 de la Cláusula 8.24 del Contrato de Concesión, se encuentra tipificado en el Artículo 38° del RIS, el cual señala lo siguiente:

“Artículo 38°.- No entregar información

*La Entidad Prestadora que en relación a OSITRAN o a terceros que actúen con su autorización, **no entregue**, o lo haga con tardanza significativa, la información y/o documentación en las condiciones y plazos a que se contraen los Contratos de Concesión y documentos conexos o la legislación aplicable, incurrirá en infracción grave.*

(El resaltado y subrayado es nuestro)

- De los descargos e información presentada:

14. A continuación se procederá a analizar los descargos e información complementaria presentada por la empresa IIRSA Norte:

- a) De los Hechos que sustentan el procedimiento
- b) Del cumplimiento de la presentación de información en forma oportuna
- c) De la tipificación de la infracción
- d) De los principios de razonabilidad, proporcionalidad y oportunidad como requisitos de validez y límite a la actuación de OSITRAN
- e) De la obligación de abstenerse a solicitar una sanción
- f) Del inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador

- Con respecto al literal a) De los Hechos que sustentan el procedimiento

15. Sobre el particular, en su escrito de descargos IIRSA Norte hace una narración de los hechos suscitados en el presente caso. Es así que, en el numeral 1.12 señala lo siguiente:

“(…)

De acuerdo a los términos del Oficio, la infracción incurrida es aquella tipificada en el artículo 38° del RIS, consistente en entregar a OSITRAN con una tardanza

*significativa, la información y/o documentación en las condiciones y plazos a que se contraen los contratos de concesión y documentos conexos.
(...)”*

16. Respecto a este punto, debemos manifestar que, si bien es cierto, el mencionado artículo considera la tardanza significativa en la entrega de información; advierte además que, la tipificación de la conducta se realizará cuando la entidad Prestadora, **no entregue la información y/o documentación en las condiciones y plazos** a que se contraen los contratos de concesión, como es el presente caso.
17. En virtud a ello, debe quedar claro, que para el presente caso, la conducta que ha presentado la empresa IIRSA Norte, es no haber entregado la documentación concerniente a los ingresos por peaje del trimestre de octubre-diciembre de 2007 y del trimestre enero-marzo de 2008, **en las condiciones y plazo establecido en el Contrato de Concesión.**
- **Con respecto al literal b) Del cumplimiento de la presentación de información en forma oportuna.**
18. La concesionaria IIRSA Norte señala en el tercer párrafo del numeral 2.1 de su escrito de descargos que:

“(...) La información que fue presentada mediante la Carta N° 399-CINSA-OSITRAN no corresponde a la recaudación de peajes, sino al importe que la Concesionaria se obligó a asumir frente a los pobladores de Pomahuaca, en el marco del Acuerdo Provisional...”
19. Al respecto cabe mencionar que dicho acuerdo provisional fue solicitado por OSITRAN dentro del periodo de pruebas iniciado para el presente caso, el cual fue adjuntado como anexo 2-G de la Carta N° 677-CINSA-OSITRAN presentada por IIRSA Norte.
20. El citado acuerdo provisional firmado entre la Municipalidad de Pomahuaca y la empresa IIRSA Norte, establece una división de la Tarifa Básica para cada una de las partes, considerando una tarifa reducida de S/. 0.50 céntimos a ser asumida por los transportistas, mientras que los S/. 4.00 Nuevos Soles restantes serían asumidos por la empresa concesionaria, de manera tal que se complete el importe de S/. 4.50 soles que constituye la tarifa del peaje establecida en el Contrato de Concesión.
21. Al respecto, si bien es cierto que bajo las condiciones del acuerdo suscrito, la empresa concesionaria asumió la diferencia entre el monto de la tarifa del peaje y la mencionada tarifa reducida, dicho accionar no la exonera de la obligación contenida en el inciso d.1) del literal d) de la Cláusula 8.24 del Contrato de Concesión de enviar un informe con el detalle de la recaudación por Peajes del trimestre anterior a OSITRAN.

22. Sobre el particular, es necesario establecer que la recaudación por peajes implica aquella que resulta de la cantidad de vehículos que transitan por las unidades de peaje, multiplicada por la tarifa establecida en el Contrato de Concesión, considerando en algunos casos, las tarifas diferenciadas que fueron aprobados por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
23. Por lo tanto, el hecho de haber declarado en el informe trimestral, tal como lo de acuerdo a lo manifestado por la empresa concesionaria, lo que había recaudado en la estación de peaje en mención, considerando unas tarifas no aprobadas, no implica el cumplimiento de la obligación mencionada anteriormente.
24. Queda claro de acuerdo a lo que se está analizando que, la empresa concesionaria asumió una parte de la tarifa del peaje, lo que significaría también que se recaudó aquel monto correspondiente al tráfico vehicular generado en el marco del citado acuerdo.
25. En tal sentido, al no haberse declarado dicho monto dentro de los informes trimestrales a los que correspondían, se configura un incumplimiento a las condiciones con las cuales debieron ser presentadas, es decir aquella condición intrínseca que obliga a declarar la totalidad del monto correspondiente al peaje, al margen de existir cualquier acuerdo de por medio.
26. Además de ello, respecto a los informes trimestrales correspondientes al periodo octubre-diciembre de 2007 y enero-marzo de 2008, no se puede considerar que hayan sido presentados en las condiciones establecidas, ya que éstas no reunían el total del monto del peaje para cada trimestre, en consecuencia, pese haber subsanado dicha omisión, no se efectuó dentro del plazo establecido en el contrato, es decir dentro de los primeros cinco días de los meses que corresponde a cada trimestre.
27. Entiéndase entonces, que la condición a la que nos referimos, es aquella que versa sobre la recaudación de los peajes por trimestre, que comprende toda aquella ingresada con ocasión del flujo vehicular de la carretera, la cual es recaudada en las garitas de peaje correspondiente y aquella que se comprometió asumir por parte de la empresa concesionaria.

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

De la tipificación efectuada de manera incorrecta

28. De acuerdo a lo manifestado por la empresa concesionaria, 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 la retribución que percibe la Concesionaria por la operación y mantenimiento de la vía, como es el caso del PAMO.

29. Adicionalmente, la empresa concesionaria señala que la presentación de informes trimestrales de recaudación se trata de una obligación contractualmente prevista destinada a que el Regulador emita opinión técnica y aun cuando indirectamente pudiera afirmarse su vinculación con las acciones de supervisión, no se enmarca en un procedimiento específico de supervisión.
30. 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:

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)

31. Esto quiere decir que, dentro de las acciones de supervisión, se encuentra la **supervisión de las obligaciones contractuales** de aquellos aspectos operativos, comerciales y administrativos, que para el presente caso, involucra la verificación al cumplimiento de la entrega, de la información que contiene el detalle de la recaudación por peajes de las Concesionarias, y los plazos que señalan el contrato de Concesión.
32. 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.
33. Así también, la concesionaria IIRSA Norte manifiesta que de 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 procedimientos de supervisión regulados por el Reglamento General de Supervisión.

34. Respecto de este punto debemos señalar que no es preciso lo señalado por la empresa concesionaria, debido a que de la lectura del Artículo 2° 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 contractuales, que involucra para el presente caso, la verificación de la entrega de la información, por parte de las entidades prestadoras, dentro de los plazos que señala el Contrato de Concesión.

De la tipificación específica

35. Además, la concesionaria IIRSA Norte señala que existe una infracción específica para la entrega de información, dentro de la cual estaría la de entrega de información sobre el detalle de la recaudación por peajes, señalando que en este caso, la demora en entrega de la información estaría contemplado dentro del Artículo 31° del RIS, llevándola a centrarse en el Artículo 31.2°, el cual conlleva a una infracción Leve.
36. Respecto a este punto, debemos manifestar que en la transcripción del artículo 30.1° del RIS señalado por la empresa concesionaria, 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.**”*

37. La transcripción completa 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 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)

38. Como bien se puede apreciar, justamente lo que continúa luego de los puntos suspensivos en el numeral 30.1 del RIS citado por IIRSA Norte, 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.
39. En tal sentido, en el presente caso no se requirió por escrito la información concerniente al informe trimestral de recaudación de peajes, debido a que se trata de una obligación contenida en el Contrato de Concesión, la cual no necesita de un requerimiento formal para su cumplimiento. Por lo tanto, no se puede aplicar lo contenido en el artículo 31.2° del RIS, debido a que el supuesto argumentado por la empresa concesionaria no estaría enmarcado dentro los alcances del artículo 30° del RIS.
40. Por lo tanto, la tipificación efectuada y comunicada en el Oficio N° 360-09-GS-OSITRAN recibido por la empresa concesionaria el 04 de febrero de 2009, es la correcta.
- **Con respecto del literal d) De los principios de razonabilidad, proporcionalidad y oportunidad como requisitos de validez y límite a la actuación de OSITRAN**
41. Mediante su escrito de descargos, la concesionaria IIRSA Norte, indica que los actos administrativos sancionatorios sólo serán válidos en la medida que se respeten los principios constitucionales básicos, entre los que destacan los de razonabilidad y proporcionalidad, establecidos en el Artículo 230° de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Por lo que OSITRAN está obligado a respetar dichos principios, de lo contrario los actos administrativos sancionatorios emitidos por este, serían ilegales e inconstitucionales y, consecuentemente estarían viciados de nulidad.
42. Así mismo, señala que:
- “En consecuencia, tanto los efectos de la infracción, es decir, el perjuicio causado, como el eventual beneficio que se pudiera haber obtenido de tal infracción, son elementos fundamentales que condicionan la actuación de la autoridad y resultan determinantes al decidir la aplicación de una sanción; al punto que ésta no deberá aplicarse en caso que estos elementos no se presenten”.*
43. Sobre el particular cabe mencionar que la potestad sancionadora otorgada a la Administración Pública debe ser ejercida necesariamente dentro de los parámetros fijados por el ordenamiento y conforme a los principios que deben inspirar el ejercicio del poder punitivo del estado

44. En este sentido, las sanciones de tipo administrativo tienen por principal objeto disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados, siendo el fin de las sanciones, en último extremo, adecuar las conductas al cumplimiento de determinadas normas.
 45. Por ello, en este mismo orden de ideas, para la aplicación de una sanción administrativa debe tenerse en cuenta que en muchos supuestos no se requiere que una conducta genere un daño efectivo para que sea calificada como infracción y sea sancionada.
 46. En tales casos, la potencial afectación al bien jurídico protegido¹ por la norma, justifica que se sancione la conducta. Un ejemplo de ello son las infracciones de tránsito por exceso de velocidad, en ellas no se requiere que el conductor haya atropellado a algún peatón u ocasionado un choque para imponerle una sanción, bastará que se verifique la conducta infractora, en atención a los efectos potenciales de su conducta sobre los bienes jurídicos protegidos por las normas de tránsito, como son la seguridad de los peatones y conductores.
 47. En virtud de ello, el artículo 230º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, al desarrollar el principio de razonabilidad, señala que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.
 48. Por lo tanto, OSITRAN sí considera en todo momento los principios mencionados en todo el Procedimiento Administrativo Sancionador, y más aún como es en el presente caso, en la oportunidad donde deben ser aplicados, vale decir, para la emisión de la Resolución de Sanción que considera entre otros el análisis de los hechos, como de los descargos de la entidad del supuesto incumplimiento.
 49. Es decir, no se puede referir a que dichos principios no se han tomado en consideración si el proceso se encuentra en su etapa de evaluación de descargos, luego del cual culmina con la propuesta de Resolución a la Gerencia General quien es el órgano encargado de emitir la resolución de sanción o archivo correspondiente.
- **Con respecto a los literales e) y f) De la obligación de abstenerse a solicitar una sanción; y Del Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador**
50. Respecto de estos puntos, la concesionaria IIRSA Norte indica que en el Artículo 68º-A del RIS se contempla la posibilidad de no dar inicio al procedimiento administrativo sancionador cuando se logra determinar que no amerita el inicio de éste como consecuencia de un análisis costo beneficio y de establecer que no se ha generado un grave daño a los usuarios o al interés público, por lo que a su entender no corresponde iniciar el Procedimiento Administrativo Sancionador.

¹ **Bien Jurídico Protegido:** Roxin dice- Circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. Felipe A. Villavicencio Terreros – Pág. 100 Editora Jurídica Grijley – 2006.

51. Al respecto, debemos mencionar que el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN señala que la Gerencia General, excepcionalmente tiene la facultad de no dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador en el caso de que luego del análisis efectuado se determine que no amerite tal acción.
52. Sobre ello, cabe mencionar que dicha decisión debe estar amparada en un documento justificatorio, donde se exprese los elementos por los cuales se considera que no es necesario la apertura del procedimiento sancionador.
53. En el caso de autos, lo que se ha elaborado es un informe de hallazgo, el cual recomienda evaluar el inicio del Procedimiento Sancionador, y no la recomendación de su no apertura. Por lo tanto, el artículo 68-A° en este caso no resulta aplicable.
54. Según lo antes mencionado, de acuerdo a lo notificado a la empresa concesionaria a través del Oficio N° 360-09-GS-OSITRAN, el incumplimiento materia del presente procedimiento, califica como Grave, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 38° de el Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS).
55. Al respecto, cabe mencionar que de acuerdo a lo que establece el artículo 61° del RIS, y teniendo en consideración que la concesionaria IIRSA Norte se encuentra ubicada en la primera escala, es decir, dentro de las empresas que cuentan con Ingresos Operativos Anuales menores a 20 mil UIT, la multa a ser determinada podría alcanzar un máximo de 60 UIT, el cual dependerá del análisis que se efectúe de los hechos, teniendo en cuenta los agravantes y atenuantes inherentes al presente caso.
56. En ese orden de ideas, habiéndose acreditado la comisión de la infracción tipificada en el artículo 38° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS), corresponde determinar la sanción aplicable:
- i) **El principio de razonabilidad para graduar la sanción, teniendo en cuenta la existencia o no de intencionalidad.-** Como se podrá observar, en virtud de lo establecido en el Contrato de Concesión, la Concesionaria conocía perfectamente el momento, forma, condición y plazo en que debía presentar el informe trimestral de la recaudación de peajes, no obstante ello, incumplió la condición y plazo establecido en el contrato de concesión, asimismo, al mencionar que los informes trimestrales correspondientes al periodo octubre-diciembre de 2007 y enero- marzo de 2008 no fueron presentados en las condiciones y plazos establecidos, nos referimos a que debieron considerar lo recaudado en el marco del acuerdo provisional celebrado con la municipalidad de Pomahuaca. Si bien lo sucedido no nos permite afirmar si existió o no intencionalidad, lo que si se evidencia es que hubo negligencia por parte de la concesionaria IIRSA Norte para el cumplimiento de la obligación contractual aludida.
 - ii) **El perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición de la comisión de infracción.-** En el presente caso, cabe tener en

cuenta que la infracción se cometió en circunstancias en que la concesionaria IIRSA Norte se encontraba, de acuerdo a lo manifestado por ellos, dentro de un conflicto social que lo llevó a celebrar un acuerdo provisional donde se comprometía subsidiar parte del monto del peaje que correspondería pagar a la Comunidad de Pomahuaca, sin embargo, no cumplió con la obligación de consignar la información correspondiente a la recaudación efectuada en el marco de este acuerdo. En tal sentido, no cumplió con la obligación establecida en el contrato de concesión, por cuanto no presentó en las condiciones y plazo establecidos, asimismo 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 de la concesionaria es contraria al orden contractual establecido, lo cual ha perturbado al Regulador, por cuanto al recibir información que no reúne las condiciones establecidas, genera que éste emita opiniones y/o informes que no se ajustan a los hechos ocurridos y por lo tanto a efectos del cálculo del PAMO genera un incremento en el monto que corresponde abonar al concedente por este concepto; por ello, corresponde la aplicación del RIS. No obstante, para la graduación de la sanción pecuniaria, ha de tenerse presente que no se ha evidenciado en los presentes autos que se haya ocasionado perjuicio económico a los usuarios finales, los usuarios intermedios, sin embargo como se menciono antes, si ha generado un perjuicio económico al Estado Peruano representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su calidad de concedente, quien tuvo que abonar un monto adicional de S/. 4,880.67 Nuevos Soles del PAMO para el trimestre correspondiente a octubre-diciembre de 2007, empero cabe agregar, que si bien es cierto estos ingresos han sido reportados en el trimestre siguiente, ello no enerva el costo financiero generado para el Concedente; contrario a ello pese a no haber presentado la información correspondiente al informe trimestral de recaudación de peajes correspondiente al trimestre enero- marzo de 2008 por S/. 6,239.92 Nuevos Soles, no existió afectación directa al Concedente, ya que complementó la información correspondiente a dicho trimestre antes de que OSITRAN emita su informe de aprobación correspondiente; por otra parte el incumplimiento incurrido, al haber sido subsanado con la información complementaria remitida, no evidencia que la concesionaria IIRSA Norte haya obtenido beneficios adicionales.

- iii) **La finalidad de la Sanción Pecuniaria.-** Tal como se ha mencionado anteriormente para la aplicación de una sanción administrativa, como son las multas, debe tenerse en cuenta que la sanción debe cumplir la finalidad de desincentivar la conducta infractora, por lo que en el presente caso corresponde imponer una multa que sea capaz de disuadir a la Concesionaria a cumplir oportunamente y sin necesidad de requerimiento previo alguno, las obligaciones contractuales asumidas.

57. Por tal motivo, la Gerencia de Supervisión mediante Informe N° 441-09-GS-OSITRAN recomienda imponer como sanción una multa ascendente a tres (3) UIT a la concesionaria IIRSA Norte, por haber incumplido con la presentación de la documentación correspondiente al informe trimestral de recaudación de peajes en las condiciones y plazos establecidos en el inciso d.1) del literal d) de la Cláusula 8.24 del Contrato de Concesión.
58. 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;
59. 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, la Gerencia General,

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A., no cumplió con la condición y plazos establecidos en el inciso d.1) del literal d) de la Cláusula 8.24 del Contrato de Concesión, para la presentación del informe que contiene el detalle de la recaudación trimestral por Peajes, tipificado en el artículo 38° de el RIS como una infracción GRAVE.

SEGUNDO: Imponer a la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A., como sanción, por el incumplimiento referido en el artículo primero de la presente Resolución, una multa equivalente a tres (3) UIT, la misma que deberá ser pagada dentro del plazo establecido en el Artículo 75° de el RIS.

TERCERO: Notificar la presente Resolución a la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A.

CUARTO: Hacer de conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de la Gerencia de Supervisión de OSITRAN la presente Resolución.

Regístrese, Comuníquese y Archívese

JORGE MONTESINOS CÓRDOVA
Gerente General