

Resolución de Gerencia General

Nº 018-2009-GG-OSITRAN

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

PROCEDENCIA : Gerencia de Supervisión (GS)
ENTIDAD PRESTADORA : Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 3 .S.A.
MATERIA : Incumplimiento de la presentación del Inventario Anual de bienes de la Concesión, fuera del plazo establecido en la Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión.

Lima, 31 de marzo de 2009

VISTOS:

El Expediente Sancionador Nº 09-2009-GS-OSITRAN remitido por la Gerencia de Supervisión, mediante Informe Nº 234-09-GS-OSITRAN, de fecha 17 de marzo de 2008, a través del cual se evalúan los descargos presentados por la empresa Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 .S.A. y;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 4 de Agosto del 2005 se firmó el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Vial del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil Tramo 3: Inambari-Iñapari.
2. Con fecha 10 de junio de 2008, se le remite a la empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 3 S.A. el Oficio Nº 1423-08-GS-OSITRAN, mediante el cual se le informa que el día para que presenten el Inventario Anual de Bienes es el 04 de agosto de 2008.
3. Mediante la Carta Nº 335-CIST2-OSITRAN, recibida por OSITRAN el 13 de agosto de 2008, la empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 3 S.A. comunica que requiere de 90 días hábiles para presentar el Inventario Anual.
4. A través del Oficio Nº 2333-08-GS-OSITRAN, recibido por la empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 3 S.A. el 21 de agosto de 2008, OSITRAN solicita el sustento del plazo requerido en el párrafo anterior.

5. Con el Oficio N° 3197-08-GS-OSITRAN recibido por la empresa concesionaria el 29 de octubre de 2008, se le da un plazo perentorio de cinco (5) días hábiles para que presenten el Inventario Anual de los Bienes.
6. El día 31 de octubre del 2008, la empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 3 S.A. nos hace llegar el Inventario Anual de los Bienes de la Concesión.
7. Mediante el Oficio N° 0223-09-GS-OSITRAN, recibido el 27 de enero de 2009, se notificó el Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS) que se establece en el artículo 66.3° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) de OSITRAN, y en base al Informe N° 878-08-GS-OSITRAN, se le notifica a la empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 3 S.A. que:

Habría incumplido con la presentación del Inventario Anual de Bienes de la Concesión dentro del plazo establecido en la Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión.

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

8. El 05 de febrero de 2009 mediante la Carta N° 400-CIST3-OSITRAN, la empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 3 S.A. solicita la ampliación de cinco (5) días hábiles, para la presentación de los descargos correspondientes, de acuerdo a lo señalado en el artículo 66.5° del RIS.
9. Con el Oficio N° 459-09-GS-OSITRAN recibido por la empresa concesionaria el 10 de febrero de 2009, se le otorga la ampliación de plazo solicitada.
10. El día 17 de febrero de 2009, mediante Carta N° 405-CIST3-OSITRAN, se recibió de la empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 3 S.A. su escrito de descargos.

II. ANÁLISIS

- De la Obligación contractual:

11. En primer lugar, para efectos del presente análisis se transcribirá la cláusula del Contrato de Concesión que habría sido incumplida por la empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 3 S.A.:
12. La cláusula 1.6 del Contrato de Concesión establece lo siguiente con respecto al Inventario Anual:

“Inventarios

Son los Inventarios Inicial, de Obra, Anual y Final elaborados y presentados conforme a los términos siguientes:

- a) *Inventario Inicial.- Es el listado de los Bienes Reversibles que el CONCEDENTE entrega al CONCESIONARIO, a efectos de iniciar la Explotación de la Concesión. El Inventario Inicial formará parte del Acta Integral de Entrega de los Bienes.*
- b) *Inventario de Obra.- Es el listado de los Bienes Reversibles correspondiente a cualquier Obra que se ejecute durante la Concesión, que en oportunidad de su culminación, será presentado por el CONCESIONARIO al REGULADOR.*
- c) *Inventario Anual.- Es el listado de los Bienes Reversibles y no Reversibles con los que cuenta el CONCESIONARIO a las fechas de cierre anual de cada año de vigencia del Contrato hasta su caducidad*
- d) *Inventario Final.- Es el listado de los Bienes Reversibles y no Reversibles con los que cuenta el CONCESIONARIO a la fecha de caducidad de la Concesión.”*
(El subrayado y negrita es nuestro).

13. Como podrá observarse, el Inventario Anual de Bienes de la Concesión debe ser elaborado y presentado en la fecha de cierre anual de cada año de vigencia del Contrato de Concesión hasta su caducidad. Por lo tanto, considerando para los presentes autos, que el mencionado contrato fue suscrito con fecha 04 de Agosto del 2005, la presentación del inventario mencionado corresponde efectuarse el 04 de Agosto de cada año de vigencia del Contrato de Concesión.

- De la Tipificación efectuada por OSITRAN:

14. Mediante el Oficio N° 0223-09-GS-OSITRAN se le notificó a la empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 3 S. A, que la presentación del Inventario Anual de Bienes de la Concesión fuera del plazo establecido en la Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión, estaba 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.”

- De los Descargos presentados:

15. A continuación se procederá a analizar los descargos presentados por la empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 3 S.A.:

- a) De la tipificación de la infracción
- b) De los principios de razonabilidad, proporcionalidad y oportunidad como requisitos de validez y límite a la actuación de OSITRAN.
- c) De la obligación de abstenerse a solicitar una sanción
- d) Del inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador

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

De la tipificación efectuada de manera incorrecta

16. De acuerdo a lo señalado por la empresa concesionaria, la tipificación habría sido efectuada de manera incorrecta, debido a que se trata de una obligación contractualmente prevista, que si bien está relacionada con las acciones de supervisión, no se enmarca en un procedimiento específico de supervisión. Al respecto, señala:

“En el caso de la presentación de los Inventarios Anuales, se trata de una obligación contractualmente prevista que si bien está relacionada con las acciones de supervisión no se enmarca en un procedimiento específico de supervisión, procedimientos cuyo cumplimiento es el objeto que finalmente buscan alcanzar las infracciones tipificadas en el mencionado Capítulo VI del RIS”

17. Respecto de este punto debemos manifestar que el Reglamento General de Supervisión aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 36-2004-CD-OSITRAN, en su artículo 2° 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)

18. Asimismo, dicho Reglamento señala en su artículo 23° que dentro de las actividades de supervisión de aspectos administrativos y financieros, se encuentra la de verificar los

documentos correspondientes a las obligaciones contractuales referidas al inventario de bienes, de la siguiente manera:

“Artículo N° 23.- Supervisión de aspectos administrativos y financieros

Las actividades para la supervisión de los aspectos administrativos están orientadas a:

a) **Verificar que los documentos correspondientes a las obligaciones contractuales referidas a la vigencia de las pólizas de seguro y cartas fianza, entrega de información financiera, inventario de bienes y similares, se emitan de acuerdo a lo contractualmente establecido....”**

(El subrayado y negrita es nuestro)

19. Esto quiere decir que dentro de las actividades de supervisión de aspectos administrativos y financieros se encuentra la de verificar la presentación de Inventarios de Bienes de la Concesión. Por lo tanto, no es correcto lo afirmado por la empresa concesionaria respecto a que la presentación del Inventario de Bienes de la Concesión no se enmarca en un procedimiento específico de supervisión, por parte de OSITRAN.

De la tipificación específica

20. Además, la concesionaria señala que existe una infracción específica para la entrega de información relativa a bienes e inversiones, dentro de la cual se encontraría la referida a la entrega de los inventarios de bienes de la concesión, señalando que en este caso de demora en la entrega de información estaría contemplada dentro del Artículo 31° del RIS, llevándola a centrarse en el Artículo 31.2°, lo cual conlleva a una infracción Leve.
21. Respecto a la tipificación específica, debemos manifestar que la transcripción del artículo 30.1° del RIS señalado por la empresa concesionaria, se ha realizado de manera parcial, pues solo se ha señalado lo siguiente:

“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 público, tasa de regulación, bienes, inversiones, seguridad de las personas, medio ambiente, información estadística y/u otros, incurrirá en infracción grave.”**

22. La transcripción completa del artículo 30° del RIS es la siguiente:

“Artículo 30.-No entregar información solicitada

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.*

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 público, tasa de regulación, bienes, inversiones, seguridad de las personas, medio ambiente, información estadística y/u otros, incurrirá en infracción grave.”*

(El subrayado y negrita es nuestro)

23. Como podrá observarse, la empresa concesionaria no ha transcrito de forma completa el artículo en cuestión. Justamente lo que continúa luego de los puntos suspensivos, contiene la esencia del requerimiento, que debe ser efectuado por OSITRAN o terceros que actúen con su autorización, en forma escrita. 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, ya que la presentación del Inventario Anual de Bienes de la Concesión responde a una obligación contractual y no a un pedido específico formulado por escrito.
 24. Debe tenerse en cuenta para el presente caso, que mediante el Oficio N° 1423-08-GS-OSITRAN emitido por la Gerencia de Supervisión, sólo se le comunicó a la concesionaria la fecha en la cual debía ser cumplida la obligación de entrega de información del inventario anual de los bienes de la concesión, ya que al tratarse de una obligación contenida en el Contrato de Concesión, no necesita de un requerimiento formal para su cumplimiento.
 25. Es por ello, que 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.
 26. Por lo tanto, la tipificación efectuada y comunicada en el Oficio N° 0223-09-GS-OSITRAN recibido por la empresa concesionaria el 27 de enero de 2009, es la correcta, no conteniendo ningún vicio de nulidad, por lo que corresponde la aplicación de la sanción correspondiente.
- **Con respecto al literal b) De los principios de razonabilidad, proporcionalidad y oportunidad como requisitos de validez y límite a la actuación de OSITRAN**

27. Mediante su escrito de descargos, la empresa concesionaria, 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.

28. Asimismo, 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”.

29. Sobre el particular, cabe mencionar que la potestad sancionadora de la que esta investida la Administración Pública, en efecto debe ser ejercida necesariamente dentro de los parámetros fijados por el ordenamiento legal y conforme a los principios que deben inspirar el ejercicio del poder punitivo del Estado.

30. En virtud de ello, es que para los efectos del presente caso, se tiene en cuenta lo señalado por el artículo 203° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que desarrolla el principio de razonabilidad, señalando 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.

31. Por lo tanto, para los efectos de resolver el presente caso, así como cualquier otro, OSITRAN considera todo el marco legal vigente, incluido los principios administrativos, en especial la oportunidad en que corresponden ser aplicados.

- Con respecto a los literales c) y d) De la obligación de abstenerse a solicitar una sanción; y Del inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador

32. Respecto de estos puntos, la empresa concesionaria indica que en el Artículo 68°-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.

33. 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.
34. 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.
35. 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.

- **Determinación de la sanción aplicable**

36. Según lo antes mencionado, de acuerdo a lo notificado a la empresa concesionaria a través del Oficio N° 0223-09-GS-OSITRAN, el incumplimiento materia del presente procedimiento califica como Grave, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 38° de el RIS, correspondiendo como sanción una multa de hasta 60 UIT.
37. En el presente caso, habiéndose acreditado la comisión de la infracción tipificada en el artículo 38° del RIS, la misma que no ha sido desvirtuada por la concesionaria, corresponde determinar la sanción aplicable:
 - i) **El principio de racionalidad 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 en que debía presentar el inventario de bienes; no obstante ello y a pesar que mediante Oficio N° 1423-08-GS-OSITRAN la Gerencia de Supervisión le recordó con meses de anticipación la fecha límite con la que contaba para ello, la concesionaria no cumplió con la remisión del referido inventario, remitiéndolo incluso con posterioridad al requerimiento efectuado mediante Oficio N° 3197-08-GS-OSITRAN. 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 para el cumplimiento de la obligación contractual aludida tal como se desarrolla en el punto siguiente.
 - 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 fue advertida con anticipación de la obligación que debía cumplir, la misma que finalmente fue cumplida incluso luego de una nueva comunicación. En tal sentido, es evidente que debido a su falta de diligencia no cumplió con el deber de observar los plazos acordados en el contrato de concesión, el mismo que conforme al

Principio de Vinculación Contractual previsto en el artículo 1361° del Código Civil, resulta obligatorio en todo cuanto se haya expresado él. En esta medida, se advierte que la conducta de la concesionaria es contraria al orden contractual establecido, lo cual ha perturbado el control oportuno de los bienes de la concesión y, como tal, corresponde la aplicación del RIS. Para la graduación de la sanción pecuniaria, ha de tenerse presente que no se ha evidenciado en autos que se haya ocasionado perjuicio económico a los usuarios finales, los usuarios intermedios ni al Estado Peruano, ni así tampoco que el incumplimiento incurrido haya servido para que la Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 3 S.A., obtenga 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.

38. Por tal motivo, la Gerencia de Supervisión mediante Informe N° 234-09-GS-OSITRAN recomienda imponer como sanción una multa ascendente a dos (2) UIT a la empresa concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A., por incumplir con la presentación del Inventario Anual de bienes de la concesión, fuera del plazo establecido en la Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión.

39. 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;

40. 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 Interoceánica Sur – Tramo 3 .S.A., no cumplió con el plazo establecido en la Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión, para la presentación del Inventario anual de los Bienes de la Concesión, incurriéndose de esta forma en la infracción, tipificada en el artículo 38° del RIS, la misma que tiene la calificación de infracción GRAVE.

SEGUNDO: Imponer a la empresa Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 3 .S.A. como sanción, por la infracción referida en el artículo primero de la presente Resolución, una multa equivalente a dos (2) UIT, la misma que deberá ser pagada dentro del plazo establecido en el Artículo 75° de El RIS.

TERCERO: Notificar la presente Resolución a la empresa Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 .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 CORDOVA
Gerente General

Reg. Sal. N° GG-5879-09