



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Resolución de Gerencia General

Nº 097-2010-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., en adelante IIRSA Norte, mediante el Oficio Nº 3594-10-GS-OSITRAN, sobre el presunto incumplimiento de las Cláusulas 11.22 y 11.23 del Contrato de Concesión.

Lima, 02 de noviembre de 2010

VISTOS:

El Expediente Sancionador Nº 12-2010-GS-OSITRAN remitido por la Gerencia de Supervisión, conjuntamente con la Nota Nº 1451-10-GS-OSITRAN y el Informe Nº 1322-10-GS-OSITRAN, a través del cual se evalúan los descargos presentados por la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A. y;

CONSIDERANDO:

Que, el 24 de junio de 2010, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN, recibe el Informe de Hallazgos Nº 654-10-GS-OSITRAN, donde se recomienda la evaluación del presunto incumplimiento contractual por parte de la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A., de las Cláusulas 11.22 y 11.23 del Contrato de Concesión;

Que, el 26 de agosto de 2010, mediante Oficio Nº 3594-10-GS-OSITRAN se notificó a la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A. respecto del presunto incumplimiento denunciado, de las Cláusulas 11.22 y 11.23 del Contrato de Concesión;

Que, el 08 de setiembre de 2010, mediante la Carta Nº 1169-CINSA-OSITRAN, la empresa concesionaria solicita la ampliación del plazo para la remisión de sus descargos.

Que, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 66.5º del Reglamento de Infracciones y Sanciones, mediante el Oficio Nº 3825-10-GS-OSITRAN se le otorga el plazo solicitado.

Que, el 17 de setiembre de 2010, la empresa concesionaria IIRSA Norte remite sus descargos.

Que, el 18 de octubre de 2010, la Gerencia de Supervisión remite a la Gerencia General el Informe Nº 1322-10-GS-OSITRAN mediante el cual se evalúa los descargos alcanzados por la empresa concesionaria;

Que, en el mencionado informe la Gerencia de Supervisión concluye que la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A. incumplió con lo establecido en las Cláusulas 11.22 y 11.23, al haber utilizado la zona ubicada en el Km. 25+800 LD sin la autorización que corresponde como Depósito de Material





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Excedente, incumpliendo de esta forma, la obligación de tutela en materia de protección del Medio Ambiente;

Que, en el mismo informe, se recomienda imponer como sanción una multa de veinte (20) UIT's a la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A., por haber incumplido con lo establecido en las Cláusulas 11.22 y 11.23, al haber utilizado la zona ubicada en el Km. 25+800 LD sin la autorización que corresponde como Depósito de Material Excedente, incumpliendo de esta forma, la obligación de tutela en materia de protección del Medio Ambiente;

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;

De conformidad con el Numeral 16 de las Funciones Generales de la Gerencia General, del Manual de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado mediante Resolución N° 006-2007-CD-OSITRAN y sus modificatorias, corresponde a esta Gerencia resolver en primera instancia el presente Procedimiento Administrativo Sancionador;

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A. incumplió con lo establecido en las Cláusulas 11.22 y 11.23, al haber utilizado la zona ubicada en el Km. 25+800 LD sin la autorización que corresponde como Depósito de Material Excedente, incumpliendo de esta forma, la obligación de tutela en materia de protección del Medio Ambiente

SEGUNDO: Imponer a la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A., la sanción, por el incumplimiento referido en el artículo primero de la presente Resolución, de una multa equivalente a diez (10) UIT's, la misma que deberá ser pagada dentro del plazo establecido en el Artículo 75° de el RIS.

TERCERO: Notificar la presente Resolución así como el Informe No. 1322-10-GS-OSITRAN a la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A.

CUARTO: Hacer de conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, a través de la Dirección General de Concesiones en Transportes, y de la Gerencia de Supervisión de OSITRAN la presente Resolución.

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

Regístrese, Comuníquese y Archívese

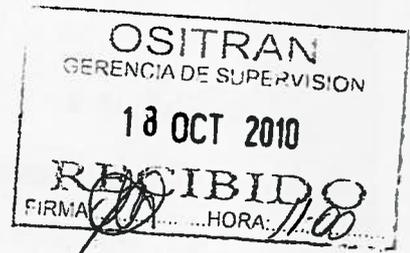
CARLOS AGUILAR MEZA
Gerente General



OSITRAN

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

INFORME N° 1322-10-GS-OSITRAN



A : Luigi D'Alfonso Crovetto
Gerente de Supervisión (e)

De : William Bryson Butrica
Analista de Gestión

Jorge Artola Grados
Asesor Legal

Asunto : Procedimiento Administrativo Sancionador notificado a la empresa
Concesionaria IIRSA Norte S.A. mediante el Oficio N° 3594-10-GS-
OSITRAN, sobre el presunto incumplimiento de las Cláusulas 11.22
y 11.23 del Contrato de Concesión.

Fecha : 15 de octubre de 2010

I. OBJETIVO

Evaluar los descargos presentados por la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A., en adelante IIRSA Norte, en respuesta al Oficio N° 3594-10-GS-OSITRAN, sobre el presunto incumplimiento de las Cláusulas 11.22 y 11.23 del Contrato de Concesión.

II. ANTECEDENTES

1. El 24 de junio de 2010, la Gerencia de Supervisión recibió el Informe N° 654-10-GS-OSITRAN, en el cual, se da cuenta del presunto incumplimiento de las Cláusulas 11.22 y 11.23 del Contrato de Concesión, por parte de la empresa Concesionaria IIRSA Norte.
2. El día 26 de agosto de 2010, mediante Oficio N° 3594-10-GS-OSITRAN se notificó a la empresa IIRSA Norte, el presunto incumplimiento en que habría incurrido, y en base al Informe N° 654-10-GS-OSITRAN se le notifica que:

"Habrá incumplido con lo establecido en las Cláusula 11.22 y 11.23, al haber utilizado la zona ubicada en el Km. 25+800 LD sin la autorización que corresponde como Depósito de Material Excedente, incumpliendo de esta forma, una obligación de tutela en materia de protección del Medio Ambiente."

3. El 08 de setiembre de 2010, mediante la Carta N° 1169-CINSA-OSITRAN, la empresa concesionaria solicita la ampliación del plazo para la remisión de sus descargos.
4. De acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 66.5° del Reglamento de Infracciones y Sanciones, mediante el Oficio N° 3825-10-GS-OSITRAN, se le otorga el plazo solicitado.
5. El día 17 de setiembre de 2010, la empresa IIRSA Norte remite sus descargos.



III. ANÁLISIS

- De la obligación contractual:

22. La Cláusula 11.22 del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

"(...)

11.22.- Debido a los impactos ambientales negativos que pudiera generar la instalación, uso u operación y abandono de Campamentos, Plantas de Asfalto y Chancadoras, Canteras y Depósitos de Material Excedente (DME), el CONCESIONARIO deberá elaborar para cada tramo y actividad, previo a su instalación u operación y como parte del Plan de Gestión Ambiental detallado indicado en la Cláusula 11.6, un conjunto de Programas de Manejo Ambiental. Dichos Programas deberán considerar los contenidos que se indican a continuación:

(...)

c. Programa de Manejo para Depósitos de Material Excedente (DME)

El diseño del Programa de Manejo debe iniciarse una vez definido el lugar preciso de desarrollo de la actividad. Dicho Programa debe estar aprobado por el REGULADOR antes del inicio de la actividad, deberá contener como mínimo lo indicado en el Cuadro 11.3 adjunto:

(...)"

(el subrayado es nuestro)

23. La Cláusula 11.23 del Contrato de Concesión establece la obligación de la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A. de ejecutar las obras correspondientes, conforme al Expediente Técnico Aprobado, tal como se aprecia a continuación:

"11.23.- El inicio de estas actividades deberá contar con la autorización del REGULADOR, debiendo su desarrollo ceñirse estrictamente al Programa de Manejo aprobado.

En la eventualidad de requerir la modificación de uno o más de los Programas de Manejo Ambiental aprobados como parte del Plan de Gestión Ambiental detallado para esta etapa, el CONCESIONARIO deberá presentarlos al REGULADOR, quien tendrá un plazo máximo de 10 Días para su aprobación.

En caso de incumplimiento de este Programa, el REGULADOR podrá ordenar su corrección, sin perjuicio de las penalidades establecidas en la Cláusula 11.47 del presente Contrato.

El manejo de los lugares destinados a la instalación y operación de campamentos y operación de plantas de asfalto, hormigón y chancado; de explotación de canteras; y de DME deberá incluirse en los Informes Ambientales trimestrales que deberá entregar el CONCESIONARIO al REGULADOR, según lo establecido en la Cláusula 11.26 del presente Contrato."



24. Tal como se puede apreciar, las obligaciones de tutela en materia de protección del Medio Ambiente, establecidas en la Cláusula 11.22 y 11.23 del Contrato de Concesión, en relación con los Depósitos de Material Excedente (DME), son las siguientes:

- Elaborar previo al inicio de la actividad, un Programa de Manejo para Depósitos de Material Excedente (DME), el cual debe ser aprobado por OSITRAN.
- Contar para el inicio de las actividades en los mencionados DME, con la autorización de OSITRAN.

- De la tipificación efectuada por OSITRAN:

25. Mediante el Oficio N° 3594-10-GS-OSITRAN se le notificó a la empresa IIRSA Norte, el presunto incumplimiento de las Cláusulas 11.22 y 11.23 del Contrato de Concesión.

26. Asimismo, se le comunicó que el presunto incumplimiento, se encontraba tipificado en los Artículos 13° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS)¹, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 13°.- Incumplir obligaciones relativas a la Protección del Medio ambiente

La Empresa Concesionaria que incumpla con las obligaciones de tutela en materia de protección del Medio Ambiente contenidas en el Contrato de Concesión respectivo incurrirá en infracción grave."

27. La tipificación se efectuó teniendo en consideración que la empresa concesionaria IIRSA Norte, utilizó la zona ubicada en el Km. 25+800 para depositar material excedente - DME, de la siguiente manera:

- Sin contar con el Programa de Manejo para Depósitos de Material Excedente (DME) previamente aprobado por el Regulador de acuerdo a lo que se establece en la Cláusula 11.22 del Contrato de Concesión; y,
- Sin contar con la autorización del Regulador para el inicio de las actividades de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 11.23 del Contrato de Concesión.

28. Aspectos que son de estricto cumplimiento del Concesionario para el inicio de las actividades y que están previstas en el contrato de concesión como obligaciones de tutela en materia de protección del Medio Ambiente.

29. A mayor abundamiento del tema, cabe señalar que el Concesionario solicitó la autorización correspondiente respecto de dicha área, pues está no se encontraba considerada para ser utilizada como DME, en el Plan de Gestión Ambiental

¹ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN (publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 24 de diciembre de 2003; y, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 077-2005-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.



detallado para el Tramo: Rioja – Corral Quemado aprobado mediante la Resolución Directoral N° 001-2008/MTC/16 de fecha 07 de enero de 2008.

30. Finalmente, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 11.22 del Contrato de Concesión cabe señalar que, la aprobación del Programa de Manejo para Depósitos de Material Excedente (DME) por parte de OSITRAN, previo al inicio de las actividades es necesaria para prever los impactos ambientales negativos que pudiera generar su instalación, uso u operación y abandono de los mismos.
31. Por lo tanto, se demuestra que la empresa IIRSA Norte, al utilizar la zona ubicada en el Km. 25+800 para depositar material excedente, si contar con la correspondiente aprobación del Programa de Manejo para Depósitos de Material Excedente (DME) y autorización correspondiente, no cumplió con las obligaciones de tutela en materia de protección del Medio Ambiente señaladas en las Cláusulas 11.22 y 11.23 del Contrato de Concesión.

- De los descargos presentados:

32. A continuación se procederá a analizar los descargos presentados por la empresa IIRSA Norte:
 - a) De la indebida tipificación.
 - b) De la obligación de abstenerse a aplicar una sanción si resulta innecesaria, por que no hay daño que reparar.
 - c) De la no concurrencia de los principios de la potestad sancionadora exigidos en el RIS en concordancia con la LPAG.

Con relación al literal a) De la indebida tipificación

33. Sobre el particular cabe señalar que en el numeral I del escrito de descargos presentado por IIRSA Norte se señala que:

"I. EL INCUMPLIMIENTO DE LA CONCESIONARIA NO ENCAJA DENTRO DEL SUPUESTO DE HECHO DE LA INFRACCION IMPUTADA. HAY UNA INDEBIDA TIPIFICACION QUE DETERMINA LA NULIDAD DE OFICIO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.

1.1 *En primer término, consideramos oportuno señalar que el presente procedimiento sancionador ha nacido viciado a causa de una indebida tipificación de la presunta conducta infractora y por lo tanto adolece de nulidad de pleno derecho conforme a lo dispuesto en el artículo 10° incisos 1 y 2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.*

1.2 *De acuerdo a los términos del Oficio, la infracción imputada a la Concesionaria es aquella tipificada en artículo 13° del RIS, el cual señala lo siguiente:*

"Artículo 13.- Incumplir obligaciones relativas a la Protección del Medio ambiente

La Empresa Concesionaria que incumpla con las obligaciones de tutela en materia de Protección del Medio Ambiente contenidas en el Contrato de Concesión, respectivo incurrirá en infracción grave.

(...)"



- 1.3 Como se puede apreciar de su sola lectura, esta infracción tipifica expresamente el incumplimiento a las obligaciones relativas a la protección del Medio Ambiente. En esa línea interpretativa, la primera pregunta que tendríamos que formularnos es **si el hecho de que la Concesionaria haya utilizado la zona ubicada en el Km. 25+800 como Deposito de Material Excedente (DME)** - al amparo de la opinión técnica favorable en campo que nos emitiera el Ing. Juan Morales, Jefe de Supervisión del Consorcio Supervisor Nor Oriental que representa a OSITRAN en la obra - constituye o no una infracción según los términos planteados por el artículo 13° del RIS. Nosotros pensamos que NO. La utilización de la zona ubicada en el Km. 25+800 como DME, no constituye necesariamente un incumplimiento de la Concesionaria de sus obligaciones de tutela y protección del Medio Ambiente, habida cuenta precisamente de que, antes de contar con la aprobación formal y autorización a que se refiere el procedimiento establecido contractualmente, la Concesionaria ya contaba con las opiniones técnicas respectivas en campo y con la aprobación y autorización de la Supervisión para utilizar la referida zona como DME, tal como mencionó anteriormente, las mismas que posteriormente fueron validadas cuando el uso del DME finalmente fue aprobado y autorizado de manera formal, mediante el oficio N° 3645-10-GS-OSITRAN por el mismo OSITRAN. El incumplimiento de la Concesionaria que se quiere caracterizar forzosamente como una infracción grave según el artículo 13 del RIS, no pasa de ser, en la práctica, un tema estrictamente formal.
- 1.4 No podemos soslayar el hecho de que el Contrato de Concesión, en sus cláusulas 11.22 y 11.23, establece como formalidad que las modificaciones a los Programas de Manejo Ambiental (PMA) contenidos en el Plan de Gestión Ambiental (PGA) deben ser aprobadas por el OSITRAN y que el inicio de las actividades correspondientes también requieren autorización de dicha entidad; sin embargo, también es evidente que el **apartamiento de la Concesionaria de estas formalidades contractuales no necesariamente califica como un Incumplimiento a las obligaciones relativas a la protección del medio ambiente**, máxime si se tiene en consideración que la Concesionaria recibió opiniones técnicas favorables en campo y contó con la autorización extraoficial de la Supervisión para utilizar la zona ubicada en el Km. 25+800 como Deposito de Material Excedente (DME), todo lo cual fue refrendado mediante el oficio N° 3645-10-GS-OSITRAN por el mismo OSITRAN que autoriza el uso del DME finalmente fue aprobado y autorizado de manera formal.
- 1.5 Como puede verse, para la resolución del presente caso, es imprescindible distinguir el incumplimiento a una formalidad acordada contractualmente, del incumplimiento de obligaciones de tutela en materia de protección del Medio Ambiente, que es finalmente el supuesto de hecho contenido en el artículo 13° del RIS.
- 1.6 Toda esta disertación se ve reafirmada por el hecho de que la misma cláusula 11.23, en su último párrafo, limita la facultad sancionadora del propio Regulador al disponer que en caso de incumplimiento del Programa (entiéndase los PMA), el Regulador podrá ordenar su corrección y, si fuera el caso, se aplicarán las penalidades pactadas en el Contrato de Concesión para tal fin, las mismas que, de conformidad con lo establecido en el tercer párrafo de la cláusula 11.47, pueden resolverse mediante la vía del Trato Directo con el Concedente. Citamos las cláusulas respectivas:



"11.23.- (...)

*En caso de incumplimiento de este Programa, **el REGULADOR podrá ordenar su corrección**, sin perjuicio de las penalidades establecidas en la Cláusula 11.47 del presente Contrato".*

"11.47.- (...)

En caso de incumplimiento de las obligaciones del CONCESIONARIO, el REGULADOR lo notificará de la infracción detectada y las Partes tratarán de resolver las discrepancias que dieron origen a la infracción, conforme a lo previsto en la Cláusula 16.10, (...)"

1.7 *De las citas anteriores, podemos advertir claramente que no se le ha querido dar a este tipo de incumplimientos formales una connotación de no respeto o contravención a las disposiciones de protección al medio ambiente, que es lo que finalmente busca regular el artículo 13° del RIS, sino que se ha querido desincentivar este tipo de conductas de la Concesionaria a través de la imposición de penalidades contractuales, las cuales incluso pueden ser discutidas con el mismo Concedente.*

1.8 *Por lo expuesto en los numerales precedentes, consideramos que en el presente caso hay una indebida tipificación de la conducta infractora de la Concesionaria y por lo tanto el presente procedimiento sancionador ha nacido viciado y adolece de nulidad de pleno derecho conforme a lo dispuesto en el artículo 10° incisos 1 y 2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.*

34. En primera instancia, cabe señalar que en forma muy clara en el literal c) de la Cláusula 11.22 del Contrato de Concesión se establece que una vez definido el lugar preciso para establecer un DME, la empresa concesionaria debido a los impactos negativos que pudiera generar la instalación, uso u operación de los Depósitos de Material Excedente (DME), deberá diseñar o elaborar previo a la instalación u operación de estos DME **un Programa de Manejo para Depósitos de Material Excedente (DME). Siendo que dicho Programa debe estar aprobado por OSITRAN, antes del inicio de la actividad**, y no después de iniciada la instalación u operación, como ha sucedido en el presente caso.

35. Además, como se puede apreciar en el mismo literal, no se hace referencia a que ante la opinión del Supervisor de Obras, tal como lo señala IIRSA Norte, pueda utilizar alguna zona como Depósito de Material Excedente. Es por esa misma razón que el Supervisor de Obras, al tomar conocimiento del inicio de dicha actividad, recomendó su paralización, la cual fue acatada por la empresa concesionaria.

36. Por otro lado, debemos precisar que el Programa de Manejo de Depósito de Material Excedente contiene:

- Programa de Manejo para Depósito de Materiales Excedentes.
- Plano de planta y sección.
- Acta de Autorización del Propietario.
- Informe de Evaluación Arqueológica.



37. Dicho Programa es presentado al Regulador como solicitud para que éste evalúe por ejemplo si las áreas a ser utilizadas como Deposito de Material Excedente – DME cuenta con las autorizaciones de los Propietarios del Predio mediante (Actas de autorización), para así evitar invasiones a los terrenos de propiedad privada, ya que dicha áreas no son del Estado. Así también, antes de la aprobación y autorización por parte del Regulador se requiere un informe de Evaluación Arqueológica por parte del Concesionario, con la finalidad que el Regulador evalúe si en las áreas a ser utilizadas como DME existen restos arqueológicos. Así mismo, el Regulador evalúa, entre otros, la descripción de componentes que puedan ser afectados por la actividad en la zona, las medidas de mitigación, compensación y otras.
38. Sobre este aspecto, la empresa concesionaria señala que la aprobación y autorización se trata de un tema estrictamente formal, sin embargo, tal como se señala en el párrafo anterior, dicha autorización no puede ser considerada solamente como un hecho estrictamente formal, pues ésta constituye el acto administrativo habilitante para el uso, es decir, no basta que el Concesionario presenten su solicitud e indique el área que hará uso como DME, sino que resulta imprescindible que este organismo Regulador, evalúe la documentación que sustente el pedido, verificando, entre otros, la no existencia de restos arqueológicos en el área, la autorización de los titulares de los predios (pues se trata de zonas de propiedad privada), aspectos que son de interés público y que de ninguna manera pueden ser considerados como meramente formales.
39. Respecto de ello, cabe anotar que de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 11.22 del Contrato de Concesión la aprobación del Programa de Manejo para Depósitos de Material Excedente (DME) por parte de OSITRAN, previo al inicio de las actividades es necesaria para prever los impactos ambientales negativos que pudiera generar su instalación, uso u operación y abandono de los mismos, por lo que no se trata tal como lo señala IIRSA Norte, de un tema estrictamente formal.
40. Asimismo, la empresa concesionaria señala que *"...la misma cláusula 11.23, en su último párrafo, limita la facultad sancionadora del propio Regulador al disponer que en caso de incumplimiento del Programa (entiéndase los PMA), el Regulador podrá ordenar su corrección y, si fuera el caso, se aplicarán las penalidades pactadas en el Contrato de Concesión para tal fin, las mismas que, de conformidad con lo establecido en el tercer párrafo de la cláusula 11.47, pueden resolverse mediante la vía del Trato Directo con el Concedente."*
41. Respecto a ello se debe enfatizar, tal como lo señala la Cláusula 13.8 del Contrato de Concesión que OSITRAN está facultado para aplicar sanciones a la empresa concesionaria en los casos de incumplimiento de sus obligaciones, conforme a lo dispuesto en la Ley N° 26917 y las Normas Regulatorias que dicte sobre la materia.
42. Por ello, tal como lo establece la Cláusula 13.10 del Contrato de Concesión, **las sanciones administrativas que se originen en la ejecución del presente Contrato, se aplicarán al CONCESIONARIO independientemente de las penalidades contractuales establecidas en el mismo** y sin perjuicio de la obligación de responder por los daños y perjuicios resultantes de su incumplimiento. Por dicha razón las sanciones que se pudieran imponer como



A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized name.

consecuencia del presente Procedimiento Administrativo Sancionador, son independientes a las penalidades que hace referencia la empresa concesionaria.

43. Finalmente, tal como se ha podido apreciar, la empresa concesionaria utilizó la zona ubicada en el Km. 25+800 LD como Depósito de Material Excedente (DME), **sin contar con el Programa de Manejo para Depósitos de Material Excedente (DME) aprobado y la correspondiente autorización por parte de OSITRAN**, incumpliendo las Cláusulas 11.22 y 11.23 del Contrato de Concesión, que llevaron a un incumplimiento de obligaciones de tutela en materia de protección del Medio Ambiente, que es justamente la tipificación efectuada mediante el Oficio N° 3594-10-GS-OSITRAN.

Con relación al literal b) De la obligación de abstenerse a aplicar una sanción si resulta innecesaria, por que no hay daño que reparar.

44. Sobre el particular cabe señalar que en el numeral II del escrito de descargos presentado por IIRSA Norte se señala que:

"II. OSITRAN ESTA OBLIGADO A ABSTENERSE DE APLICAR UNA SANCION SI RESULTA INNECESARIA, PORQUE NO HAY UN DAÑO QUE REPARAR.

- 2.1 *Sin perjuicio de los argumentos anteriores, cabe indicar que en el hipotético y negado caso que OSITRAN persistiera en considerar que el incumplimiento de la Concesionaria constituye el supuesto de hecho tipificado en el artículo 13° del RIS, dicha entidad no esta eximida de aplicar, justamente en estos casos, el principio de racionalidad, tal como ha sido descrito por la doctrina autorizada y por la Ley No. 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General, principio que se encuentra íntimamente vinculado con el fin público que se quiere alcanzar o el bien que se quiere proteger.*
- 2.2 *Ello supone que, en caso no se cause un daño o éste no pueda acreditarse, desaparece la necesidad de aplicar sanción alguna. "En este sentido, cabe concluir en que una determinada sanción administrativa resultará contraria a las exigencias constitucionales derivadas del principio de proporcionalidad, bien por resultar innecesaria una reacción de tipo punitivo, o bien por ser excesiva la cuantía o extensión de la sanción en relación con la entidad del ilícito o la infracción (la llamada desproporción en sentido estricto)".*
- 2.3 *En ese mismo sentido, Garberi y Buitrón explican:*

"Así mediante la exigencia de que las medidas publicas de esa índole punitiva, sancionadora (...), se adecuen a los imperativos dimanantes del principio de proporcionalidad, se alza para las autoridades correspondientes una frontera o limite a su actuación represiva, la cual únicamente podrá ser llevada a la práctica cuando resulte estrictamente necesaria, idónea y proporcionada para obtener los objetivos perseguidos por la misma".

- 2.4 *Esta obligación que tiene la autoridad de decidir sobre la pertinencia de aplicar una sanción, independientemente de haberse verificado la comisión de una infracción, constituye uno de los más importantes pilares del derecho penal, plenamente aplicable al ámbito administrativo. Así, cuando el artículo 230° de la Ley 27444 obliga a la administración a considerar el perjuicio causado, simplemente recoge un principio básico del debido*



proceso, establecido en el Título Preliminar del Código Penal: "La pena, necesariamente, precisa de la lesión y puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados para la ley".

- 2.5 De esta forma, la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, no solo determinara la reducción de la sanción, sino incluso su completa eliminación, cuando se verifique que tal sanción resulta innecesaria, ya sea para ausencia de culpabilidad o porque el bien público que se quiere tutelar no ha sido dañado. Es por ello que, antes de aplicar una sanción, la autoridad esta obligada a realizar un "juicio de necesidad", también denominado de "indispensabilidad", que determinara si corresponde o no proseguir con la sanción.
- 2.6 Al igual que la doctrina, el Tribunal Constitucional peruano también se ha pronunciado sobre la obligación de acudir al "juicio de necesidad" como elemento fundamental del principio de proporcionalidad.
- 2.7 Finalmente, la posibilidad de dejar de aplicar una sanción no solo ha sido ampliamente desarrollada por la doctrina y jurisprudencia, sino que se deriva directa y expresamente de la norma administrativa. En efecto, el numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444, al referirse al principio de razonabilidad, dispone que las decisiones de la autoridad administrativa, cuando impongan sanciones, deben mantener la debida proporción, "a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido".
- 2.8 En consecuencia, queda demostrado que la autoridad administrativa, en este caso OSITRAN, sólo puede aplicar una sanción cuando exista intencionalidad y cuando la sanción sea estrictamente necesaria para la protección del bien jurídico afectado. Por lo contrario, en el supuesto de haberse verificado que el bien jurídico ya se encuentra protegido o completamente restaurado o que no ha sido afectado, como lo reconoce el mismo OSITRAN en el Oficio, como veremos mas adelante, esta entidad debe optar por no aplicar sanción alguna, en cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad que limitan y condicionan su potestad sancionadora. La vulneración de estos principios supone una contravención a las normas legales vigentes y, por lo tanto, determina que el correspondiente acto administrativo carezca de validez.
- 2.9 Es el caso que de los documentos e informes remitidos por el OSITRAN mediante el Oficio, en ningún momento se ha acreditado que el supuesto incumplimiento haya causado daños o perjuicios al medio ambiente, al Concedente o a cualquier usuario de la infraestructura otorgada en concesión. Si ese hubiese sido el caso, es obvio que el use del DME no hubiese sido aprobado y autorizado de manera formal por parte del OSITRAN, mediante Oficio N° 3645-10-GS-OSITRAN. De hecho, en el numeral 5.1 del Informe N° 654-10-GS-OSITRAN, adjunto al referido Oficio, se limitan a decir, sin incluir alguna argumentación técnica, que "El Concesionario, al no haber efectuado el retiro del material orgánico en la zona del Km. 25+800 LD, ha afectado a la flora de dicha zona y por ende el Medio Ambiente". Sin perjuicio de que se ha omitido algún sustento técnico, debemos mencionar esta afirmación del OSITRAN es falsa por que, estando el área actualmente autorizada por el Regulador con Oficio N° 3465-10-GS-OSITRAN donde se autoriza disponer el material en una superficie de 7,947.43 m², y en un volumen de 42,351.25 m³, el Concesionario deposito 75.00 m³ de material en una superficie de tan solo de 100.25 m², tal cual se demuestra con Lamina DME 60-01 adjunta.



- 2.10 Dicha fitoasociación esta compuesta por conjuntos (tipo islas) de plantas efímeras y bianuales, que se combinan entre especies herbáceas dispersas y algunos arbustivos remanentes, las mismas que no sobrepasan 1,5 m de altura. Como: "puleño"; "chilca"; "tuple" y "hierba santa" (nombres comunes utilizados en la zona).
- 2.11 El principal valor de estas masas de vegetación pionera y efímeras, es el "valor ecológico y de sucesión natural del bosque tropical", que previo a nuestra intervención, fue considerablemente afectado por terceros (agricultura y ganadería). Así mismo estos grupos de asociaciones vegetales, se caracterizan por ser colonizadoras de superficies antrópicas, ya impactadas; iniciando el proceso de reposición de la cobertura de vegetación natural y brindando un efecto de capa protectora, la cual coadyuva principalmente a frenar el efecto de gota (lluvia), la velocidad de la escorrentía superficial y en consecuencia los procesos erosivos y la pérdida de suelo.
- 2.12 Dada la necesidad de usar este tipo de áreas (previamente afectadas) como DME, para minimizar los impactos negativos que conlleva la disposición de material excedente y generar un proceso de recomposición, re-vegetación y estabilidad estructural y biológica ordenada. La CONSESIONARIA IIRSA NORTE, tiene un plan de re-vegetación aprobado en el EIA y el correspondiente PMA (actualmente aprobado según Oficio N° 3465-10-GS-OSITRAN). Procedimiento que será aplicado en la zona, conforme a la programación de las obras y secuencialmente después de haber concluido el proceso constructivo e iniciada la etapa de restauración de los sitios afectados este tramo. Situación ampliamente verificada y evaluable, ya que el programa de re vegetación de áreas afectadas por la obra, viene cumpliendo estrictamente sus cronogramas, iniciados en los Tramo II y III y culminados en el Tramo I, y cuando sea oportuno, se realizará lo propio en el Tramo IV.
- 2.13 Con relación a lo anterior, es importante precisar que el artículo 68-A° del RIS señala que en aquellos casos en los que, luego de un análisis costo-beneficio, se llegara a determinar que no se ha generado una grave afectación a los usuarios ni hay afectación al interés público, tal circunstancia no amerita el inicio de un procedimiento administrativo sancionador.
- 2.14 Es irrefutable que tales condiciones se han presentado en este caso, sin embargo, la Gerencia de Supervisión ha omitido aplicar el mencionado artículo 68-A del RIS a pesar de corresponder. En ese sentido, atendiendo a las características del caso, corresponde dejar sin efecto el presente procedimiento en aplicación estricta de dicho artículo."



45. Sobre el particular cabe señalar que lo que se está analizando en el presente caso es el incumplimiento de la empresa concesionaria IIRSA Norte, de haber utilizado la zona del Km. 25+800 LD como DME, sin contar con: i) el Programa de Manejo para Depósitos de Material Excedente (DME) aprobado por OSITRAN; y, ii) con la respectiva autorización del mismo Regulador.
46. En este contexto, podemos concluir que la conducta advertida es la correctamente tipificada dentro del supuesto descrito en el artículo 13° del RIS, sobre tutela de Protección del Medio Ambiente. Además, con la finalidad de explicar dicha sanción debemos precisar que la sanción administrativa es un Instituto del Derecho Administrativo, y que para su aplicación debe cumplirse el hecho objetivo, es decir que la conducta se encuentre tipificada y solo para

efectos de graduar la sanción es que se aplica el principio de razonabilidad normado en el artículo 230º de la Ley 27444 y en el artículo 4 del RIS.

47. Es por ello, para la aplicación de una sanción administrativa debe tenerse presente que en muchos supuestos, como es el caso de autos, no se requiere que una conducta genere un daño efectivo para que sea calificada como una infracción y sancionada como tal.
48. Podemos concluir en este punto que, lo que se requiere para la aplicación de una Sanción Administrativa es la potencial afectación del bien jurídico protegido o bien público protegido, por la norma que justifica que se sancione la conducta. Por ello, no es preciso lo alegado por la Empresa Concesionaria al señalar que *"en caso que no se cause un daño o éste no pueda acreditarse, desaparecerá la necesidad de aplicar sanción alguna"*, pues como lo hemos advertido la doctrina es enfática en señalar que para aplicar una sanción solo cabe la potencial afectación del bien jurídico protegido.
49. En el presente caso, el incumplimiento advertido respecto a la empresa concesionaria IIRSA Norte, es que utilizó la zona ubicada en el Km. 25+800 como deposito de material excedente – DME
 - Sin contar con el Programa de Manejo para Depósitos de Material Excedente (DME) previamente aprobado por el Regulador de acuerdo a lo que se establece en la Cláusula 11.22 del Contrato de Concesión; y,
 - Sin contar con la autorización del Regulador para el inicio de las actividades de acuerdo a lo establecido en la Cláusula 11.23 del Contrato de Concesión.
50. Aspectos, como ya se ha mencionado líneas arriba, que son de estricto cumplimiento del Concesionario para el inicio de las actividades y que están previstos en el Contrato de Concesión como obligaciones de tutela en materia de protección del Medio Ambiente.
51. En tal razón, lo que se trata es de prevenir la posible afectación a la flora y fauna, la posible afectación a los propietarios de los Predios que se van a utilizar como DME, y que dichas áreas estén libres de restos arqueológicos; bienes jurídicos que han podido ver vulnerados.
52. Por lo tanto, OSITRAN ha considerado y siempre considera la aplicación de lo principios señalados en la Ley 27444 como son el Principio de Legalidad y razonabilidad entre otros, para la aplicación de las sanciones administrativas.
53. Respecto del punto 2.9 de los descargos el concesionario señala que es falsa la información advertida en el Informe de Hallazgos N° 654-10-GS-OSTRAN que menciona que *"al no haber efectuado el retiro del material orgánico en la zona del Km. 25+800 LD, ha afectado a la flora de dicha zona y por ende el Medio Ambiente"*.
54. En relación al párrafo anterior, debemos señalar que el Informe de Hallazgo elaborado en el marco de lo señalado en el artículo 25º del Reglamento General de Supervisión aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 036-2004-CD-OSITRAN es la puesta en conocimiento del órgano instructor, en este caso la



Gerencia de Supervisión, de hechos que calzan como incumplimientos contractuales, y es el órgano instructor que se encargará de evaluar y proponer la sanción por dicho incumplimiento a la luz de lo señalado en el artículo 230 de la Ley de Procedimiento Administrativo General – Ley 27444.

55. A parte de lo señalado, debemos reiterar como ya se ha mencionado que lo que se requiere para la aplicación de una sanción administrativa, en muchos casos, es que la conducta genere una potencial afectación del bien jurídico protegido o bien público protegido, y no un daño efectivo para que sea calificada como una infracción y sancionada como tal.
56. Cabe añadir que el potencial perjuicio que pudo haber causado la Concesionaria al utilizar una zona que no estaba contemplada dentro de las zonas que podían ser utilizadas como DME, tal como lo señala el Informe de Hallazgos N° 654-10-GS-OSTRAN al mencionar que *"al no haber efectuado el retiro del material orgánico en la zona del Km. 25+800 LD, ha afectado a la flora de dicha zona y por ende el Medio Ambiente"* es evidente que toda intrusión, como en el presente caso, con materiales distintos a los propios de la zona, afectan la flora existente, en mayor o menor grado, lo que puede determinarse con un análisis adecuado, que en el presente caso, por no tratarse del incumplimiento evaluado, no se ha efectuado.
57. Como se ha podido apreciar la empresa IIRSA Norte al haber utilizado la zona ubicada en el Km. 25+800 LD como Depósito de Material Excedente sin contar con la aprobación del Programa de Manejo para Depósitos de Material Excedente (DME) y la correspondiente autorización del Regulador, ha incumplido de esta forma con la obligación de tutela en materia de protección del Medio Ambiente, quebrantando el principio de buena fe contractual con el que se suscribió el Contrato de Concesión, es decir, ha producido la ruptura de la rectitud de la conducta contractual que deben observar las partes, pues dicho principio exige una conducta recta u honesta en relación con las partes interesadas en un acto, contrato o proceso, y eso es justamente lo que se encuentra en evaluación.
58. Con respecto a la aplicación del Artículo 68-A del RIS, la empresa concesionaria argumenta que la Gerencia de Supervisión ha omitido aplicar el mencionado artículo a pesar de corresponder al presente caso.
59. Sobre el particular cabe señalar que el Artículo 68-A del RIS establece que, excepcionalmente es la Gerencia General quien estará facultada, a no dar inicio al Procedimiento Administrativo Sancionador, si como consecuencia de los resultados de la realización de la acción de supervisión, encuentra que los hallazgos, luego de efectuar un análisis costo-beneficio y evaluar que no haya generado grave daño a los usuarios ni haya severidad en la afectación del interés público.
60. Asimismo, el mencionado artículo señala que esa decisión debe estar amparada en un documento justificatorio, suscrito por el supervisor y refrendado por el Gerente de Supervisión, y en el presente caso, en el Informe de Hallazgo presentado, recomienda la evaluación del inicio de un procedimiento administrativo sancionador, mas no su archivamiento.
61. Por lo tanto, tal como se puede apreciar, la Gerencia de Supervisión no ha omitido aplicar el Artículo 68-A del RIS, debido a quien está facultado para su



aplicación es la Gerencia General de OSITRAN, quien determinará luego de la presentación del presente informe, si existió o no incumplimiento por parte de la empresa concesionaria, y de ser el caso, resolverá la imposición o no de la multa en caso de corresponder.

Con relación al literal c) De la no concurrencia de los principios de la potestad sancionadora exigidos en el RIS en concordancia con la LPAG.

62. Sobre el particular cabe señalar que en el numeral III del escrito de descargos presentado por IIRSA Norte se señala que:

III.- NO CONCURREN LOS PRINCIPIOS DE LA POTESTAD SANCIONADORA EXIGIDOS EN EL RIS DEL OSITRAN EN CONCORDANCIA CON LA LPAG

- 3.1 *En ultima instancia, si asumiésemos por un momento que la conducta de la Concesionaria esta subsumida en el supuesto de hecho tipificado como infracción en el artículo 13° del RIS y que, como consecuencia de dicha conducta, se ha causado un daño que además ha sido perfectamente acreditado (lo cual no ocurre en el presente caso), es obligación del OSITRAN analizar cada uno de los elementos y principios consagrados en el RIS antes de imponer y graduar una supuesta sanción administrativa.*
- 3.2 *Con relación a ello, el numeral 4.1 del artículo 4° del RIS señala que para el ejercicio de la facultad sancionadora del OSITRAN, esta deberá aplicar los principios establecidos en el artículo 2302 de LPAG. Por su parte, el numeral 4.2 del referido artículo señala que para efectos de determinar la cuantía de la sanción, una vez tipificada la infracción, en aplicación del Principio de Razonabilidad consagrado en el numeral 3 del artículo 230° de la LPAG, OSITRAN deberá emplear adicionalmente los siguientes criterios: (i) intencionalidad, (ii) perjuicio causado, (iii) circunstancias de la comisión de la infracción, (iv) repetición en la comisión de la infracción.*
- 3.3 *Sobre el Principio de Razonabilidad, el artículo 230 de la LPAG establece lo siguiente:*

"De la Potestad Sancionadora

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades esta regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. Razonabilidad.- 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. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- 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; y,

f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor".
(Resaltado agregado)

- 3.4 En virtud de la cita referida, si el OSITRAN interpretara que la conducta de la Concesionaria constituye una infracción según lo establecido en el artículo 13° del RIS, dicha entidad esta obligada a graduar la sanción tomando en consideración los principios que analizaremos a continuación.
- 3.5 En primer lugar, tenemos como elemento de análisis a "la gravedad del daño al interés público o al bien jurídico protegido". Como hemos explicado en el numeral II precedente, este primer elemento no resiste el mayor análisis, sencillamente porque el incumplimiento formal de la Concesionaria no ha causado daño al medio ambiente, entendido este como el bien jurídico que busca proteger el artículo 13° del RIS, ni al interés público. Prácticamente el Oficio del OSITRAN admite la ausencia de este presupuesto para la graduación de una sanción, pues como explicamos en el numeral II precedente, no precisa cual es el nivel de gravedad del daño causado, solo se limita a decir, sin ningún tipo de argumentación técnica, que "El Concesionario, al no haber efectuado el retiro del material orgánico en la zona del Km. 25+800 LD, ha afectado a la flora de dicha zona y por ende el Medio Ambiente", afirmación antojadiza que hemos desvirtuado en el numeral II precedente.
- 3.6 En segundo lugar, es necesario analizar como segundo elemento "el perjuicio económico causado". En realidad no existió ningún perjuicio económico al Estado Peruano dado que el uso de la zona como DME finalmente fue aprobado con el Oficio N° 3645-10-GS-OSITRAN; más bien, con su utilización, el Estado Peruano, y no la Concesionaria, se vio beneficiado como explicamos en los numerales siguientes.
- 3.7 Finalmente, como tercer y ultimo elemento, debe analizarse cual es el beneficio ilegalmente obtenido por la Concesionaria como consecuencia de la infracción cometida. Sobre el particular, el numeral 6.3 del Oficio inicialmente establece los siguientes beneficios obtenidos por la Concesionaria: (i) disminución de tiempo de traslado de material excedente en comparación al que se hubiese empleado si se hubiera depositado el material en depósitos autorizados, y (ii) no efectuar una canalización del agua pluvial de la zona afectada, ni eliminar la capa orgánica, sin que previamente se haya efectuado la separación y almacenamiento de la materia orgánica de la capa superior del suelo (¿?). A renglón seguido, el Oficio incurre en una contradicción al señalar que: "en cuanto al posible beneficio económico, este no ha sido posible determinarlo". Como puede apreciarse. Dicha contradicción evidencia una falta de argumentos para sostener que la Concesionaria se ha visto beneficiada con la conducta que se pretende calificar como infracción.
- 3.8 Sin perjuicio de ello, OSITRAN no ha reparado en que el no haber usado el DME en su momento, lejos de beneficiar a la Concesionaria, hubiese causado un perjuicio económico al Estado Peruano. De hecho, con una paralización ordenada por el OSITRAN para no utilizar ese DME por no contar con su aprobación formal, finalmente se le causaría un perjuicio económico al Estado Peruano, como veremos mas adelante. Es importante que tengan en cuenta que dicho depósito sirve para las obras accesorias del Tramo 4, las cuales son a precios unitarios según las Actas de Acuerdos firmadas el 26.06.09 y 15.09.09, las cuales adjuntamos como media probatorio (Anexo 1-D). La partida que esta relacionada con el DME según las Actas mencionadas es transporte a botadero la cual se cobra por



m3 por Km. recorrido, esto significa que cuanto mas lejos este el DME de las obras contratadas, mas le costará al mismo Estado Peruano, por eso la urgencia de la Supervisión y de la Concesionaria en usar el DME, teniendo en cuenta que las obras que se estaban ejecutando eran las siguientes y que los únicos DME en uso disponible estaban ubicados en et Km. 12+500 y 50+900:

Sector	Progresiva		Transporte a Botadero (m3KM)	Precio Unitario (m3KM)	Total (US\$)
			Según Proyectos de Ingeniería de Detalle	Según Actas de Acuerdos	
T4-DR-02	13+455	13+505	21,900.29	0.76	16,644.22
T4-DR-03	14+180	15+050	520,035.85	0.76	395,227.25
T4-DR-04	16+300	16+610	145,021.71	0.76	110,216.50
T4-DR-05	17+400	17+650	329,645.15	0.76	250,530.31
T4-DR-06	17+800	18+300	586,221.04	0.76	445,527.99
T4-ET-02	27+915	27+945	232,781.46	0.76	176,913.91
T4-ET-14	40+300	40+400	5,039.31	0.76	3,829.88
T4-ET-11	54+620	54+780	10,053.97	0.76	7,641.02
					1'406, 531.07

3.9 *Se puede observar del cuadro anterior que la partida Transporte a botadero para estas obras es de US\$ 1'406,531.07 a Costo Directo, monto muy significativo teniendo en cuenta que las obras contratadas en las Actas mencionadas son de US\$ 8'302,303.16 y US\$3'716,851.02. Con ello, queda claro que la Concesionaria no se vio beneficiada en ningún supuesto, mas bien, con la utilización de ese DME se buscaba hacer menos oneroso al Estado el pago por obras accesorias."*

63. Sobre el particular, tal como se ha mencionado anteriormente, lo que se está analizando es el incumplimiento de la empresa concesionaria IIRSA Norte, de haber utilizado sin la aprobación previa del Programa de Manejo para Depósitos de Material Excedente (DME) y sin la autorización de OSITRAN la zona del Km. 25+800 LD, sin que ésta, esté contemplada dentro de las zonas que podían ser utilizadas como DME. Por tanto, cabe remarca que es el uso, de la zona del Km. 25+800 LD como DME, sin aprobación y autorización del Regulador lo que se ha tipificado como incumplimiento del Concesionario a su obligación de tutela en materia de protección al Medio Ambiente, debido a que la empresa concesionaria NO podía utilizar la zona del Km. 25+800 LD como DME, en vista de que no estaba autorizado para hacerlo.



64. De otro lado, cabe señalar que la utilización de dicha zona, antes de la debida autorización, es contraria a lo que establece el Contrato de Concesión, no es simplemente, tal como lo está presentando la empresa concesionaria, que la empresa sólo, no ha cumplido con un requerimiento formal. Justamente la evaluación de la zona, la evaluación del Programa de Manejo Ambiental para la

misma, y su puesta en marcha involucran un periodo de análisis que corresponde para llegar a que sea o no aprobado.

65. Además, se debe mencionar que la empresa concesionaria argumenta que el Oficio N° 3594-10-GS-OSITRAN, debe precisar cual es el nivel de gravedad del daño causado. Al respecto, se debe aclarar que el objetivo del oficio mencionado, es el de notificar un presunto incumplimiento basado en un Informe de Hallazgos, que en este caso, fue presentado por la Especialista Ambiental. Dicha notificación a tenor de lo señalado en el numeral 3 del artículo 234° de la Ley 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General es la puesta en conocimiento a los administrados y debe contener: i) Los hechos que se le imputan y que pueden constituir infracciones, ii) la expresión de las sanciones que se le pudieran imponer, iii) la autoridad competente para imponer la sanción; y, iv) la norma que atribuye tal competencia.
66. Por lo tanto, la norma que atribuye la Potestad Sancionadora a la Administración Pública en este caso OSITRAN no precisa que la notificación deba contener el nivel de gravedad del daño causado, pues esta se determinará al momento de imponer la sanción o no la sanción administrativa.
67. Adicionalmente, se debe precisar que la potestad sancionadora otorgada a la Administración Pública 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.
68. 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.
69. 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.
70. En tales casos, la potencial afectación al bien jurídico protegido³ 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.
71. En virtud de ello, el artículo 230° 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.



³ **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.

72. En ese sentido, OSITRAN considera en todo momento los principios mencionados durante 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.
73. Finalmente, cabe señalar que la empresa concesionaria argumenta que habría beneficiado al Estado Peruano, al escoger la zona del Km. 25+800 LD como DME, pero ello, no la justifica ni convalida el incumplimiento cometido.

- Del Incumplimiento denunciado

74. Tal como se ha podido advertir en el desarrollo del presente informe, la conducta de la empresa concesionaria es contraria a compromisos contractuales específicos, al haber incumplido con lo establecido en las Cláusulas 11.22 y 11.23, al haber utilizado la zona ubicada en el Km. 25+800 LD sin la autorización que corresponde como Depósito de Material Excedente, incumpliendo de esta forma, la obligación de tutela en materia de protección del Medio Ambiente.
75. Queda demostrado que la empresa concesionaria, ha quebrantado el principio de buena fe contractual con el que se suscribió el Contrato de Concesión, es decir, se ha producido la ruptura de la rectitud de la conducta contractual que deben observar las partes, pues dicho principio exige una conducta recta u honesta en relación con las partes interesadas en un acto, contrato o proceso.
76. Según lo antes mencionado, y de acuerdo a lo notificado a la empresa concesionaria a través del Oficio N° 3594-10-GS-OSITRAN, el incumplimiento materia del presente procedimiento, califica como Grave, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 13° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS).
77. Al respecto, cabe mencionar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 61° del RIS, y teniendo en consideración que IIRSA Norte se encuentra ubicada en la segunda escala, es decir, dentro de las empresas que cuentan con Ingresos Operativos Anuales entre 20 mil a 50 mil UIT, en el caso de acreditarse el incumplimiento denunciado, el importe de la multa a ser determinado podría alcanzar un monto máximo de 180 UIT.
78. En ese orden de ideas, habiéndose acreditado la comisión de la infracción de haber incumplido con lo establecido en las Cláusulas 11.22 y 11.23, al haber utilizado la zona ubicada en el Km. 25+800 LD sin la autorización que corresponde como Depósito de Material Excedente, incumpliendo de esta forma, la obligación de tutela en materia de protección del Medio Ambiente, 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.



En aplicación del principio de razonabilidad para graduar la sanción, se realiza teniendo en cuenta:

79. Para efectos de graduar la cuantía⁴ de la sanción, el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, establece en orden de prelación, que se deben observar los siguientes criterios: a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido. b) El perjuicio económico causado. c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción. d) Las Circunstancias de la comisión de la infracción. e) El beneficio ilegalmente obtenido. f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor. De los argumentos advertidos en el escrito de descargos se puede señalar lo siguiente:

- 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° 654-10-GS-OSTRAN, se ha evidenciado que "al no haber efectuado el retiro del material orgánico en la zona del Km. 25+800 LD, ha afectado a la flora de dicha zona y por ende el Medio Ambiente."

Lo mencionado en el párrafo anterior, configura un tema de Interés Público⁵, toda vez que, conforme se señaló líneas arriba, no se ha cumplido con lo con lo establecido en las Cláusulas 11.22 y 11.23, al haber utilizado la zona ubicada en el Km. 25+800 LD sin la autorización que corresponde como Depósito de Material Excedente, incumpliendo de esta forma, una obligación de tutela en materia de protección del Medio Ambiente. Es precisamente por eso, que el propio RIS tipifica el referido incumplimiento como una infracción grave.

Dentro de este contexto, tal como se mencionó en los numerales 44 al 51 del presente Informe para la aplicación de la sanción administrativa debe

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

Artículo 4.- Principios de la Potestad Sancionadora

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

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

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

Adicionalmente tendrá en consideración los siguientes criterios:

- Efectos en la calidad del servicio a los usuarios.
- Conducta procesal.

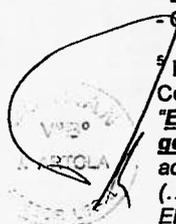
⁵ Respecto al Interés Público, en el fundamento 11 de la Resolución recalda en el Expediente N° 090-2004-AA, el Tribunal Constitucional a señalado lo siguiente:

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

(...)

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

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



cumplirse el hecho objetivo, es decir que la conducta se encuentre tipificada y solo para efectos de graduar la sanción es que se aplica el principio de razonabilidad normado en el artículo 230° de la Ley 27444 y en el artículo 4° del RIS. Es por ello, para la aplicación de una sanción administrativa debe tenerse presente que en muchos supuestos, como es el caso no se requiere que una conducta genere un daño efectivo para que sea calificada como una infracción y sancionada como tal. Es decir que lo que se requiere para la aplicación de una Sanción Administrativa es la potencial afectación del bien jurídico protegido o bien público protegido, por la norma que justifica que se sancione la conducta.

En tal sentido, el potencial perjuicio que pudo haber causado la Concesionaria al utilizar una zona que no estaba contemplada dentro de las zonas que podían ser utilizadas como DME, tal como lo señala el Informe de Hallazgos N° 654-10-GS-OSTRAN al mencionar que "al no haber efectuado el retiro del material orgánico en la zona del Km. 25+800 LD, ha afectado a la flora de dicha zona y por ende el Medio Ambiente" se confirma que es evidente que toda intrusión con materiales distintos a los propios de la zona, afectan la flora existente, en mayor o menor grado, lo que puede determinarse con un análisis adecuado, que en el presente caso, por no tratarse del incumplimiento evaluado, no se ha efectuado.

Asimismo, cabe recordar que, 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 es contraria al principio de obligatoriedad del contrato y buena fe contractual y que recogen 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 empresa concesionaria es contraria al orden contractual establecido, lo cual ha perturbado al Regulador, por cuanto al no haber cumplido con lo establecido en las Cláusulas 11.22 y 11.23, al haber utilizado la zona ubicada en el Km. 25+800 LD sin la autorización que corresponde como Depósito de Material Excedente, incumpliendo de esta forma, la obligación de tutela en materia de protección del Medio Ambiente, se ha vulnerado la buena fe contractual del Estado, hecho que hace imperativa la intervención de OSITRAN. **Por ello, la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, constituye un agravante al momento de graduar la sanción.**



- b) **En lo concerniente al perjuicio económico causado**, es propio anotar que en el Informe de Hallazgos N° 65410-GS-OSITRAN, no se ha evidenciado el perjuicio económico causado por la conducta de la empresa Concesionaria. **En ese sentido, dicho aspecto es un atenuante en la graduación de la sanción.**
- c) **En relación a la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción**, se debe señalar que a tenor de lo señalado en el Informe de Hallazgos N° 654-10-GS-OSITRAN y de la verificación efectuada al Registro de Infracciones y Sanciones aplicadas a las empresas prestadoras, se descarta la existencia de una conducta repetitiva de la Entidad Prestadora,

teniendo en consideración lo establecido en el Artículo 60° del RIS. **En ese sentido, dicho aspecto es un atenuante en la graduación de la sanción.**

- d) **En cuanto a las circunstancias de la comisión de la infracción**, de acuerdo a lo señalado en el Informe N° 654-10-GS-OSITRAN, se desprende que la empresa concesionaria conocía perfectamente las obligaciones contenidas en las Cláusulas 11.22 y 11.23 del Contrato de Concesión. Por lo tanto se advierte que en todo momento el Concesionario no tuvo voluntad de cumplir con solicitar la autorización correspondiente a OSITRAN, situación que sin duda evidencia un quebrantamiento al principio de buena fe contractual, lo cual debe ser tomado en cuenta al momento de graduar la sanción. **En ese sentido, dicho aspecto también es un agravante en la graduación de la sanción.**
- e) Por otra parte, cabe puntualizar que tanto Informe N° 654-10-GS-OSTRAN y del Expediente Administrativo, no se evidencian beneficios ilegalmente obtenidos por la empresa concesionaria. En ese sentido, **dicho aspecto también es un atenuante en la graduación de la sanción, por el cual cabe prueba en contrario.**
- f) **Teniendo en cuenta la existencia o no de intencionalidad.-** Como se podrá observar, en virtud a lo establecido en el Contrato de Concesión, la empresa concesionaria conocía que antes de utilizar una zona como DME, debe contar con la autorización correspondiente de OSITRAN.

La confrontación de los términos contractuales ya descritos frente a los actos materializados al interior del Concesionario, que han generado o han tenido como grave resultado el injustificable hecho de haber incumplido con lo establecido en las Cláusulas 11.22 y 11.23, al haber utilizado la zona ubicada en el Km. 25+800 LD sin la autorización que corresponde como Depósito de Material Excedente, incumpliendo de esta forma, una obligación de tutela en materia de protección del Medio Ambiente, nos permite afirmar si existió intencionalidad, por lo que se advierte un injustificable desconocimiento de los compromisos asumidos. Siendo que la imputabilidad de los hechos descritos en el presente informe demuestra que la empresa concesionaria IIRSA Norte tenía conocimiento de las normas contractuales previstas en el Contrato de Concesión. Por ello, dicha Empresa Concesionaria no podría alegar desconocimiento de que tenía que contar con las aprobaciones respectivas de los expedientes técnicos de las obras que se ejecutaron. **En ese sentido, dicho aspecto también es un agravante en la graduación de la sanción**

80. **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.



Determinación de la sanción:

81. De acuerdo a lo notificado a la empresa concesionaria IIRSA Norte, mediante el Oficio N° 3594-10-GS-OSITRAN, y en consideración que se ha evidenciado, que ha incumplido con lo establecido en las Cláusulas 11.22 y 11.23, al haber utilizado la zona ubicada en el Km. 25+800 LD sin la autorización que corresponde como Depósito de Material Excedente, incumpliendo de esta forma, una obligación de tutela en materia de protección del Medio Ambiente; el incumplimiento materia del presente procedimiento califica como Grave de acuerdo al Artículo 13° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) por lo que, en aplicación del Artículo 61° del mismo reglamento correspondería como sanción una multa hasta de 180 UIT.
82. 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; y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.
83. Asimismo, se debe tomar en cuenta que, 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, sino su aspecto represivo carecería de sentido.
84. 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 debiera imponerse como sanción una multa de diez (10) UIT's a la empresa concesionaria IIRSA Norte, por el incumplimiento detectado.

IV. CONCLUSIONES

85. La empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A. – IIRSA Norte, incumplió con lo establecido en las Cláusulas 11.22 y 11.23, al haber utilizado la zona ubicada en el Km. 25+800 LD sin la autorización que corresponde como Depósito de Material Excedente, incumpliendo de esta forma, la obligación de tutela en materia de protección del Medio Ambiente.
86. De conformidad con lo establecido en el Artículo 13° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) ha incurrido en infracción Grave.



V. RECOMENDACIÓN:

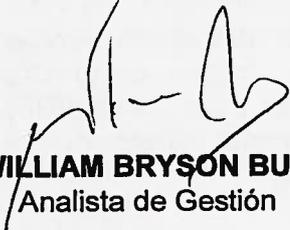
87. Se recomienda imponer como sanción una multa de diez (10) UIT's a la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A., por haber incumplido con lo establecido en las Cláusulas 11.22 y 11.23, al haber utilizado la zona ubicada en el Km. 25+800 LD sin la autorización que corresponde como Depósito de Material Excedente, incumpliendo de esta forma, la obligación de tutela en materia de protección del Medio Ambiente.



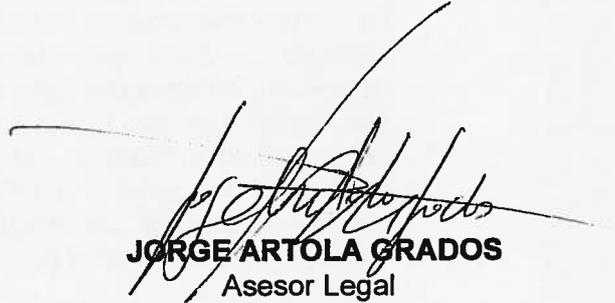
VI. ANEXO:

- Proyecto de Resolución de Gerencia General

Atentamente,



WILLIAM BRYSON BUTRICA
Analista de Gestión



JORGE ARTOLA GRADOS
Asesor Legal

REG. SAL-GS-10-
WBB-JÁG/mpa
HR: 19124

Resolución de Gerencia General

Nº xxxx-2010-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., en adelante IIRSA Norte, mediante el Oficio Nº 3594-10-GS-OSITRAN, sobre el presunto incumplimiento de las Cláusulas 11.22 y 11.23 del Contrato de Concesión.

Lima, xx de octubre de 2010

VISTOS:

El Expediente Sancionador Nº 12-2010-GS-OSITRAN remitido por la Gerencia de Supervisión, conjuntamente con la Nota Nº 1451-10-GS-OSITRAN y el Informe Nº 1322-10-GS-OSITRAN, a través del cual se evalúan los descargos presentados por la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A. y;

CONSIDERANDO:

Que el día 24 de junio de 2010, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN, recibe el Informe de Hallazgos Nº 654-10-GS-OSITRAN, donde se recomienda la evaluación del presunto incumplimiento contractual por parte de la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A., de las Cláusulas 11.22 y 11.23 del Contrato de Concesión;

Que el día 26 de agosto de 2010, mediante Oficio Nº 3594-10-GS-OSITRAN se notificó a la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A. respecto del presunto incumplimiento denunciado, de las Cláusulas 11.22 y 11.23 del Contrato de Concesión;

El 08 de setiembre de 2010, mediante la Carta Nº 1169-CINSA-OSITRAN, la empresa concesionaria solicita la ampliación del plazo para la remisión de sus descargos;

Que de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 66.5º del Reglamento de Infracciones y Sanciones, mediante el Oficio Nº 3825-10-GS-OSITRAN, se le otorga el plazo solicitado;

Que el día 17 de setiembre de 2010º, la empresa concesionaria IIRSA Norte remite sus descargos;

Que el día 18 de octubre de 2010, la Gerencia de Supervisión remite a la Gerencia General el Informe Nº 1322-10-GS-OSITRAN mediante el cual se evalúa los descargos alcanzados por la empresa concesionaria;

Que en el mencionado informe la Gerencia de Supervisión concluye que la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A. incumplió con lo establecido en las Cláusulas 11.22 y 11.23, al haber utilizado la zona ubicada en el Km. 25+800 LD sin la autorización que corresponde como Depósito de Material Excedente, incumpliendo de esta forma, la obligación de tutela en materia de protección del Medio Ambiente;



Que en el mismo informe, se recomienda imponer como sanción una multa de diez (10) UIT's a la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A., por haber incumplido con lo establecido en las Cláusulas 11.22 y 11.23, al haber utilizado la zona ubicada en el Km. 25+800 LD sin la autorización que corresponde como Depósito de Material Excedente, incumpliendo de esta forma, la obligación de tutela en materia de protección del Medio Ambiente;

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;

De conformidad con el Numeral 16 de las Funciones Generales de la Gerencia General, del Manual de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado mediante Resolución N° 006-2007-CD-OSITRAN y sus modificatorias, corresponde a esta Gerencia resolver en primera instancia el presente procedimiento administrativo sancionador;

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar que la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A. incumplió con lo establecido en las Cláusulas 11.22 y 11.23, al haber utilizado la zona ubicada en el Km. 25+800 LD sin la autorización que corresponde como Depósito de Material Excedente, incumpliendo de esta forma, la obligación de tutela en materia de protección del Medio Ambiente

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 diez (10) UIT's, 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

CARLOS AGUILAR MEZA
Gerente General

Reg. Sal. N° GG

