



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Resolución de Gerencia General

Nº 087-2010-GG-OSITRAN

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

PROCEDENCIA : Gerencia de Supervisión (GS)
ENTIDAD PRESTADORA : DP World Callao S.A.
MATERIA : Procedimiento Administrativo Sancionador notificado a la empresa DP World Callao S.R.L. mediante el Oficio Nº 1432-10-GS-OSITRAN, por el incumplimiento del literal b) de la Cláusula 11.6º del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, referido a la cobertura de Responsabilidad Civil Patronal, del Seguro de Responsabilidad Civil General, Contractual, Extra-Contractual, Patronal

Lima, 30 de setiembre de 2010

VISTOS:

El Expediente Sancionador Nº 02-2010-GS-OSITRAN, el escrito de Reconsideración presentado por la empresa concesionaria DP World Callao S.R.L. con fecha 17 de julio de 2010, y los Informes Nº 1019-10-GS-OSITRAN y Nº 1180-10-GS-OSITRAN;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES:

1. Con fecha 24 de julio de 2006 el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en calidad de EL CONCEDENTE y la empresa DP World Callao S.R.L. en calidad de EL CONCESIONARIO, suscriben el Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur;
2. Con Carta S/N de fecha 18 de febrero de 2008, recibida en OSITRAN el 19 de febrero de 2008, DP World Callao S.R.L. (en adelante DP World) remite las pólizas definitivas, la del Seguro Contra Todo Riesgo de Construcción y Montaje y, el Seguro de Responsabilidad Civil General, Contractual y Extra-Contractual; ambas contenidas en dos secciones, en la Póliza Nº 2826460 de Todo Riesgo Contratista (CAR), de acuerdo a lo señalado en las cláusulas del Contrato de Concesión;

Página 1 de 16

Av. República de Panamá Nº 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-5115
Fax : (511) 421-4739
e-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe



OSITRAN

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

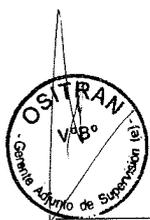


PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

3. Con Carta S/N de fecha 29 de febrero de 2008, recibida en OSITRAN el 04 de marzo de 2008, DP World remite la Póliza Multiriesgo para cubrir el riesgo de Terrorismo;
4. Mediante Oficio N° 1643-08-GS-OSITRAN de fecha 20 de junio de 2008, se le comunica al Concesionario DP World las observaciones realizadas por La Protectora - Asesor de Seguros, a la Póliza de Todo Riesgo de Contracción y Montaje (CAR);
5. Con Carta GG.DPWC.116.08 de fecha 22 de julio de 2008, la empresa Concesionaria nos informa que gran parte de las observaciones anotadas, se han solicitado los endosos respectivos, el resto de las mismas, se continúa con el análisis correspondiente;
6. Mediante Oficio N° 2508-08-GS-OSITRAN de fecha 29 de agosto de 2008, se le solicita a DP World, el envío de los endosos correspondientes a las observaciones registradas por nuestro asesor de seguros;
7. Con Carta GP.DPWC.107.08 de fecha 08 de setiembre de 2008, el Concesionario nos informa que los endosos solicitados se encuentran en proceso de emisión por sus reaseguradores internacionales, por tomar más tiempo que uno local;
8. Mediante Oficio N° 2912-08-GS-OSITRAN de fecha 03 de octubre de 2008, se les reitera el envío de los endosos solicitados y observados por nuestro asesor de seguros;
9. Con Carta GG.DPWC.170.08 de fecha 14 de octubre de 2008, la empresa concesionaria envía copia de los acuerdos adoptados entre OSITRAN y el Concesionario, restando remitir la información y documentación complementaria a la brevedad;
10. Mediante Oficio N° 3308-08-GS-OSITRAN de fecha 04 de noviembre de 2008, se les comunica que entre los acuerdos adoptados, se estableció la pronta remisión de la subsanación de las observaciones realizadas por nuestro asesor de seguros;
11. Con Carta N° GG.DPWC.181.08 de fecha 12 de noviembre de 2008, en respuesta, la concesionaria nos remite sólo copia del cargo de la entrega de la Póliza Multiriesgo;
12. Mediante Oficio N° 3716-09-GS-OSITRAN de fecha 19 de octubre de 2009, se le requiere al Concesionario cumpla en remitir la absolución a las observaciones pendientes, emitidas por nuestro asesor de seguros;
13. Con Carta GG.DPWC.105.09 de fecha 26 de octubre de 2009, el Concesionario nos remite copia de la Carta de su Corredor de Seguros, en donde se detallan las respuestas y comentarios a las observaciones formuladas;



Página 2 de 16

Av. República de Panamá N° 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-5115
Fax : (511) 421-4739
e-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe



OSITRAN

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

14. Mediante Oficio N° 3949-09-GS-OSITRAN de fecha 03 de noviembre de 2009, se informa al Concesionario luego de la revisión de sus pólizas de seguros por nuestro asesor de seguros, que subsisten entre otros, las observaciones anotadas en su oportunidad por dicho asesor de seguros, los cuales datan del año 2008;
15. Con Carta GG.DPWC.137.09 de fecha 23 de diciembre de 2009, el concesionario nos remite copia del endoso sobre lo observado en la Póliza Multiriesgo y, adjunta Carta de su Corredor de Seguros, dando respuesta a las observaciones anotadas;
16. Mediante Oficio N° 4761-09-GS-OSITRAN de fecha 28 de diciembre de 2009, se solicita a La Protectora - Corredor de Seguros, que nos brinde su opinión y/o recomendación en relación a la respuesta otorgada por el concesionario;
17. Con Carta LP-GCS 035-2010 recibida el 05 de febrero de 2010, La Protectora nos remite su opinión en relación a la respuesta otorgada por el Concesionario, sobre las observaciones realizadas por su representada en su oportunidad;
18. Mediante Oficio N° 665-10-GS-OSITRAN de fecha 18 de febrero de 2010, se informa al Concesionario, que nuestro asesor de seguros aún mantiene la observación en relación a la contratación de la cobertura para Responsabilidad Civil Patronal;
19. Con Carta GG.DPWC.025.10 recibida el 03 de marzo de 2010, el Concesionario nos informa que los plazos otorgados por OSITRAN, no consideran la complejidad y las sumas involucradas, al tener que discutir con empresas no domiciliadas cualquier observación sobre seguros;
20. El día 05 de marzo de 2010, la Gerencia de Supervisión recibe el Informe de Hallazgos N° 200-10-GS-OSITRAN, donde se recomienda la evaluación del presunto incumplimiento del literal b) de la Cláusula 11.6° del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, referido a la cobertura de Responsabilidad Civil Patronal, del Seguro de Responsabilidad Civil General, Contractual, Extra-Contractual, Patronal;
21. El día 14 de abril de 2010, mediante Oficio N° 1432-10-GS-OSITRAN se notificó a la empresa DP World, el presunto incumplimiento en que habría incurrido, y en base al Informe N° 200-10-GS-OSITRAN se le notifica que:

"Habría incumplido con lo establecido en el literal b) de la Cláusula 11.6° del Contrato de Concesión del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, al no haber efectuado la contratación de la cobertura para Responsabilidad Civil Patronal, de conformidad a lo indicado en dicho literal."
22. El 22 de abril de 2010, mediante la Carta N° GG.DPWC.066.10 la empresa DP World solicita prórroga para presentar sus descargos;

Página 3 de 16



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

23. Mediante el Oficio N° 1654-10-GS-OSITRAN, se le otorga la prórroga solicitada;
24. El día 05 de mayo de 2010, la empresa concesionaria DP World remite su Escrito de Descargos;
25. Mediante el Oficio N° 155-2010-GG-OSITRAN de fecha 23 de junio de 2010, la Gerencia General de OSITRAN remite a DP World, la Resolución de Gerencia General N° 052-2010-GG-OSITRAN;
26. El 17 de julio de 2010, DP World remite su Escrito de Reconsideración contra la Resolución de Gerencia General N° 052-2010-GG-OSTRAN;
27. Con fecha 19 de julio de 2010, DP World remite un escrito adicional, solicitando se considere el concepto de término de la distancia, en el sentido que su Escrito de Descargos, fue remitido un día posterior al vencimiento de su plazo;
28. Con fecha 18 de agosto de 2010, mediante Nota N° 1145-10-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión remite a la Gerencia General el Informe N° 1019-10-GS-OSITRAN, en el cual se evalúa el escrito de reconsideración presentado por la empresa DP World Callao S.R.L. contra la Resolución de Gerencia General N° 052-2010-GG-OSITRAN;
29. Mediante el Memorando N° 105-10-GG-OSITRAN de fecha 18 de agosto de 2010, en el marco del Artículo 67° del Reglamento de Infracciones y Sanciones, la Gerencia General solicita a la Gerencia de Supervisión complementar el Informe N° 1019-10-GS-OSITRAN, determinando con la Aseguradora Rímac Seguros, la fecha de contratación de la Póliza de Seguros N° 1201-517876, así como la correspondiente documentación sustentatoria;
30. Mediante el Oficio N° 3607-10-GS-OSITRAN de fecha 26 de agosto de 2010, OSITRAN solicita a la empresa Rímac Seguros, la confirmación de la fecha de contratación, así como la remisión de la documentación sustentatoria;
31. El día 14 de setiembre de 2010 mediante Carta s/n, la empresa Rímac Seguros, remite a OSITRAN la información solicitada en el numeral anterior;
32. El día 17 de setiembre de 2010, mediante la Nota N° 1308-10-GS-OSITRAN, se remite a la Gerencia General de OSITRAN el Informe N° 1180-10-GS-OSITRAN, que complementa el Informe N° 1019-10-GS-OSITRAN;
33. Mediante proveído en la Nota N° 1308-10-GS-OSITRAN, la Gerencia General solicita a la Gerencia de Supervisión correr traslado de la Comunicación de la empresa Rímac Seguros, así como solicita la actualización del Proyecto de Resolución de Gerencia General;





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

34. El día 21 de setiembre de 2010 mediante el Oficio N° 3979-10-GS-OSITRAN se remite a la empresa concesionaria DP World, las actuaciones realizadas;

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

35. De acuerdo a los antecedentes expuestos y lo señalado en el escrito de reconsideración, la cuestión a resolver consiste en determinar si los argumentos y/o nuevas pruebas presentadas, u otros elementos no tomados en cuenta en su momento, producen convicción para reconsiderar la Resolución materia de impugnación;

III. CUESTIÓN PREVIA: ANÁLISIS DE ADMISIBILIDAD

36. Para efectos de resolver, es necesario de manera previa, determinar la admisibilidad del Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa concesionaria DP World. Para ello se debe verificar que dicho recurso haya sido presentado: i) ante el órgano competente; ii) dentro del plazo legal; y iii) con una nueva prueba, de conformidad con lo establecido en el Artículo 71° del RIS, concordante con el Artículo 208° de la Ley N° 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG);
37. De acuerdo a lo establecido en el Artículo 71° del RIS, el Recurso de Reconsideración se interpone ante el mismo órgano que dictó el primer acto materia de la impugnación, es decir ante la Gerencia General. El plazo para la presentación de dicho recurso, es de quince (15) días contados a partir del 23 de junio de 2010, fecha en que se notificó la Resolución de Gerencia General N° 052-2010-GG-OSITRAN adjunta al Oficio N° 155-2010-GG-OSITRAN;
38. En el presente caso, se constata que la empresa concesionaria DP World presentó su Recurso de Reconsideración dirigido a la Gerencia General, con fecha 17 de julio de 2010, con lo cual se considera cumplido este requisito, teniendo en consideración que se le adiciona un día de plazo, de acuerdo al cuadro de términos de la distancia aprobado por la autoridad competente;
39. Asimismo, en lo que respecta de la nueva prueba, el mencionado Artículo 71° del RIS señala lo siguiente:

"Artículo 71°.- Recurso de reconsideración

El recurso de reconsideración se interpone ante la Gerencia General dentro del plazo de quince (15) días contados desde la notificación de la resolución a través de la cual se hubiese impuesto la sanción y deberá estar acompañado de una nueva prueba. La Gerencia General tendrá un plazo de veinte (20) días contados



OSITRAN

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

a partir de la fecha de la recepción de la reconsideración para resolver el mencionado recurso.

Transcurrido el plazo establecido sin que se hubiera obtenido el pronunciamiento respectivo, el interesado podrá considerar denegado su pedido pudiendo interponer el recurso de apelación."

(El subrayado es nuestro)

40. Como puede observarse, para la norma peruana no cabe la posibilidad que la autoridad administrativa pueda cambiar el sentido de un acto administrativo a sola petición, pues es de suponerse que la autoridad ha emitido la mejor decisión que a su criterio cabe aplicar al caso concreto; por ello, no es posible que se pretenda modificar el acto administrativo con tan solo presentar un nuevo pedido o una nueva argumentación sobre los mismos hechos. En consecuencia, para hacer posible el cambio de criterio, la norma "...exige que se presente a la autoridad un hecho tangible y no evaluado con anterioridad, que amerite la reconsideración"¹;

41. En ese sentido, la doctrina administrativa señala que no resultan idóneos como nueva prueba, una nueva argumentación jurídica sobre los mismos hechos, la presentación del documento original cuando en el expediente obraba una copia simple, entre otras². (El subrayado es nuestro);

42. El Recurso de Reconsideración presentado por la empresa concesionaria DP World de fecha 17 de julio de 2010, acompaña los siguientes documentos como supuestas nuevas pruebas:

- Copia de la Carta N° GG.DPWC.074.10 de fecha 04 de mayo de 2010.
- Copia de los descargos presentados a OSITRAN el día 05 de mayo de 2010.

43. Al respecto, analizaremos cada uno de los argumentos señalados en el Escrito de Reconsideración, así como la nueva prueba presentada;

IV. ANÁLISIS

44. A continuación se procederá a analizar los argumentos presentados por la empresa concesionaria DP World en su Recurso de Reconsideración:

- a) De la contratación de la Póliza de Responsabilidad Civil Patronal.
- b) De la aplicación del Principio de Razonabilidad en la imposición de la sanción.
- c) De la proporcionalidad de la sanción.

¹ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Séptima Edición, Revisada Actualizada, Gaceta Jurídica. Agosto 2003. Pág. 455

² Ibidem.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

a) De la contratación de la Póliza de Responsabilidad Civil Patronal.

45. Respecto al literal a) en el numeral 1.2 de su Recurso de Reconsideración, la empresa concesionaria manifiesta lo siguiente:

"1.2. Sin embargo, conforme a nuestra comunicación 1.2 GG.DPWC.074.10 de fecha 4 de mayo del 2010 y nuestro escrito de descargos de fecha 5 de mayo de 2010, nuestra empresa si cumplió con contratar la Póliza RCP. Adjuntamos a su Despacho como Anexo No. 1-A, como nueva prueba instrumental, ambos documentos que acreditan la contratación de la Póliza RPC.

Las características principales de dicha Póliza RCP son las siguientes:

Número de Póliza: 1201-517876
Asegurado: DP World Callao S.R.L. y/o empresas conexas
Vigencia: Del 4 de abril de 2008 al 30 de septiembre de 2010
Condiciones: Cubre exclusivamente la Responsabilidad Civil Patronal.
Suma asegurada: US\$ 1'000,000 (Un Millón de Dólares)
Aseguradora: Rímac Seguros."

46. Sobre el particular cabe señalar que el presente Procedimiento Administrativo Sancionador, fue comunicado a la empresa concesionaria DP World a través del Oficio N° 1432-10-GS-OSITRAN de fecha 14 de abril de 2010, y se notificó el presunto incumplimiento para que dicha empresa presente sus descargos;

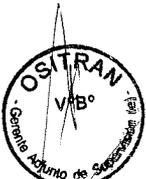


47. De acuerdo con el Informe de Hallazgos N° 200-10-GS-OSITRAN, la empresa DP World no había contratado hasta la fecha de la emisión de dicho informe, la cobertura de Responsabilidad Civil Patronal, del Seguro de Responsabilidad Civil General, Contractual, Extra-Contractual, Patronal, establecida en el del literal b) de la Cláusula 11.6° del Contrato de Concesión;



48. Por lo tanto, debe quedar en claro que se dio inicio al Procedimiento Administrativo Sancionador debido a que la empresa concesionaria DP World no tenía contratada la Cobertura de Responsabilidad Civil Patronal, del Seguro de Responsabilidad Civil General, Contractual, Extra-Contractual, Patronal, establecida en el del literal b) de la Cláusula 11.6° del Contrato de Concesión;

49. Ello se confirma, en la Carta S/N de fecha 20 de abril de 2010, de la empresa Willis Corredora de Seguros S.A., presentada por DP World, como parte de los Anexos del Escrito de Descargos de fecha 05 de mayo de 2010, la cual en su 5to. párrafo señala lo siguiente:





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

*"Con relación al acápite 11.6 sobre Responsabilidad Civil Frente a Terceros, y exclusivamente sobre la cobertura de Responsabilidad Civil Patronal, esta cobertura no es usual que sea incluida en pólizas internacionales de construcción pues se sabe que los trabajadores formalmente empleados bajo planilla cuentan con el Seguro de Accidentes de Trabajo (Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo) y más aún por que DP World Callao, en esta obra no es el constructor directo de la misma, cuya construcción está a cargo del contratista principal del cual dependen los trabajadores involucrados en las labores de construcción y supervisión. Es por esas razones que **en el programa de seguros contratado por DP World no se incluyó dicha cobertura.**"*

(El subrayado y negrita es nuestro)

50. Sobre el particular, cabe señalar que en el caso de que si la empresa Concesionaria consideraba que no debía o que no era necesaria la contratación de la cobertura mencionada, debió solicitar a la otra parte, su exclusión del Contrato antes de su suscripción;
51. Adicionalmente a ello, cabe mencionar que en el Escrito de Descargos presentado por la empresa Concesionaria el 05 de mayo de 2010, no se hace mención a la contratación de la Póliza de Responsabilidad Civil Patronal, si no que se hace referencia a otros seguros tomados por ella, que no corresponden a la cobertura mencionada;
52. Además, en el caso de que la cobertura mencionada se haya contratado posteriormente al inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador, ello no exime de responsabilidad a la empresa Concesionaria, quien debió contratar la cobertura en mención desde el año 2008, de acuerdo a lo que establece el Contrato de Concesión;
53. Por lo tanto, se evidencia de los presentes autos que la empresa Concesionaria, no tenía contratada la Cobertura de Responsabilidad Civil Patronal, del Seguro de Responsabilidad Civil General, Contractual, Extra-Contractual, Patronal, establecida en el literal b) de la Cláusula 11.6° del Contrato de Concesión, desde la fecha que debió hacerlo en el año 2008, hasta que se dio inicio el presente Procedimiento Administrativo Sancionador;
54. Adicionalmente, debemos advertir que del documento presentado como nueva prueba, no se evidencia la fecha de contratación de la Cobertura de Responsabilidad Civil Patronal, más solo se señala la fecha de la cobertura. Lo cual no genera convicción en la Administración que dicha póliza de Riesgo Civil patronal se haya contratado desde el 2008 fecha en que realmente se debió contratar dicha póliza;
55. Finalmente, cabe señalar que la misma empresa Rímac Seguros, mediante su Carta s/n de fecha 14 de setiembre de 2010, que se muestra en los antecedentes de la

Página 8 de 16



OSITRAN

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

presente Resolución, ha confirmado la fecha de contratación de la Póliza en mención como 03 de mayo de 2010;

56. Por lo tanto la comunicación mencionada, reconfirma el análisis efectuado en el Informe N° 1019-10-GS-OSITRAN, en el sentido de que la empresa DP World Callao S.R.L., no tenía contratada la Cobertura de Responsabilidad Civil Patronal, del Seguro de Responsabilidad Civil General, Contractual, Extra-Contractual, Patronal, establecida en el del literal b) de la Cláusula 11.6° del Contrato de Concesión, desde la fecha que debió hacerlo en el año 2008;

b) De la aplicación del Principio de Razonabilidad en la imposición de la sanción.

57. Sobre el particular, DP World con respecto a los criterios de gradualidad de la sanción, en el Numeral 2 de su Escrito de Reconsideración, señala lo siguiente:

"2.1 En el supuesto negado que la Gerencia General decida sancionar a DPWC, quisiéramos llamar la atención que la RESOLUCION IMPUGNADA nos ha impuesto una sanción de 50 UITs. Solicitamos revisar los criterios de gradualidad de la sanción, toda vez que, sin perjuicio que como hemos demostrado no se ha cometido ninguna infracción, respetuosamente consideramos que su Despacho ha impuesto una sanción excesiva.

2.2 Así pues, en caso su Despacho persista en considerar que el Concesionario ha cometido una infracción, en aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, debería reducir el monto de la sanción impuesta conforme a los términos de la presente Sección."

58. Con respecto a lo señalado por la empresa concesionaria, cabe señalar que la facultad atribuida a cualquier entidad para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados se encuentra recogida en el artículo 229° de la Ley N° 27444, aplicable supletoriamente para OSITRAN;

59. Asimismo, la potestad sancionadora otorgada a OSITRAN debe ser ejercida dentro de los parámetros fijados por el ordenamiento jurídico y conforme a los principios que inspiran el ejercicio del poder punitivo del Estado, señalado en la Ley de Procedimiento Administrativo General, conforme lo establece también el artículo 4° del RIS;

"Artículo N° 4.- Principios de la Potestad Sancionadora

OSITRAN deberá aplicar los principios a los que alude el artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444 y sus modificaciones"



OSITRAN

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

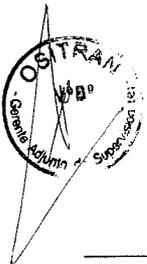


PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

60. En ese sentido, está claro que la potestad sancionadora deberá ser ejercida por la autoridad administrativa siempre que exista una conducta debidamente tipificada en el ordenamiento jurídico, toda vez que, de acuerdo al principio de tipicidad (o legalidad en el Código Penal) no se podrá sancionar por una acción u omisión no prevista como falta o infracción por la norma vigente al momento de su comisión;
61. De igual forma, cabe mencionar que la potestad sancionadora otorgada a la Administración Pública debe ser ejercida necesariamente dentro de los parámetros fijados por el ordenamiento y conforme a los principios que deben inspirar el ejercicio del poder punitivo del estado;
62. 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;
63. 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;**
64. 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;
65. En virtud de ello, el artículo 203º 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;
66. Por lo tanto, cabe señalar que OSITRAN sí ha considerado los principios antes mencionados en todo el Procedimiento Administrativo Sancionador, y más aún como es en el presente caso, en la oportunidad donde deben ser aplicados, vale decir, para la emisión de la Resolución de Sanción que considera entre otros el análisis de los hechos, como de los descargos de la entidad del supuesto incumplimiento;



c) De la proporcionalidad de 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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

67. Respecto a este literal, la empresa concesionaria en los Numerales 3.1 al 3.5 de su Escrito de Reconsideración señala lo siguiente:

"3.1 La proporcionalidad, por su parte, esta vinculada con la necesidad de mantener una debida proporción o congruencia entre el daño causado y su reposición; es decir, entre el medio a emplear y el fin público que se quiere tutelar, tal como lo dispone expresamente el artículo IV del Título Preliminar de la LPAG. En palabras de Garcia de Enterría:

"dentro del principio de razonabilidad debemos incluir el principio de proporcionalidad, de tal manera que la sanción que se impute a una infracción dada implique congruencia entre la infracción cometida, los fines a obtener con la sanción y el efecto de la misma".

3.2 Recordamos a su Despacho que conforme al artículo 230 de la LPAG "las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte mas ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales".

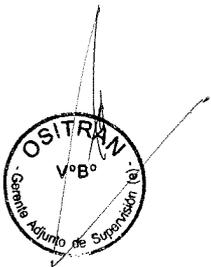
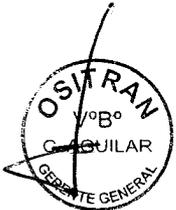
Comentando el artículo citado y, en particular la proporcionalidad del establecimiento de sanciones específicas, Morón Urbina señala lo siguiente:

"La sanción debe adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo proporcionalidad entre los medios a emplear y los fines públicos que debe tutelar, para que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción del cometido.

Existe el derecho de los administrados a que las actuaciones de las entidades que les afecten sean llevadas en la forma menos gravosa posible (regla de la moderación) y con ello evitar cualquier exceso en la punición."

De otro lado, el principio de proporcionalidad, tal como ha sido descrito por la doctrina citada y por la LPAG, se encuentra íntimamente vinculado con el fin público que se quiere alcanzar o el bien que se quiere proteger. Elio supone que, no existiendo afectación al bien público que se pretende proteger y, por lo mismo, habiendo desaparecido la finalidad o necesidad de proteger dicho bien, desaparece también la necesidad de aplicar sanción o de aplicar una sanción menor. "En este sentido, cabe concluir en que una determinada sanción administrativa resultara contraria a las exigencias constitucionales derivadas del principio de

Página 11 de 16





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

proporcionalidad, bien por resultar innecesaria una reacción de tipo punitiva, 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)".

- 3.3 Como podrá notar su Despacho en el Anexo 1-D, la prima de la póliza de seguros asciende a US\$ 7,500. Ese es el costo que se consigna en la Póliza RCP 1201-517876.

Es decir, en el supuesto negado que nuestra empresa hubiera decidido obtener un beneficio por el hecho de no contratar la Póliza RCP, este beneficio habría sido de US\$ 7,500.

El monto de US\$ 7,500 es equivalente a 5.87 UIT.

- 3.4 En este contexto, corresponde preguntarnos si es proporcional imponer una sanción de 50 UITs (aproximadamente US\$ 64,000) por una infracción que, en el supuesto negado que hubiera vulnerado el interés público, lo habría hecho únicamente por US\$ 7,500 (que sería el monto que, conforme a su Despacho, DPWC se habría ahorrado al no contratar la póliza).

Es evidente que no existe ningún tipo de proporcionalidad al pretender imponer una sanción de tal naturaleza, la cual excede en más de 9 veces el monto involucrado en la supuesta infracción.

Imponer una sanción de tal naturaleza perfora y vulnera de manera indiscutible el artículo 230° de la LPAG, por lo que la RESOLUCION IMPUGNADA.

- 3.5 Por lo anteriormente mencionado y sin perjuicio de considerar que en este caso no se ha producido infracción alguna, es claro que la aplicación del deber de proporcionalidad, la Gerencia General debería determinar la aplicación de una sanción mucho menor, que guarde correspondencia con el supuesto incumplimiento.

Si consideramos que US\$ 7,500 es equivalente a 5.85 UIT, su Despacho, respetando el principio de proporcionalidad, podría imponer una sanción un poco mayor Como, por ejemplo, 6 UIT."

68. Sobre el particular cabe señalar que la empresa DP World cuestiona el monto de la sanción debido a que sostiene que debe tenerse como referencia el costo de la Prima Anual de la Póliza en cuestión, teniendo en cuenta el Principio de Proporcionalidad.



OSITRAN

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

69. Con respecto a este punto se debe tener en consideración que, la sanción debe cumplir la finalidad de desincentivar la conducta infractora, por lo que en el presente caso corresponde imponer una multa, que no necesariamente debe coincidir con el costo de la prima no contratada, y que sea capaz de disuadir a la Concesionaria a cumplir oportunamente y sin necesidad de requerimiento previo alguno, las obligaciones contractuales asumidas.
70. Además, es por ello que en el momento de establecer la sanción se tienen presentes los criterios señalados en el Principio de Razonabilidad, establecido en el Numeral 3 del Artículo 230º de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y ello es lo que se ha efectuado para la emisión de la Resolución de Gerencia General N° 052-2010-GG-OSITRAN;
71. En ese sentido, en aplicación del Principio de Razonabilidad, la Resolución de Gerencia General N° 052-2010-GG-OSITRAN, señaló lo siguiente:

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

- i) ***La gravedad del daño al interés público o bien jurídico protegido, el perjuicio económico causado, la repetición de la comisión de infracción, las circunstancias de la comisión de la infracción y el beneficio ilegalmente obtenido.- En el presente caso, cabe tener en cuenta que de acuerdo al Informe N° 200-10-GS-OSTRAN, se ha evidenciado que no se ha ocasionado afectaciones contra los usuarios finales, usuarios intermedios, OSITRAN ni el Estado Peruano; sin embargo, de haber ocurrido algún siniestro que involucrará la afectación sobre la cobertura del riesgo aún sin contratar, se habría originado un perjuicio a terceros y al Estado Peruano, aún cuando el Contrato de Concesión obliga al Concesionario asumir plenamente su responsabilidad.***

Asimismo, cabe recordar que, conforme al Principio de Vinculación Contractual previsto en el artículo 1361º 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 concesionaria es contraria al orden contractual establecido, lo cual ha perturbado al Regulador, por cuanto al no haber cumplido con la contratación de la cobertura de Responsabilidad Civil Patronal establecida en su propio Contrato de Concesión, se ha vulnerado la buena fe contractual del Estado, teniéndose en consideración que han estado



OSITRAN

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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

descubiertos los trabajadores de la empresa concesionaria de los riesgos involucrados hecho que hace imperativa la intervención de OSITRAN.

No obstante ello, para la graduación de la sanción pecuniaria, debe tenerse presente que no se ha evidenciado en los presentes autos que se haya ocasionado un grave daño al interés público o bien jurídico protegido, ni perjuicio económico a los usuarios finales, los usuarios intermedios.

Así también, se debe mencionar que de la revisión efectuada al Registro de Infracciones y Sanciones aplicadas a las empresas prestadoras, se ha verificado que no existe antecedente, de sanción o conducta similar en años anteriores, para con la empresa concesionaria DP World, **por lo que se descarta que exista una conducta repetitiva.**

Asimismo, con respecto a los **beneficios ilegalmente obtenidos** por la empresa concesionaria, el numeral 30 del Informe N° 200-10-GS-OSTRAN, señala que: "La cobertura del riesgo solicitado en el contrato de concesión y no contratado por el concesionario, de acuerdo a lo observado por nuestro asesor de seguros, puede evidenciar que la empresa concesionaria DP WORLD, ha obtenido beneficios adicionales, al no sufragar un mayor gasto por concepto de primas de seguros, al no contratar la totalidad y a tiempo el riesgo solicitado en el literal b) de la Cláusula 11.6° del Contrato de Concesión."

- ii) **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 perfectamente el momento y las condiciones de las Pólizas y coberturas que debía contratar, no obstante ello, incumplió con la contratación de la cobertura de Responsabilidad Civil Patronal establecida en el literal b) de la Cláusula 11.6° del Contrato de Concesión.

Si bien es cierto, 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 **no haber contratado la cobertura de la Responsabilidad Civil Patronal** no nos permite afirmar si existió o no intencionalidad, lo que si se evidencia es que hubo un accionar de negligencia inexcusable, considerando que se advierte un injustificable desconocimiento de los compromisos asumidos.

En esta línea, debe entenderse a la negligencia inexcusable⁴ como la falta de cuidado en el obrar, la no diligencia en el no obrar en que incurre un hombre que no es diligente, de suerte que el daño causado fuera previsto o pudo ser previsto, constituyendo un acto de ilicitud civil el no cumplir con los procedimientos

⁴ Manual del Acto Jurídico 3ra edición aumentada y corregida – José León Barandearán 1964.
Página 14 de 16





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

establecidos en el Contrato de Concesión. Siendo que la imputabilidad de los hechos descritos en el presente informe demuestran que la Empresa Concesionaria DP World 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 estar contratada la cobertura de Responsabilidad Civil Patronal

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."

72. Tal como se ha podido apreciar la Gerencia General de OSITRAN ya se pronunció, en la Resolución impugnada, respecto al presente punto argumentado por la empresa concesionaria DP World.

En relación a la nueva prueba

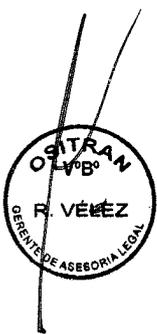
73. Respecto de la nueva prueba la empresa DP World, presentó los siguientes documentos:

- a. Copia de la Carta N° GG.DPWC.074.10 de fecha 04 de mayo de 2010
- b. Copia de los descargos presentados a OSITRAN el día 05 de mayo de 2010.

74. Respecto al documento del literal a) Copia de la Carta N° GG.DPWC.074.10 de fecha 04 de mayo de 2010, se debe señalar que se considera para los presentes autos como nueva prueba puesto que no se ha evaluado con anterioridad a la presentación del Recurso de Reconsideración; pero no causa convicción para optar un cambio de criterio de la Administración, debido a que se trata de una comunicación que informa sobre cobertura de Responsabilidad Civil Patronal, no señalando la fecha en que ha sido contratada. Por lo tanto, dicha cobertura ha sido presentada luego del inicio del presente Procedimiento Administrativo Sancionador y no como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el literal b) del Artículo 11.6° del Contrato de Concesión;

75. Con relación al documento del literal b) Copia de los descargos presentados a OSITRAN el día 05 de mayo de 2010, cabe señalar que no se trata de una nueva prueba, ya que justamente dicho documento sirvió como base para la emisión de la Resolución de Gerencia General N° 052-2010-GG-OSITRAN;

76. Por lo tanto, teniendo en cuenta lo mencionado anteriormente y considerando lo establecido en el Artículo 71° del Reglamento de Infracciones y Sanciones aprobado





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN y sus modificaciones (en adelante RIS), concordante con el Artículo 208° de la Ley N° 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG), el documento presentado bajo el literal a) constituye nueva prueba, y no así, el documento señalado en el literal b);

77. En ese sentido, se considera que no existe argumentación diferente a la ya presentada, que deba ser nuevamente reevaluada, en vista de que la Gerencia General, ha considerado aquellos aspectos en el momento de emitir la Resolución N° 052-2010-GG-OSITRAN antes mencionada;
78. En virtud de lo anterior, el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa concesionaria DP World Callao S.R.L debe ser declarado INFUNDADO;
79. Luego de la revisión del Informe de vistos, esta Gerencia lo hace suyo y en consecuencia, lo incorpora íntegramente en la parte considerativa de la presente Resolución;
80. De conformidad con el Artículo 71° del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, en concordancia con lo dispuesto en el Numeral 16 de las Funciones Generales de la Gerencia General, del Manual de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado mediante Resolución N° 009-2009-CD-OSITRAN, corresponde a esta Gerencia resolver el Recurso de Reconsideración interpuesto en el presente procedimiento administrativo sancionador;

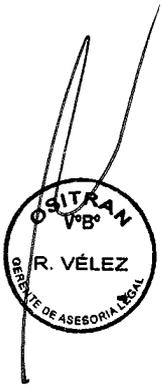
Por lo expuesto, **SE RESUELVE:**

PRIMERO: Declarar **INFUNDADO** el Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa DP World Callao S.R.L. contra la Resolución de Gerencia General N° 052-2010-GG-OSITRAN, por los fundamentos expuestos en la presente Resolución.

SEGUNDO: Notificar la presente Resolución a la empresa DP World Callao S.R.L., al Ministerio de Transportes y Comunicaciones y comunicar a la Gerencia de Supervisión de OSITRAN.

Regístrese, Comuníquese y Archívese

CARLOS AGUILAR MEZA
Gerente General



Reg. Sal. N° GG-20171-10

Página 16 de 16