

# *Resolución de Gerencia General*

Nº 064-2009-GG-OSITRAN

## **PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

**PROCEDENCIA** : Gerencia de Supervisión (GS)  
**ENTIDAD PRESTADORA** : Concesión Canchaque S.A.  
**MATERIA** : Procedimiento Administrativo Sancionador notificado a la empresa concesionaria Concesión Canchaque S.A. mediante el Oficio Nº 3337-09-GS-OSITRAN, por el presunto incumplimiento de la Cláusula 13.3 del Contrato de Concesión.

Lima, 20 de noviembre de 2009

### **VISTOS:**

El Expediente Sancionador Nº 15-2009-GS-OSITRAN remitido por la Gerencia de Supervisión, mediante Nota Nº 1511-09-GOSITRAN, cuyo adjunto es el Informe Nº 973-09-GS-OSITRAN, de fecha 06 de noviembre de 2009, a través del cual se evalúan los descargos presentados por la empresa Concesión Canchaque S.A. y;

### **CONSIDERANDO:**

#### **I. ANTECEDENTES**

1. Con fecha 09 de febrero del 2007, el Concedente actuando a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en adelante el Concedente, y la empresa Concesión Canchaque S.A., suscribieron el Contrato de Concesión de las Obras de Rehabilitación, Mejoramiento y Explotación de los Tramos Viales Empalme 1B – Buenos Aires – Canchaque del Programa Costa – Sierra.
2. Mediante la Resolución Directoral Nº 007-2008-MTC/16 de fecha 08.02.2008, el Concedente aprobó el Estudio de Impacto Ambiental del Contrato de Concesión de las Obras y el Mantenimiento de los Tramos Viales: Empalme 1B – Buenos Aires – Canchaque.
3. Mediante la Resolución Directoral Nº 1033-2008-MTC/20 de fecha 28.02.2008, el Concedente aprobó el expediente Estudio Definitivo de Ingeniería – EDI, para las Obras y Mantenimiento de los Tramos Viales Empalme 1B – Buenos Aires – Canchaque.
4. Las obras de construcción de los referidos tramos viales se dieron inicio el 28 de abril del 2008, conforme lo señalado en la Anotación Nº 03 de fecha 28.04.2008 del Libro de Obra, la Carta Nº CCo54-08 de 30.04.2008 de la empresa Concesión Canchaque S.A. y el Oficio Nº 413-2008-MTC/25 de fecha 25.04.2008 del Concedente.

5. Según lo indicado en la Nota N° 1365-08-GS-OSITRAN, de fecha 25 de noviembre de 2008, la empresa Concesión Canchaque S.A. había utilizado como Depósito de Material Excedente (DME) una zona ubicada en el Centro Poblado "La Alberca", el mismo que no estuvo considerado en el Estudio de Impacto Ambiental aprobado por la autoridad competente (Dirección General de Asuntos Socio Ambientales – DGASA del MTC).
6. Con fecha 24 de julio de 2009, la Gerencia de Supervisión recibe el Informe N° 631-09-GS-OSITRAN, formulado por el Supervisor de Inversiones, mediante el cual se da cuenta del presunto incumplimiento de la Cláusula 13.3 del Contrato de Concesión, por parte de la empresa Concesión Canchaque S.A., al haber utilizado la zona ubicada en el Km. 44+400 "La Alberca", como depósito de material excedente, el mismo que no había sido considerado en el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) aprobado.
7. Mediante Oficio N° 3337-09-GS-OSITRAN, se notificó a la empresa concesionaria del inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador por el presunto incumplimiento de la Cláusula 13.3 del Contrato de Concesión señalando que:

*"Habría incumplido con lo establecido en la Cláusula 13.3, al haber utilizado la zona La Alberca que no estaba autorizada como Depósito de Material Excedente en el Estudio de Impacto Ambiental aprobado, incumpliendo de esta forma, una obligación de tutela en materia de protección del Medio Ambiente."*

8. Con fecha 25 de setiembre de 2009, la empresa Concesión Canchaque S.A., mediante la Carta N° CC-235-09 remitió su Escrito de Descargos.

### III. ANÁLISIS

#### **- De la Obligación contractual:**

9. La cláusula 13.3 del Contrato de Concesión, señala lo siguiente:

*"13.3.- Con el propósito de minimizar los impactos negativos que se puedan producir al medio ambiente en el área de influencia de la Concesión, el CONCESIONARIO deberá cumplir, durante las etapas de Construcción, Conservación y Explotación, con las especificaciones y medidas definidas en el Estudio de Impacto Ambiental del Tramo, el cual se elaborará como parte del Estudio Definitivo de Ingeniería, y estará a cargo del CONCESIONARIO, conforme se establece en la Cláusula 13.8 y siguientes de esta sección."*

10. Tal como se aprecia, el Contrato de Concesión, claramente establece la obligación del cumplimiento del Estudio de Impacto Ambiental, con el propósito de minimizar los impactos negativos que se puedan producir al medio ambiente en el área de influencia de la Concesión.

**- De la tipificación efectuada por OSITRAN:**

11. Mediante el Oficio N° 3337-GS-OSITRAN se le notificó a la empresa Concesión Canchaque S.A., que el presunto incumplimiento de la obligación establecida en la Cláusula 13.3 del Contrato de Concesión, debido a que utilizó la zona La Alberca que no estaba autorizada como Depósito de Material Excedente (en adelante DME) en el Estudio de Impacto Ambiental aprobado, incumpliendo de esta forma, una obligación de tutela en materia de protección del Medio Ambiente.
12. Asimismo, se le comunicó que el presunto incumplimiento, se encontraba tipificado en el Artículo 13° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS)<sup>1</sup>, 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."*

**- De los descargos presentados:**

13. A continuación se procederá a analizar los descargos presentados por la empresa Concesión Canchaque S.A.:
  - a) Del incumplimiento contractual imputado y su subsanación
  - b) Del Principio de Razonabilidad

**a) Del incumpliendo contractual imputado y su subsanación**

14. En el Numeral 2.9 del Escrito de Descargos, la empresa concesionaria llega a la siguiente conclusión:

*"2.9 Por lo anteriormente expuesto, si bien es cierto que el DME La Alberca no se encuentra previsto en el EIA, su utilización inicial se realizó teniendo en consideración (i) la obligación contractual de llevar a cabo las Obras conforme a lo establecido en el EDI (que sí contempla al DME La Alberca); y, (ii) la confusión generada por el propio Concedente al aprobar el EDI que incluía al DME La Alberca, pese a que anteriormente había aprobado el EIA sin incluirlo."*

*Notificados de lo ocurrido por la DGASA se procedió mediante un Plan de Manejo Ambiental previamente aprobado al traslado del material depositado en dicho DME hacia otros DMEs previstos en el EIA, habiéndose verificado tanto por la*

---

<sup>1</sup> 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.

*DGASA como por la Supervisión el cumplimiento de este plan así como la no afectación del medio ambiente ni a y terceros.*

*Resulta evidente que lo ocurrido no obedece a una intención dolosa de nuestra intención Por lo anteriormente expuesto, si bien es cierto que el DME La Alberca no se encuentra previsto en el EIA, su utilización inicial se realizó teniendo en consideración (i) la obligación contractual de llevar a cabo las Obras conforme a lo establecido en el EDI (que sí contempla al DME La Alberca); y, (ii) la confusión generada por el propio Concedente al aprobar el EDI que incluía al DME La Alberca, pese a que anteriormente había aprobado el EIA sin incluirlo.”*

15. Sobre el particular, cabe señalar que mediante Decreto Supremo N° 021-2007-MTC, se aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del MTC mediante el cual se considera a la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales - DGASA del MTC, como un órgano de Línea del Subsector Transportes.

Como tal, la DGASA, es la Autoridad Ambiental del Subsector Transportes y entre sus principales funciones está el velar por el cumplimiento de las normas de conservación del medio ambiente con el fin de garantizar el adecuado manejo de los recursos naturales durante el desarrollo de las obras de infraestructura de transporte.

16. Asimismo, la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, en su artículo 3º, señala la obligatoriedad de la certificación ambiental y a partir de la entrada en vigencia de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 019-2009-MINAN, se establece que no podrá iniciarse la ejecución de proyectos si no cuentan previamente con la certificación ambiental contenida en la Resolución expedida por la respectiva autoridad competente y ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local podrá aprobarlas, autorizarlas, permitir las, concederlas o habilitarlas.
17. Sobre el particular es necesario precisar que, los instrumentos de gestión ambiental, que tienen un carácter preventivo, contribuyen a hacer más eficiente la planificación y ejecución de planes y la toma de decisiones en materia ambiental y debe ser utilizada por las autoridades competentes, para aprobar y emitir la certificación ambiental y contribuir a la mayor eficacia y eficiencia de las políticas, planes, programas y proyectos de inversión bajo los mandatos, criterios y procedimientos establecidos en la Ley, el Reglamento y las demás normas complementarias.
18. Si bien es cierto que el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) aprobado para la Concesión de las obras y el mantenimiento de los tramos viales Empalme 1B – Buenos Aires - Canchaque, mediante Resolución Directoral N° 007-2008-MTC/16, contempla un número importante de áreas auxiliares de apoyo, como DME, Canteras, Campamentos, Plantas Industriales, etc., es factible que se soliciten nuevas áreas auxiliares con el fin de optimizar recursos y disminuir los costos, especialmente del transporte, acción que no fue realizada por la empresa Concesión Canchaque S.A.

19. Mas aún, estas solicitudes consideradas modificaciones al EIA, deben ser concordantes con lo que establece la Cláusula 13.8 del Contrato de Concesión en su cuarto párrafo, donde se señala que en la eventualidad de ser rechazado o requerir la modificación del Estudio de Impacto Ambiental (EIA), el Concesionario deberá en el plazo que el Concedente determine, presentarlos nuevamente a la DGASA para su aprobación.
20. Adicionalmente, cabe señalar que a partir de la entrada en vigencia del Reglamento de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, toda modificación a los EIA se trataran de acuerdo a su Artículo 28º, que en su cuarto párrafo indica: "la modificación del Estudio de Impacto Ambiental o la aprobación de instrumentos de gestión ambiental complementarios implica necesariamente y según corresponda, la actualización de los planes originariamente aprobados al emitirse la certificación ambiental.
21. Tal como se aprecia, existe una legislación aplicable respecto a los asuntos ambientales, y como es en este caso en particular, las modificaciones a los EIA deben contemplar los pasos previos, que justamente es la aprobación antes de efectuar alguna actividad que pueda contravenir el orden ambiental de las zonas de influencia de la carretera.
22. Entonces, la empresa Concesión Canchaque S.A. ha debido tramitar oportunamente ante la DGASA, como única autoridad ambiental competente para dichos fines, los expedientes ambientales necesarios para su evaluación y aprobación, en forma previa a la intervención del área, independientemente que con fecha posterior, en el Estudio Definitivo de Ingeniería, por error, se haya aprobado la zona La Alberca, como DME.
23. Asimismo, cabe precisar que presentar y/o solicitar en vías de regularización, el trámite de documentos de manera posterior al inicio de las actividades, origina que estos documentos de gestión ambiental pierdan su carácter preventivo, incumpliendo con la Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, su Reglamento y la Ley General del Ambiente.
24. Es por esa razón que la DGASA mediante el Memorando N° 454-2008-MTC/16, observa el uso de la zona La Alberca como DME, requiriendo la suspensión de su uso. En este punto cabe resaltar, que la empresa Concesión Canchaque S.A., ante el requerimiento de la DGASA, procedió a suspender definitiva e inmediatamente la utilización del DME La Alberca, presentando posteriormente un Plan de Manejo Ambiental con las medidas correctivas necesarias a fin de evitar o mitigar cualquier daño que pudiera haber sido causado.
25. Por tanto, teniendo en consideración lo antes expuesto, no es aceptable la justificación indicada por la empresa Concesión Canchaque S.A., de la supuesta confusión creada por el propio Concedente, al aprobar el EDI que incluía al DME La Alberca, pese a que anteriormente había aprobado el EIA, teniendo en cuenta que la empresa concesionaria debe conocer que existe una legislación ambiental vigente en el Perú y de las funciones que ejercen cada una de las Direcciones de Línea del MTC.

26. Finalmente, es menester precisar que el goce de los derechos adquiridos presupone que estos hayan sido obtenidos conforme a ley, toda vez que el error no genera derecho; consecuentemente, cualquier equivocación en la aprobación de un DME en un documento que no corresponde (como es el caso del uso de la zona La Alberca como DME en el EDI), no debe oponerse sobre un derecho legalmente adquirido, es decir que la verdadera aprobación de la zona La Alberca como DME correspondería, en todo caso en ocasión en que se apruebe el EIA, que es el documento, que legalmente corresponde aplicar.

#### b) Del Principio de Razonabilidad

27. Respecto a este punto la empresa concesionaria en el numeral II.3 de su escrito de descargos, señala lo siguiente:

*"III. El Principio de Razonabilidad:*

*En el supuesto negado en el cual la Gerencia General de OSITRAN, pese a los argumentos señalados, considere que los hechos ocurridos deben ser materia de una sanción, solicitamos que, a efectos de su graduación se tenga especial observancia del cumplimiento del Principio de Razonabilidad recogido en el Inciso 3 del Artículo 230 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el que señala lo siguiente:*

*...*

28. Sobre el particular cabe mencionar que la potestad sancionadora otorgada a la Administración Pública debe ser ejercida necesariamente dentro de los parámetros fijados por el ordenamiento y conforme a los principios que deben inspirar el ejercicio del poder punitivo del estado
29. 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.
30. 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.
31. En tales casos, la potencial afectación al bien jurídico protegido<sup>2</sup> 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

---

<sup>2</sup> **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.

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.

32. En virtud de ello, el artículo 230º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, al desarrollar el principio de razonabilidad, señala que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.
33. Por lo tanto, OSITRAN sí considera en todo momento los principios mencionados en todo el Procedimiento Administrativo Sancionador, y más aún como es en el presente caso, en la oportunidad donde deben ser aplicados, vale decir, para la emisión de la Resolución de Sanción que considera entre otros el análisis de los hechos, como de los descargos de la entidad del supuesto incumplimiento.
34. Según lo antes mencionado, y de acuerdo a lo notificado a la empresa concesionaria a través del Oficio N° 3337-09-GS-OSITRAN, el incumplimiento materia del presente procedimiento, califica como Grave, de acuerdo a lo dispuesto en el Artículo 13º del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS).
35. Al respecto, cabe mencionar que de acuerdo a lo que establece el Artículo 61º del RIS, y teniendo en consideración que la empresa Concesión Canchaque S.A. se encuentra en la escala de las empresas que cuentan con Ingresos Operativos Anuales menores a 20 mil UIT, la multa a ser determinada podría alcanzar un monto máximo de 60 UIT.
36. En ese orden de ideas, habiéndose acreditado la comisión de la infracción tipificada en el Artículo 13º del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS), corresponde determinar la sanción aplicable conforme a lo señalado en el Artículo 4º del RIS y a los criterios señalados en el numeral 3) del Artículo 230º 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:**

- 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 de Hallazgos N° 631-09-GS-OSTRAN, el incumplimiento denunciado, en lo que se refiere a OSITRAN no es posible cuantificar una afectación directa. Sin embargo, a pesar de no poder cuantificarse el daño a terceros, el Informe Especial N° 024-CVP que forma parte integrante del Informe de Hallazgos N° 631-09-GS-OSTRAN, da cuenta de que sí se habría puesto en riesgo a la población, al haberse generado en ella, la idea de que el material depositado indebidamente les brindaba protección ante una eventual avenida extraordinaria de aguas de la quebrada; y que en lo que se refiere a la caracterización de la zona donde la empresa Concesión Canchaque S.A. depositó indebidamente excedente de material, sí se habría ocasionado una alteración al

entorno paisajístico por el depósito material que no contiene características de los materiales propios de la zona.

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 de la concesionaria es contraria al orden contractual establecido, lo cual ha perturbado el medio ambiente de la zona, por cuanto al haber utilizado la zona La Alberca que no estaba autorizada como Depósito de Material Excedente en el Estudio de Impacto Ambiental aprobado, ha incumplido, su obligación de tutela en materia de protección del Medio Ambiente.

En lo que se refiere al **daño al interés público o bien jurídico protegido, y el perjuicio económico causado**, se debe considerar que, si bien es cierto la empresa concesionaria utilizó la zona La Alberca, zona que no estaba autorizada como Depósito de Material Excedente en el Estudio de Impacto Ambiental debidamente aprobado, incumpliendo de esta forma, una obligación de tutela en materia de protección del Medio Ambiente, también es cierto que presentó un Plan de Manejo Ambiental que fue aprobado por la DGASA, con las medidas correctivas necesarias a fin de evitar o mitigar cualquier daño que pudiera haber sido causado, el cual fue puesto en marcha, culminando en la movilización del material depositado, trasladándolo a otros DMEs autorizados, actividades que fueron monitoreadas por la misma DGASA.

Por otro lado, 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 Concesión Canchaque S.A., **por lo que se descarta que exista una conducta repetitiva.**

Asimismo, con respecto a los **beneficios ilegalmente obtenidos** por la empresa concesionaria, el numeral 6.3 del Informe de Hallazgos N° 631-09-GS-OSITRAN señala que, *"El Concesionario, al depositar el material excedente en la zona de La Alberca, se benefició al disminuir el tiempo de traslado de dicho material excedente en comparación al que hubiera empleado si depositaba dicho material en Depósitos autorizados. En cuanto al posible beneficio económico, este no ha sido posible determinarlo"*.

- ii) **Teniendo en cuenta la existencia o no de intencionalidad.-** Como se ha podido observar, en virtud a lo establecido en el Contrato de Concesión, la empresa concesionaria conocía perfectamente la obligación de tutela que debía ejercer para proteger el Medio Ambiente, no obstante ello, incumplió con dicha obligación. Si bien lo sucedido no nos permite afirmar si existió o no intencionalidad, lo que si se evidencia es que hubo negligencia inexcusable por parte de la empresa

concesionaria Concesión Canchaque S.A. para el cumplimiento de la obligación contractual aludida.

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 empresa concesionaria a cumplir oportunamente y sin necesidad de requerimiento previo alguno, las obligaciones contractuales asumidas.

37. Por tal motivo, la Gerencia de Supervisión recomienda imponer como sanción una multa ascendente a diez (10) UIT a la empresa Concesión Canchaque S.A., por haber incumplido con lo establecido en la Cláusula 13.3, al haber utilizado la zona La Alberca que no estaba autorizada como Depósito de Material Excedente en el Estudio de Impacto Ambiental aprobado, incumpliendo de esta forma, una obligación de tutela en materia de protección del Medio Ambiente.

38. 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;

39. De conformidad con el Numeral 15 de las Funciones Generales de la Gerencia General, del Manual de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado mediante Resolución N° 008-2006-CD-OSITRAN, la Gerencia General;

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO:** Declarar que la empresa Concesión Canchaque S.A. incumplió con lo establecido en la Cláusula 13.3, al haber utilizado la zona La Alberca que no estaba autorizada como Depósito de Material Excedente en el Estudio de Impacto Ambiental aprobado, incumpliendo de esta forma, una obligación de tutela en materia de protección del Medio Ambiente; dicho incumplimiento está tipificado en el artículo 13° del RIS como una infracción GRAVE.

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

**TERCERO:** Notificar la presente Resolución a la empresa Concesión Canchaque 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

**EDGARDO HOPKINS TORRES**  
**Gerente General ( e )**