



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Resolución de Gerencia General

Nº 065-2010-GG-OSITRAN

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

PROCEDENCIA	: Gerencia de Supervisión (GS)
ENTIDAD PRESTADORA	: OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A.
MATERIA	: Procedimiento Administrativo Sancionador notificado a la empresa concesionaria OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A. mediante el Oficio Nº 2266-10-GS-OSITRAN, por el presunto incumplimiento de la obligación establecida en la cláusula 6.5 del Contrato de Concesión.

Lima, 02 de agosto de 2010

VISTOS:

El Expediente Sancionador Nº 08-2010-GS-OSITRAN remitido por la Gerencia de Supervisión, conjuntamente con la Nota Nº 1000-10-GS-OSITRAN y el Informe Nº 827-10-GS-OSITRAN, a través del cual se evalúan los descargos presentados por la empresa concesionaria OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A. y;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), quien actúa como Concedente, suscribió con fecha 30 de abril de 2009, el Contrato de Concesión con la empresa Concesionaria "OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A.", a través del cual el Concedente transfiere al Concesionario la potestad de prestar el Servicio a favor de los Usuarios, para lo cual le concede el aprovechamiento económico de los Bienes de la Concesión. Para tal fin, el Concesionario deberá cumplir con los parámetros, niveles, capacidad y otros asociados a la inversión, así como con los estándares y Niveles de Servicio, previstos en el Contrato de Concesión por un periodo de quince (15) años, contados desde la fecha de Inicio de la Explotación.
2. Con Carta OBRAINSA 41517-09 de fecha 21 de agosto De 2009, el Concesionario solicita al Regulador una ampliación de plazo de sesenta (60) Días Calendario para la presentación de los Estudios Definitivos de Ingeniería (EDI) y los Estudios de



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

Impacto Ambiental (EIA), en virtud del segundo párrafo de la cláusula 6.5 del Contrato de Concesión.

3. Mediante Oficio N° 1207-2009-MTC/25 de fecha 17 de setiembre de 09, el Concedente otorga al Concesionario tan sólo una ampliación de plazo de treinta (30) Días Calendario (hasta el 27 de octubre de 2009) para el desarrollo del Estudio Definitivo de Ingeniería y Estudio de Impacto Ambiental.
4. Mediante Carta N° OBRAINSA 42172-09 de fecha 13 de octubre 2009, el Concesionario reitera a la Dirección General de Concesiones en Transportes, la solicitud de ampliación de plazo por treinta (30) Días Calendario adicionales (26 de noviembre de 2009).
5. Mediante Oficio N° 1389-2009-MTC/25 de fecha 26 de octubre de 2009, el Concedente otorga al Concesionario una ampliación de treinta (30) Días Calendario adicionales, con lo cual la ampliación de plazo es de 60 Días Calendario, para el desarrollo de los Estudios Definitivos de Ingeniería y los Estudios de Impacto Ambiental.
6. Mediante Oficio N° 4339-09-GS-OSITRAN de fecha 30 de noviembre de 09, OSITRAN invoca al Concesionario a cumplir con la presentación del Estudio Definitivo de Ingeniería y el Estudio de Impacto Ambiental.
7. Con Carta OBRAINSA 42893-09 de fecha 03 de diciembre de 2009, el Concesionario presenta a OSITRAN el Estudio Definitivo de Ingeniería y el Estudio de Impacto Ambiental.
8. A través del Oficio N° 032-10-GG-OSITRAN e Informe N° 90-10-GS-OSITRAN de fecha 10 de febrero de 2010, el Regulador comunica a la Gerencia General de la empresa "OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A." la imposición de una penalidad ascendente al monto total de US\$. 2,500.00 (Dos Mil Quinientos con 00/100 Dólares Americanos), por la entrega de los Estudios fuera del plazo.
9. Con Carta OBRAINSA 43868-09 de fecha 10 de marzo de 2010, el Concesionario solicita la Dirección General de Concesiones en Transportes (con copia a OSITRAN) tenga a bien aceptar y dar por cumplido el pago de la penalidad.
10. El día 04 de mayo de 2010, la Gerencia de Supervisión recibe el Informe de Hallazgos N° 445-10-GS-OSITRAN, donde se recomienda la evaluación del presunto incumplimiento contractual de la Cláusula 6.5 del Contrato de Concesión de la empresa concesionaria OBRAINSA.

Presentación de Hallazgos y Formulación de Descargos



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

11. El día 01 de junio de 2010, mediante Oficio N° 2266-10-GS-OSITRAN se notificó a la empresa OBRAINSA, el presunto incumplimiento en que habría incurrido, y en base al Informe de Hallazgos N° 445-10-GS-OSITRAN se le notifica que:

"- Habría incumplido con la obligación de no presentar el Expediente Técnico de Obras (Estudio Definitivo de Ingeniería – EDI) dentro de los plazos establecidos en el segundo párrafo de la cláusula 6.5 Contrato de Concesión.

- Habría incumplido con entregar la documentación (Estudio Definitivo de Ingeniería - EDI y Estudio de Impacto Ambiental - EIA) en las condiciones y plazos a que se contrae el Contrato de Concesión."

12. Con fecha 15 de junio de 2010, mediante Carta N° OBRAINSA 44920-10 la empresa OBRAINSA remite su Escrito de Descargos.
13. Mediante la Carta N° OBRAINSA-45040-2010 recibida el 23 de junio de 2010, la empresa OBRAINSA solicita la aplicación del Artículo 68-A del Reglamento de Infracciones y Sanciones.

II. ANÁLISIS

- De la Obligación contractual:

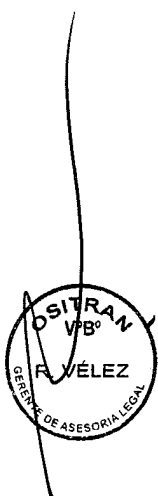
22. La Cláusula 6.5° del Contrato de Concesión establece la obligación de la empresa OBRAINSA respecto de la fecha de presentación de los Estudios, tal como se aprecia a continuación:

"...De los Estudios Definitivos de Ingeniería (EDI) y Estudio de Impacto Ambiental (EIA)

...

6.5 EL CONCESIONARIO tendrá como **plazo máximo ciento cincuenta (150) Días Calendario** contados desde la fecha de Suscripción del Contrato de acuerdo a lo indicado en los términos de referencia (Anexo VI del Contrato), para la presentación al CONCEDENTE de los EDI, con copia al REGULADOR, los cuales deberán estar en concordancia con el Estudio de Impacto Ambiental indicado en la Cláusula 13.6. Este plazo máximo no considera los plazos de revisión y de aprobación respectiva de los informes a presentar.

EL CONCESIONARIO podrá solicitar al CONCEDENTE, la ampliación del plazo previsto en el párrafo precedente, **por un plazo máximo de**



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

sesenta (60) Días Calendario adicionales, con la justificación correspondiente..."

(Negrita y subrayado es nuestro).

- De la tipificación efectuada por OSITRAN:

23. Mediante el Oficio N° 2266-10-GS-OSITRAN se le notificó a la empresa OBRAINSA, el presunto incumplimiento de lo establecido en la Cláusula 6.5 del Contrato de Concesión, ya que habría incumplido con la obligación de no presentar el Expediente Técnico de Obras (Estudio Definitivo de Ingeniería – EDI) dentro de los plazos establecidos en el segundo párrafo de la cláusula 6.5 Contrato de Concesión, y habría incumplido con entregar la documentación (Estudio Definitivo de Ingeniería - EDI y Estudio de Impacto Ambiental - EIA) en las condiciones y plazos a que se contrae el Contrato de Concesión, tal como lo establece la Cláusula mencionada.



24. Asimismo, se le comunicó que los presuntos incumplimientos, se encontraban tipificados en los Artículos 38° y 43° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (en adelante RIS)¹, el cual señala lo siguiente:

"...Artículo 38.-No entregar información

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

"Artículo 43.-No presentar expediente técnico

La Empresa Concesionaria que no presente el expediente técnico de obras dentro de los plazos establecidos, incurrirá en infracción grave..."

25. Respecto de la tipificación efectuada con el Artículo 38° del RIS, cabe señalar que la empresa al no entregar la información que se le exige en el Contrato de Concesión, como es el caso de la entrega del Estudio Definitivo de Ingeniería - EDI y Estudio de Impacto Ambiental - EIA, en los plazos establecidos en el Contrato de Concesión, estaría enmarcada dentro de los alcances del Artículo 38° del RIS.
26. Con respecto a la tipificación efectuada mediante el Artículo 43° del RIS cabe señalar que, la falta de entrega en el plazo establecido en el Contrato de Concesión del Expediente Técnico de Obras (Estudio Definitivo de Ingeniería – EDI), estaría enmarcada dentro del alcance del Artículo mencionado.



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.



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

- De los descargos presentados:

27. A continuación se procederá a analizar los descargos presentados por la empresa OBRAINSA:
- a) De los cargos imputados.
 - b) De la aplicación supletoria del RIS.
 - c) De los Principios administrativos vulnerados.
 - d) De la aplicación del Artículo 68 - A del RIS.

Con relación al literal a) De los cargos imputados

28. Sobre el particular cabe señalar que en el numeral II del escrito de descargos presentado por OBRAINSA se señala que:

"II. Cargos imputados

Ahora bien, de la lectura del artículo 38º antes citado, podemos observar que el mismo supone como requisito previo para su aplicación un supuesto de no entrega o de tardanza significativa en la entrega de información y/o documentación.

Siendo así, consideramos que en el presente caso dicho requisito no se configure. En efecto, de acuerdo a lo señalado en los numerales 5 y 7 de la Sección I precedente, la fecha de entrega del EDI y del EIA estaba prevista para el 26 de noviembre de 2009, siendo que el Concesionario cumplió con la entrega de la misma con fecha 3 de diciembre de 2009.

Como el propio OSITRAN reconoce en su Informe No. 90-10-GS-OSITRAN, de acuerdo a lo establecido en la definición de "Días" contenida en la cláusula 1.11 del Contrato de Concesión, a efectos de computar los días de retraso para la aplicación de una penalidad únicamente se deberán computar los días hábiles. De este modo, el retraso en que habría incurrido el Concesionario se reduce a un plazo de 5 días hábiles.

Cabe preguntarse entonces, un retraso de 5 días hábiles constituye una "tardanza significativa"? Consideramos que la respuesta a esta pregunta resulta obvia: No.

No podemos olvidar que el plazo originalmente establecido para la elaboración y presentación del EDI por parte del Concesionario era de 150 días calendario. A este plazo se añade la ampliación de 60 días calendario otorgada por el





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Concedente. Así, el plazo con el que contaba el Concesionario era de 210 días calendario, es decir, aproximadamente 7 meses. Entonces, ¿cinco días de retraso podrían constituir un retraso significativo que fuera a afectar el desarrollo de la obra o a poner en riesgo su cumplimiento oportuno? Consideramos que no, ya que estos representan el 2.38% del plazo ampliado para la elaboración del EDI y el EIA. Más aún si tenemos en cuenta que el plazo total otorgado al Concesionario en el Contrato de Concesión para la culminación de obras, veremos que el retraso en que se ha incurrido resulta ínfimo y en modo alguno ocasiona un perjuicio alguno o riesgo de incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Concesionario.

En este orden de ideas, el artículo 38 del RIS resulta inaplicable al presente caso, ya que no nos encontramos ante un supuesto de "tardanza significativa"

..."

29. Respecto a este punto, debemos manifestar que, si bien es cierto, el mencionado artículo considera la tardanza significativa en la entrega de información; advierte además que, la tipificación de la conducta se realizará cuando la entidad Prestadora, **no entregue la información y/o documentación en las condiciones y plazos** a que se contraen los contratos de concesión, como es el presente caso.
30. En virtud a ello, debe quedar claro, que para el presente caso, la conducta que ha observado la empresa OBRAINSA, es no haber entregado la documentación (Estudio Definitivo de Ingeniería - EDI y Estudio de Impacto Ambiental - EIA), **en las condiciones y plazo establecido en el Contrato de Concesión.**
31. Esto significa que la empresa concesionaria no puede alegar desconocimiento de lo señalado en su contrato y en las normas regulatorias. Advirtiéndose por lo tanto, que la conducta del concesionario es contraria al orden contractual.
32. Asimismo, respecto a la tipificación efectuada en el Artículo 43º del RIS, en el numeral II del escrito de descargos presentado por OBRAINSA se señala que:

"...II. Cargos imputados

...

En relación a la aplicación del artículo 43 del RIS, debemos señalar que este se encuentra referido a la no presentación oportuna del Expediente Técnico. En este sentido, debemos señalar que un "Expediente Técnico" no es lo mismo que un EDI. En efecto, el Contrato de Concesión en su Cláusula Primera, numeral 1.11 define estos conceptos en los siguientes términos:

"Expediente Técnico

Es la Propuesta Técnica que presento el Adjudicatario aprobada por PROINVERSION, elaborada sobre la base de la información contenida en



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

el Proyecto Referencial y el alcance de la declaratoria de viabilidad del proyecto relacionado al Tramo Vial de la Concesión, que tiene efectos vinculantes para las Partes, respecto de la ejecución de las Obras de Construcción y la prestación de los servicios derivados del presente Contrato, y sobre la cual se elaboraran los Estudios Definitivos de Ingeniería."

"Estudios Definitivos de Ingeniería (EDI)

Son los estudios definitivos de ingeniería de las Primeras Intervenciones que le corresponde desarrollar al CONCESIONARIO sobre la base del Expediente Técnico. Estos estudios corresponden a: i) Conservación Vial de la carretera Nuevo Mocupe - Cayalti - Oyotun; Tramo Nuevo Mocupe Zaña, ii) Mejoramiento de la carretera Zana - Cayalti - Oyotun y hi) Obras de Implementación de la unidad de peaje. Cada uno de ellos deberán ser presentados en forma integral. Los referidos estudios deberán someterse a la aprobación del CONCEDENTE, de acuerdo a lo indicado en la Cláusula 6.5 del Contrato y Anexo VI del Contrato."

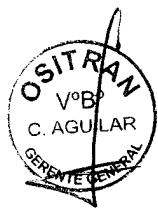
Asimismo, los Lineamientos Generales del Programa Costa - Sierra (en adelante, las "Bases"), recogen la siguiente definición de "Expediente Técnico" en su numeral 1.2.33:

"1.2.33. Expediente Técnico: Es la Propuesta Técnica, en base al estudio de factibilidad y/o a las Obras Alternativas, presentadas por el Postor Precalificado, que ha sido aprobada por PROINVERSION durante la ejecución del Concurso, respecto de la ejecución de las Obras y la prestación de los Servicios derivados del Contrato, que define especificaciones mínimas de Obras que se deben cumplir en el tramo objeto del Concurso. "

Por su parte, el artículo 3 del RIS define Expediente Técnico en los siguientes términos:

"Expediente técnico de obras: El conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto, valor referencial, análisis de precios y formulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios. "

Como vemos, la definición de "Expediente Técnico" contenida en el RIS no alude en forma expresa al EDI, sino que se refiere a una serie de documentos técnicos que Forman parte de lo que en el Contrato de Concesión y en las Bases se denomina "Expediente Técnico".



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

OSITRAN, al invocar el artículo 43 del RIS a efectos de sancionar un supuesto incumplimiento del Concesionario respecto a los plazos de presentación del EDI, está aplicando en forma extensiva este artículo a efectos de comprender no solo el Expediente Técnico, sino también el EDI, lo cual supone una Clara vulneración al Principio de Tipicidad.

Debemos recordar que uno de los principales principios ordenadores de todo procedimiento administrativo sancionador es el "Principio de Tipicidad", recogido en el inciso 4 del artículo 230º de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley No. 27444 (en adelante, la "LPAG"), según el cual:

"La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria." (el subrayado es nuestro).

En este sentido, dado que el artículo 43º del RIS no sanciona la no presentación oportuna del EDI, no se cumple con el requisito de una tipificación expresa e inequívoca de la infracción a sancionar y por tanto se vulnera el principio de tipicidad. En efecto, en tanto la norma alegada regula una infracción distinta a la presentación tardía del EDI, la misma no resulta aplicable al presente caso."

33. Sobre el particular cabe señalar que la definición contemplada en el RIS, respecto del Expediente Técnico de Obras, abarca el conjunto de documentos que comprende: memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto, valor referencial, análisis de precios y formulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios, es decir, es una definición que incluye al Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI), que es el documento para la ejecución de la obra y no se refiere al Expediente Técnico definido como tal, en el Contrato de Concesión y en las Bases, ya que éste último se refiere a la propuesta técnica presentada por el postor y aprobada por PROINVERSION durante la ejecución del concurso.

Con relación al literal b) De la aplicación supletoria del RIS.

34. Sobre el particular cabe señalar que el numeral III del escrito de descargos presentado por OBRAINSA señala lo siguiente:



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

"... III Aplicación supletoria del RIS

Sin perjuicio de lo establecido en la sección II precedente, consideramos que el RIS no resulta aplicable en el presente caso, ya que su aplicación es supletoria a lo establecido en el Contrato de Concesión.

En efecto, el Contrato de Concesión, en su Cláusula Décimo Quinta numeral 15.6 regula la potestad sancionadora de las entidades administrativas. En este sentido establece que:

"De la Potestad Sancionadora

15.6.- El REGULADOR tiene competencia para aplicar sanciones al CONCESIONARIO en caso de incumplimiento de sus obligaciones, con forme a la Ley N° 26917 y los reglamentos que dicte sobre la materia. El CONCESIONARIO deberá proceder al cumplimiento de las sanciones que imponga OSITRAN de acuerdo a las Normas Regulatorias,

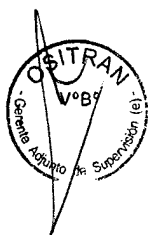
Adicionalmente, el OSITRAN es competente para aplicar al CONCESIONARIO las penalidades establecidas en el Anexo X del presente Contrato, ante el incumplimiento de las obligaciones pactadas a cargo del CONCESIONARIO.

En todo lo no previsto en el presente Contrato, respecto al incumplimiento del CONCESIONARIO, se aplicara supletoriamente el Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) vigente a la fecha de ocurrencia del incumplimiento.

Las sanciones administrativas impuestas entre otras autoridades administrativas, por la Administración Tributaria, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, que se originen en la ejecución del presente Contrato, se aplicaran 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 del incumplimiento." (el subrayado es nuestro)

Como podemos observar, en el primer párrafo de este numeral se reconoce la facultad general de OSITRAN de aplicar sanciones al Concesionario ante el incumplimiento de obligaciones a su cargo y en el segundo párrafo se reconoce la competencia de OSITRAN para aplicar al Concesionario las penalidades descritas en el Anexo X del Contrato de Concesión.

Como también podemos observar, el tercer párrafo del numeral citado resulta especialmente relevante pues determina la regla pactada entre el Concesionario y el Estado Peruano para la aplicación del RIS. Esa regla como es





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

evidente, es una regla de supletoriedad. En ese sentido se indica que ante un incumplimiento por parte del Concesionario será aplicable el RIS con carácter supletorio. Es decir, el RIS será aplicado únicamente en tanto el Contrato de Concesión no establezca una sanción o penalidad respecto de algún incumplimiento por parte del Concesionario. De lo contrario, es decir si el Contrato de Concesión ya establece la sanción o penalidad, el RIS no resulta aplicable.

En el presente caso, el cumplimiento tardío por parte del Concesionario en la presentación del EDI se encontraba expresamente regulado en el Contrato de Concesión, no solo como un incumplimiento contractual, sino como un supuesto de aplicación de penalidades. Tan es así que, conforme hemos señalado en forma precedente, el Concesionario cumplió con pagar la penalidad que le fue cobrada por el propio OSITRAN. De esta forma, no cabe la aplicación del RIS, cuando ya se ha aplicado una sanción o penalidad por los mismos hechos.

Siendo ello así, conforme al Contrato de Concesión OSITRAN no puede imponer una sanción sobre un hecho regulado en el propio Contrato de Concesión como infracción sujeta a una sanción consistente en el pago de una penalidad.

Adicionalmente, debemos señalar que la Primera Disposición Complementaria del RIS establece que:

"Primera.- Las sanciones e infracciones establecidas en el Reglamento son de aplicación supletoria a las que expresamente se encuentran previstas en los contratos de concesión.

Sin perjuicio de ello, el régimen de penalidades contractuales no excluye la aplicación del régimen de sanciones establecidas en el presente Reglamento de conformidad con lo establecido por el numeral 232.1 del artículo 232° de la Ley de Procedimiento Administrativo General."

Como vemos, el primer párrafo de esta Disposición Complementaria reconoce expresamente que la aplicación del RIS es supletoria a lo establecido en el Contrato de Concesión, por la que el mismo no resultaría aplicable al cumplimiento tardío en que ha incurrido el Concesionario.

Sin perjuicio de ello, debemos señalar que el segundo párrafo de esta disposición complementaria debe interpretarse conjuntamente con lo establecido en el numeral 232.1 de la LPAG, el mismo que señala lo siguiente:

Artículo 232.- Determinación de la responsabilidad



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

232.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con la exigencia de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado anterior, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, los que serán determinadas en el proceso judicial correspondiente. " (el subrayado es nuestro)

De esta forma, vemos que el segundo párrafo de la primera disposición complementaria del RIS no está referido a cualquier régimen de penalidades contractuales, sino por el contrario, se refiere a: (i) reposición a una situación al estado anterior y (ii) Indemnizaciones por daños y perjuicios que hayan sido determinadas necesariamente en el marco de un proceso judicial.

Como resultara evidente para ustedes, es imposible una reposición al estado anterior pues nadie puede retroceder en el tiempo. La demora ocurrió y ya fue sancionada con una penalidad cobrada por el propio OSITRAN. Por otro lado, en el presente caso, no existe una sentencia firme expedida en un proceso judicial que ordene el pago de una indemnización.



Consecuentemente, no nos encontraremos en el supuesto contemplado en el segundo párrafo de la primera disposición complementaria del RIS. Por el contrario, resulta aplicable el primer párrafo de dicha disposición complementaria; la misma que no permite la aplicación conjunta de las penalidades establecidas en el Contrato de Concesión y las sanciones administrativas reguladas en el RIS.

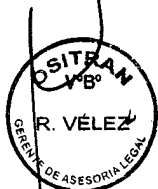
En este orden de ideas, y de conformidad a los argumentos expuestos hasta este punto, el RIS no resulta aplicable al presente caso en tanto su aplicación será únicamente de carácter supletorio a las disposiciones contenidas en el Contrato de Concesión, el mismo que ya contiene una regulación del incumplimiento incurrido y que establece su correspondiente consecuencia..."

35. Sobre el particular cabe señalar que la Primera Disposición Transitoria del RIS señala lo siguiente:

"Primera.- Las sanciones e infracciones establecidas en el Reglamento son de aplicación supletoria a las que expresamente se encuentren previstas en los contratos de concesión.

Sin perjuicio de ello, el régimen de penalidades contractuales no excluye la aplicación del régimen de sanciones establecidas en el presente Reglamento de conformidad con lo establecido por el numeral 232.1 del artículo 232º de la Ley del Procedimiento Administrativo General."

36. Respecto a ello, lo que se debe aclarar es lo que dispone el RIS cuando señala que "Las sanciones e infracciones establecidas en el Reglamento son de aplicación





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

supletoria a las que expresamente se encuentren previstas en los contratos de concesión."

37. Para ello, el RIS en su Exposición de Motivos detalla una explicación respecto a lo que se debe entender cuando se refiere a que será de aplicación supletoria a lo indicado en los Contratos de Concesión. Ello lo ratifica en el literal de la siguiente forma:

"e) Disposiciones complementarias y transitorias

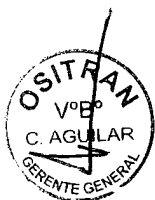
Dentro de las disposiciones complementarias cabe resaltar la ratificación del carácter supletorio del Reglamento. El Reglamento parte de la premisa que cada Contrato de Concesión debería contener su propio régimen de infracciones y sanciones, de modo que quede establecido con el mayor grado de precisión la conducta infractora y la consecuencia que corresponde en caso que la Entidad Prestadora incurra en ella, respetando de mejor manera el principio de razonabilidad a que se refiere el numeral 3) del Artículo 230º de la Ley del Procedimiento Administrativo General."

38. Tal como se puede apreciar, el RIS está partiendo de la premisa de que los Contratos de Concesión deben contener su propio régimen de Infracciones y Sanciones, y no hace referencia a penalidades.
39. Asimismo, considerando la particular naturaleza de los Contratos de Concesión, en el segundo párrafo del mismo literal, el RIS señala que resultará difícil que el referido régimen se encuentre contemplado en los mismos, y que su inclusión no es requisito obligatorio para efectos de la celebración de dichos Contratos de Concesión.
40. Por lo tanto, la aplicación supletoria del RIS se efectúa cuando en los Contratos de Concesión no esté contemplado su propio régimen de Infracciones y Sanciones, y que el Procedimiento Administrativo Sancionador siempre resulta aplicable. Respecto de esto, el tercer párrafo del literal e) señala lo siguiente:

"En consecuencia, cuando el régimen de infracciones y sanciones no se encuentre establecido en el Contrato de Concesión, o cuando el mismo no regule todos los aspectos comprendidos en el Reglamento de Infracciones y Sanciones propuesto, éste último será de aplicación supletoria, y en cuanto al procedimiento administrativo sancionador éste resulta siempre aplicable."

(El subrayado y negrita es nuestro)

41. En consecuencia, considerando que el Contrato de Concesión suscrito con la empresa concesionaria OBRAINSA no contiene un Régimen propio de Infracciones y Sanciones, la supletoriedad argumentada por la empresa concesionaria, para el caso de su Contrato, no resulta aplicable.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Con relación al literal c) De los Principios administrativos vulnerados

42. Sobre el particular cabe señalar que el numeral IV del escrito de descargos presentado por OBRAINSA señala lo siguiente:

"IV Principios administrativos vulnerados

...

1. Principio de razonabilidad

Debemos considerar que, de acuerdo a lo establecido en la LPAG la administración debe actuar orientada por un principio de razonabilidad, el mismo que supone la no aplicación de sanciones injustificadas o exageradas.

En efecto, el principio de razonabilidad se encuentra recogido tanto en el Título Preliminar de la LPAG como en el artículo 230 del mismo cuerpo legal, el mismo que se encuentra referido a los principios aplicables a la potestad sancionadora administrativa. Dichas normas establecen lo siguiente:

"Artículo IV. - Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...)

1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente

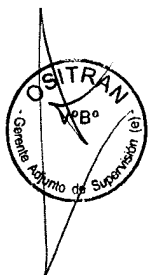
necesario para la satisfacción de su cometido.(...)" (el subrayado es nuestro)

"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 sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción (...)" (el subrayado es nuestro)

De este modo, OSITRAN debe considerar que, de aplicar una sanción administrativa al Concesionario cuando este ya ha cumplido con pagar la



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

penalidad pactada en el Contrato de Concesión, nos encontraríamos ante un acto por demás desproporcionado y sin sustento. Se estaría sancionando al Concesionario dos veces por la misma infracción, y se le estaría imponiendo una sanción pecuniaria a efectos de mitigar los daños ocasionados por el cumplimiento tardío en la presentación del EDI, sin considerar que estos supuestos daños son inexistentes. Aún si se considerara que se produjo un daño, este ya fue resarcido con el importe que el Concesionario desembolsó por concepto de la penalidad pactada en el Contrato de Concesión.

Interpretar lo contrario supone un desconocimiento y vulneración evidente del principio de razonabilidad en la actuación de la administración pública.

2. Principio Non bis in idem

Ahora bien, respecto al principio non bis in idem debemos señalar que el mismo se encuentra recogido en el inciso 10 del artículo 230º de la LPAG, el cual establece que:

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

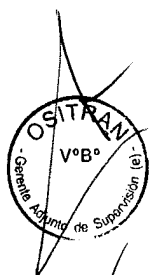
10. Non bis in idem.- No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. (...)"

Sobre la norma citada, Juan Carlos Morón ha señalado lo siguiente:

"La propia norma nos expresa que para la exclusión de la segunda pretensión punitiva del Estado (plasmada en un procedimiento o sanción concurrente o sucesiva) tiene que acreditarse que entre ella y la primera deba apreciarse un triple identidad de 'sujeto, hecho y fundamento', dado que si no apareciera alguno de estos elementos comunes, si sería posible jurídicamente la acumulación de acciones persecutorias en contra del administrado.

Por ello, en todos los casos, los presupuestos de operatividad para la exclusión de la segunda pretensión sancionadora son tres:

- La identidad subjetiva o de persona (eadem personae) consistente en que ambas pretensiones punitivas sean ejercidas contra el mismo administrado (...).
- Le identidad de hecho u objetiva (eadem rea) consistente en que el hecho o conducta incurridas por el administrado deba ser la misma en ambas





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

pretensiones punitivas, sin importar la calificación jurídica que las normas les asignen o el presupuesto de hecho que las normas contengan. (...)

• *Finalmente, la identidad causal o de fundamento (eadem cause petendi) consiste en la identidad en ambas incriminaciones, esto es, que existe superposición exacta entre los bienes jurídicos protegidos y los intereses tutelados por las distintas normas sancionadoras. (...)z".*

Como podemos observar, siempre que se presente la triple identidad antes indicada ninguna autoridad administrativa podría imponer una pena y sanción adicional por el mismo hecho.

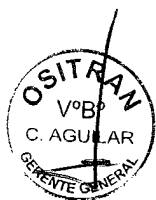
Ahora bien, en el presente caso, como ha quedado establecido en los antecedentes del presente documento, así como en el propio Oficio, el Concesionario fue requerido por OSITRAN para que cumpla con pagar la penalidad establecida en el Contrato de Concesión por el incumplimiento tardío en la presentación del EDI y del EIA. Dicha penalidad ascendió al importe de US \$ 2,500.00 y fue íntegramente cancelada por el Concesionario mediante cheque de Gerencia No. 00005629 1 011 179 0900000027 94, emitido por el BBVA Banco Continental.

Por otro lado, los hechos que se imputan al Concesionario en virtud al Oficio, y que de acuerdo a lo establecido por OSITRAN serían pasibles de sanción administrativa en virtud al RIS, son los mismos por los cuales se requirió el pago de la penalidad ascendente a US \$ 2,500.00, por lo que en el presente caso no solo se presenta una identidad subjetiva, ya que en ambos casos la persona sancionada es el Concesionario, sino también una identidad objetiva, ya que los hechos constitutivos de las infracciones imputadas son los mismos.

Finalmente, también se presenta una identidad causal en tanto los intereses tutelados en ambos casos (tanto en el supuesto del establecimiento de una penalidad de conformidad con lo regulado en el Contrato de Concesión, así como en el supuesto de imposición de una sanción administrativa regulada en el RIS) están referidos al interés público general vinculado a la prestación de un servicio público y al desarrollo de la infraestructura en el país.

De este modo, se cumple con los requisitos estipulados en la LPAG para la aplicación del principio non bis in ídem, ya que se configura una identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Ahora bien, en diferentes contratos de concesión celebrados por el Concedente se ha establecido en forma expresa la aplicación supletoria del RIS respecto a lo establecido en el propio contrato, o, de lo contrario, la primacía de las sanciones administrativas respecto a las penalidades. Esto encuentra sustento en que resultaría excesivo y desproporcional, así como contrario a los fines de





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

nuestro ordenamiento, una doble sanción por un mismo incumplimiento y/o infracción.

A mayor ilustración podemos mencionar los Contratos de Concesión correspondientes a la Construcción, Conservación y Explotación de los Tramos No. 1 y 5 del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú Brasil' y/o el Contrato de Concesión de las Obras y el Mantenimiento de los Tramos Viales: Empalme 1B - Buenos Aires Canchaque⁴. Estos contratos privilegian la aplicación de sanciones administrativas sobre la aplicación de penalidades, excluyendo la aplicación de estas últimas.

Por otro lado, también se han suscrito contratos de concesión, como el que resulta materia del presente caso, que establecen que la aplicación de las sanciones administrativas reguladas en el RIS es supletoria a lo establecido en el contrato de concesión; es decir, únicamente aplican en tanto el contrato de concesión no regule el supuesto de hecho que da lugar a la imposición de la infracción. En este sentido, vale la pena indicar, por ejemplo, que el Contrato de Concesión para las Obras y el Mantenimiento de la Infraestructura de Transporte del Eje Multimodal del Amazonas Centro, en su cláusula 15.65 establece la aplicación supletoria del RIS.

La antes señalado evidencia que, con la finalidad de no afectar el principio non bis in ídem, los contratos de concesión suelen contener disposiciones orientadas a evitar la concurrencia de la aplicación de una penalidad contractual y una sanción administrativa por los mismos hechos, regulando en cada caso específico la primacía de una u otra.

..."

43. Con respecto a lo argumentado 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 229º de la Ley N° 27444, aplicable supletoriamente para OSITRAN.
44. 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 4º del RIS.

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

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



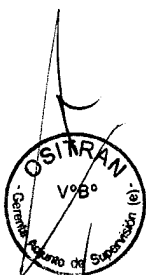


PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

45. 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.
46. 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
47. 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.
48. 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.**
49. En tales casos, la potencial afectación al bien jurídico protegido² 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.
50. 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.
51. Por lo tanto, cabe señalar que 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.



² **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

52. Asimismo, cabe indicar que no es correcto lo alegado por OBRAINSA al señalar que *"de aplicar una sanción administrativa al Concesionario cuando este ya ha cumplido con pagar la penalidad pactada en el Contrato de Concesión, nos encontraríamos ante un acto por demás desproporcionado y sin sustento. Se estaría sancionando al Concesionario dos veces por la misma infracción"*, toda vez que, la sanción administrativa y la penalidad son elementos de naturaleza distinta. La sanción administrativa proviene de la Potestad Sancionadora de la Administración y esta regida por el Derecho Administrativo, mientras que la penalidad es una figura de origen contractual y se rige por el propio contrato suscrito entre las partes y las leyes aplicables en materia contractual.
53. Por ello, la empresa concesionaria OBRAINSA no puede alegar que si ya se le aplicó una penalidad, no se le pueda aplicar una Sanción Administrativa, pues son figuras con elementos de distinta naturaleza.
54. Con respecto al Principio *Non bis in ídem*, debemos señalar que el artículo 230º de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador indica lo siguiente:

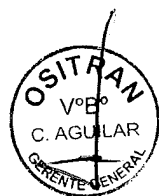
"Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

10. Non bis in ídem.- No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7."

55. Como podrá observarse la aplicación del principio "Non bis in ídem" está reservada solo para los casos donde se impongan sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa extendiéndose el supuesto también a las sanciones administrativas.
56. Sobre el particular, debemos señalar que mediante Oficio N° 032-10-GG-OSITRAN lo que se le aplicó a la empresa concesionaria OBRAINSA fue una penalidad y no una Sanción Administrativas.
57. Teniéndose en consideración que una penalidad y una sanción se tratan de elementos de naturaleza distinta, pues mientras que en la sanción es un instituto del Derecho Administrativo, la penalidad es una figura de origen contractual. Teniendo por lo tanto diferencias en su origen y en el sustento de ambas. Mientras que para la aplicación de una penalidad debe cumplirse de manera necesaria: i) la existencia de





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

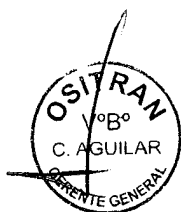
Organismo Supervisor de la Inversión
en Infraestructura de Transporte
de Uso Público - OSITRAN

un supuesto incumplimiento, ii) la existencia de una daño, iii) la existencia una causalidad entre el incumplimiento y el daño y la existencia de la responsabilidad subjetiva (dolo, culpa); en cambio para la aplicación de una sanción administrativa 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.

58. Por lo tanto, no aplica para el presente caso el principio del "Non bis in Idem"

Con relación al literal d) De la aplicación del Artículo 68-A del RIS.

59. Respecto a este punto la empresa OBRAINSA, mediante la Carta N° OBRAINSA-45040-2010 presentada el 23 de junio de 2010, debido a que al no haber existido ningún daño a los usuarios ni haya severidad en la afectación del interés público, señala que es de aplicación en el presente proceso, el Artículo 68-A del RIS.



60. Sobre el particular, se debe mencionar que el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN señala que la Gerencia General, excepcionalmente tiene la facultad de no dar inicio a un procedimiento administrativo sancionador en el caso de que luego del análisis efectuado se determine que no amerite tal acción.



61. Sobre ello, cabe mencionar que dicha decisión debe estar amparada en un documento justificatorio, donde se exprese los elementos por los cuales se considera que no es necesario la apertura del procedimiento sancionador.

62. En el caso de autos, lo que se ha elaborado es un informe de hallazgo, el cual recomienda evaluar el inicio del Procedimiento Sancionador, y no la recomendación de su no apertura. Por lo tanto, el Artículo 68-Aº en este caso no resultaría aplicable.

- Del Incumplimiento denunciado

63. Tal como se ha podido apreciar en el desarrollo del presente informe, se advierte que la conducta del Concesionario es contraria a compromisos contractuales específicos, al no haber cumplido con la obligación de entregar los expedientes técnicos dentro de los plazos establecidos en la Cláusula 6.5 del Contrato de Concesión.



64. Así también, queda demostrado que la empresa concesionaria, al no entregar el Estudio Definitivo de Ingeniería - EDI y Estudio de Impacto Ambiental - EIA dentro de los plazos que establece la Cláusula 6.5 del Contrato de Concesión, ha quebrantado el principio de buena fe contractual con el que se suscribió el Contrato



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

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.

65. Según lo antes mencionado, y de acuerdo a lo notificado a la empresa concesionaria a través del Oficio N° 2266-10-GS-OSITRAN, el incumplimiento materia del presente procedimiento, califica como Grave, de acuerdo a lo dispuesto en los Artículos 38° y 43° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS).
66. Al respecto, cabe mencionar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 61° del RIS, y teniendo en consideración que OBRAINSA se encuentra ubicada en la primera escala, es decir, dentro de las empresas que cuentan con Ingresos Operativos Anuales menores a 20 mil UIT, el importe de la multa a ser determinada podría alcanzar un máximo de 60 UIT.
67. En ese orden de ideas, habiéndose acreditado la comisión de no entregar el Estudio Definitivo de Ingeniería - EDI y Estudio de Impacto Ambiental - EIA dentro de los plazos que establece la Cláusula 6.5 del Contrato de Concesión, 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:

68. Para efectos de graduar la cuantía³ 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

³ 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.



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

lo siguiente:

- 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° 445-10-GS-OSTRAN, se ha evidenciado que "...se ha producido una potencial afectación al Concedente, en la medida que el retraso en la entrega del Estudio de Ingeniería de Detalle y del Estudio de Impacto Ambiental podría generar una demora en la aprobación de dichos Estudios, y por consiguiente, en la programación de las actividades a que se refiere el Contrato de Concesión del Tramo Vial: Nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún."

Asimismo, cabe señalar que el hecho de no entregar el Estudio Definitivo de Ingeniería - EDI y Estudio de Impacto Ambiental - EIA dentro de los plazos que establece la Cláusula 6.5 del Contrato de Concesión, *per se* configura un tema de Interés Público⁴.

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 entregado el Estudio Definitivo de Ingeniería - EDI y Estudio de Impacto Ambiental - EIA dentro de los plazos que establece la Cláusula 6.5 del Contrato de Concesión, 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, constituiría un agravante al momento de graduar la sanción.**

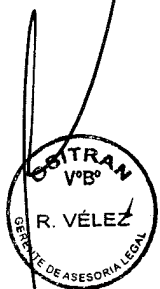
⁴ Respecto al Interés Público, en el fundamento 11 de la Resolución recaída en el Expediente N° 090-2004-AA, el Tribunal Constitucional a señalado lo siguiente:

"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]





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

En lo concerniente al perjuicio económico causado, cabe anotar que en el Informe de Hallazgos N° 445-10-GS-OSITRAN, no ha evidenciado un perjuicio económico causado. **En tal medida ello constituye un atenuante al momento de graduar la sanción.**

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° 445-10-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. **En ese sentido, dicho aspecto también es un atenuante en la graduación de la sanción.**

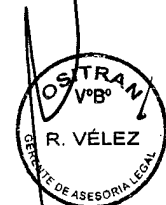
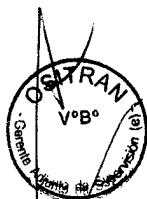
En cuanto a las circunstancias de la comisión de la infracción, se desprende que el incumplimiento del plazo de entrega fue de 5 días, sin embargo debemos advertir que dicho plazo no ha sido relevante para impedir el acto de supervisión de OSITRAN. Cabe anotar que hasta la fecha no se han iniciado las obras de construcción ya que ella no solo depende de la entrega de los estudios del presente caso, sino de otros factores señalados en el Contrato de Concesión. Así también, se advierte que OBRAINSA cumplió con el pago de la penalidad impuesta por el Regulador. **En ese sentido, dicho aspecto también es un atenuante en la graduación de la sanción.**

Por otra parte, cabe puntualizar que tanto Informe N° 445-10-GS-OSITRAN 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.**

Asimismo, con respecto a los **beneficios ilegalmente obtenidos**, en el Informe N° 445-10-GS-OSITRAN, no se hace referencia a ellos. Por dicha razón, dicho aspecto es considerado un atenuante.

- 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 el plazo en el cual debía entregar los Estudios Técnicos en mención.

Si bien es cierto, la confrontación de los términos contractuales ya descritos frente a los actos materializados al interior del Concesionario, que han generado el resultado de haber incumplido con la obligación de no haber entregado el Estudio Definitivo de Ingeniería - EDI y Estudio de Impacto Ambiental - EIA dentro del plazo que establecido la Cláusula 6.5 del Contrato de Concesión, no nos permite afirmar si existió o no intencionalidad, pero lo que si se advierte es una negligencia de parte de OBRAINSA.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

En esta línea, debe entenderse a la negligencia 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 establecidos en el Contrato de Concesión. Siendo que la imputabilidad de los hechos descritos en el presente informe demuestran que la Empresa Concesionaria OBRAINSA si bien tenía conocimiento del plazo de entrega la demora fue de 5 días que no causo impedimento alguno en el ejercicio de su función supervisora del Regulador. **En ese sentido, dicho aspecto se considera un atenuante en la graduación de la sanción.**

- 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.



69. En virtud a las circunstancias agravantes y atenuantes mencionadas precedentemente, se considera, en el presente caso, imponer como sanción una multa ascendente a 0.5 UIT's a la empresa concesionaria OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A., por no cumplir con entregar el Estudio Definitivo de Ingeniería - EDI y Estudio de Impacto Ambiental - EIA dentro de los plazos que establece la Cláusula 6.5 del Contrato de Concesión;
70. 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;
71. 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 OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A., incumplió la Cláusula 6.5 del Contrato de Concesión del Tramo Vial: Nuevo Mocupe - Cayaltí Oyotún, al no entregar el Estudio Definitivo de Ingeniería - EDI y Estudio de Impacto Ambiental - EIA dentro de los plazos que establecidos en dicha cláusula.



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

SEGUNDO: Imponer a la empresa concesionaria OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A., como sanción, por el incumplimiento referido en el artículo primero de la presente Resolución, una multa equivalente a 0.5 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 OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A. Asimismo, ponerla en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y las Gerencias de Supervisión y de Administración y Finanzas de OSITRAN, respectivamente, para los fines pertinentes.

Regístrese, Comuníquese y Archívese

CARLOS AGUILAR MEZA

Gerente General



Reg. Sal. N° 15347

