



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, 05 de setiembre de 2018

N° 026-2018-CD-OSITRAN

VISTOS:

La Resolución N° 16 emitida por el Tercer Juzgado Contencioso Administrativo Permanente de Lima; la Nota N° 059-18-PP de la Procuraduría Pública de OSITRAN; el Informe N° 066-2018-GAJ-OSITRAN de fecha 28 de agosto del 2018, emitido por la Gerencia de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 30 de abril de 2009, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el Concedente o MTC), en representación del Estado Peruano, suscribió con OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A. (en adelante, el Concesionario) el Contrato de Concesión del Tramo Vial: Nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún;

Que, mediante Oficio N° 2266-10-GS-OSITRAN de fecha 1 de junio de 2010, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN, notificó al Concesionario el presunto incumplimiento de entregar el Estudio Definitivo de Ingeniería y el Estudio de Impacto Ambiental dentro del plazo establecido en la cláusula 6.5 del Contrato de Concesión;

Que, a través de la Resolución de Gerencia General N° 065-2010-GG-OSITRAN, sustentada en el Informe N° 827-10-GS-OSITRAN, notificada al Concesionario el 5 de agosto de 2010 se resolvió lo siguiente:

"SE 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 – EDI y Estudio de Impacto Ambiental – EIA dentro de los plazos establecidos en dicha cláusula.

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 (...)"

Que, el 27 de agosto de 2010, el Concesionario interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 065-2010-GG-OSITRAN, la misma que fue resuelta mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 046-2010-CD-OSITRAN, de fecha 15 de noviembre de 2010, sustentada en el Informe N° 058-10-GAL-OSITRAN, en la cual se resolvió lo siguiente:

"SE RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el Recurso Administrativo de Apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 065-2010-GG-OSITRAN, presentado por la Empresa Concesionaria OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

SEGUNDO: CONFIRMAR la Resolución de Gerencia General N° 065-2010-GG-OSITRAN, que sancionó a dicha Empresa Concesionaria, con media (0.5) UIT por incumplir lo dispuesto en la cláusula 6.5 del Contrato de Concesión del Tramo Vial: Nuevo Mocupe – Cayaltí-Oyotú. (...)"

Que, con fecha 1 de marzo de 2011, el Concesionario interpuso demanda contenciosa administrativa contra la Resolución de Consejo Directivo N° 046-2010-CD-OSITRAN (en adelante, la Resolución Impugnada), solicitando que se declare la nulidad de dicha resolución, la misma que fue resuelta mediante Resolución N° 14 de fecha 16 de marzo de 2016, expedida por el Tercer Juzgado Contencioso Administrativo Permanente de Lima, la cual declaró infundada la demanda interpuesta por el Concesionario, y además, ordenó que OSITRAN corrija el vicio material incurrido en la emisión de la Resolución Impugnada, al haberse aplicado de manera extensiva el artículo 43 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN (en adelante, RIS), conforme al numeral 14.1 de la Ley N° 27444, debiendo sancionarse al Concesionario únicamente por la infracción establecida en el artículo 38 del RIS, correspondiendo la misma sanción establecida;

Que, el Concesionario interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 14 de fecha 16 de marzo de 2016, siendo resuelto por la Resolución N° 7 de fecha 25 de mayo de 2017, expedida por el Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, la cual confirmó la Resolución N° 14;

Que, con fecha 7 de julio de 2017, el Concesionario interpone recurso de casación contra la Resolución N° 7 de fecha 25 de mayo de 2017, la misma que fue resuelta mediante Resolución S/N de fecha 9 de noviembre de 2017, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, la cual resolvió declarar improcedente dicho recurso;

Que, mediante Resolución N° 16 de fecha 16 de mayo de 2018, expedida por el Tercer Juzgado Contencioso Administrativo Permanente de Lima, se dispuso que las partes del proceso cumplan con lo ejecutoriado y en consecuencia se archiven definitivamente los autos, consentida y/o ejecutoriada dicha Resolución;

Que, mediante Nota N° 059-18-PP recibida el 8 de junio de 2018, la Procuraduría Pública del OSITRAN informó a la Gerencia de Asesoría Jurídica que, en virtud a lo resuelto por el Poder Judicial en sede Contencioso Administrativa, OSITRAN deberá enmendar el vicio material incurrido en la Resolución Impugnada al aplicar extensivamente el artículo 43 del RIS, sancionando a la empresa demandante únicamente por la infracción grave tipificada en el artículo 38 del RIS;

Que, estando a que toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo responsabilidad civil, penal o administrativa que la Ley señala, según lo dispone el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, corresponde emitir el acto para dar cumplimiento al mandato judicial;



Que, mediante el Informe de vistos, la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN concluyó lo siguiente:

- i. El Consejo Directivo es el órgano competente para realizar el acto de enmienda, puesto que dicho órgano fue el mismo que emitió la resolución que conteniente el vicio no trascendente, conforme a lo dispuesto en el numeral 14.1 del artículo 14 del TUO LPAG.
- ii. En ese sentido, se debe modificar el artículo segundo de la Resolución de Consejo Directivo N° 046-2010-CD-OSITRAN en los términos siguientes:

“SEGUNDO.- CONFIRMAR EN PARTE la Resolución de Gerencia General N° 065-2010-GG-OSITRAN, que sancionó a dicha Empresa Concesionaria, con media (0.5) UIT por incumplir lo dispuesto en la cláusula 6.5 del Contrato de Concesión del Tramo Vial: Nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún, al haber incumplido únicamente el artículo 38 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN; por lo que, corresponde ARCHIVAR el procedimiento administrativo sancionador en el extremo referido a la infracción imputada conforme al artículo 43° del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN referido a no presentar el expediente técnico de obras dentro del plazo establecido, al no haberse configurado dicha infracción.”

Que, luego de revisar el Informe de vistos, el Consejo Directivo de OSITRAN manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho Informe, el mismo que constituye parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 6.2 del artículo 6 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444;

Por lo expuesto, en virtud a lo establecido en el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-93-JUS; y el numeral 21 del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, y sus modificatorias;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Modificar el artículo segundo de la Resolución N° 046-2010-CD-OSITRAN en los términos siguientes:

“SEGUNDO.- CONFIRMAR EN PARTE la Resolución de Gerencia General N° 065-2010-GG-OSITRAN, que sancionó a dicha Empresa Concesionaria, con media (0.5) UIT por incumplir lo dispuesto en la cláusula 6.5 del Contrato de Concesión del Tramo Vial: Nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún, al haber incumplido únicamente el artículo 38 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN; por lo que, corresponde ARCHIVAR el procedimiento administrativo sancionador en el extremo referido a la infracción imputada conforme al artículo 43° del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN referido a no presentar el expediente técnico de obras dentro del plazo establecido, al no haberse configurado dicha infracción.”

Artículo 2.- Notificar la presente Resolución al Tercer Juzgado Contencioso Administrativo Permanente de Lima; así como a OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

Artículo 3.- Remitir la presente Resolución a la Gerencia de Administración de OSITRAN y a la Procuraduría Pública del OSITRAN, para que efectúen las acciones que consideren pertinentes.

Artículo 4.- Disponer la difusión de la presente Resolución y del Informe de visto, en el Portal Institucional del OSITRAN (www.ositran.gob.pe)



Regístrese, comuníquese y publíquese,



ROSA VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO
Presidenta del Consejo Directivo



Reg. Sal. CD N°33358-18

INFORME N° 066-18-GAJ-OSITRAN

Para : **JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO**
Gerente General

C.c. : **RUTH ELENA YUPANQUI TORRES**
Procuradora Pública Adjunta

De : **JAVIER CHOCANO PORTILLO**
Gerente de Asesoría Jurídica

Asunto : Dar cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución N° 16 emitida por el Tercer Juzgado Contencioso Administrativo Permanente de Lima.

Referencia : Nota N° 059-18-PP-OSITRAN

Fecha : 28 de agosto de 2018



I. OBJETO

1. El objetivo del presente informe es dar cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución N° 16 emitida por el Tercer Juzgado Contencioso Administrativo Permanente de Lima y, en consecuencia, enmendar el vicio material incurrido en la Resolución de Consejo Directivo N° 046-2010-CD-OSITRAN, al haberse aplicado de manera extensiva el artículo 43¹ del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN (en adelante, RIS).

II. ANTECEDENTES

2. Con fecha 30 de abril de 2009, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, el Concedente o MTC), en representación del Estado Peruano, suscribió con OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A. (en adelante, el Concesionario) el Contrato de Concesión del Tramo Vial: Nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún.
3. Mediante Oficio N° 2266-10-GS-OSITRAN de fecha 1 de junio de 2010, la Gerencia de Supervisión de OSITRAN (en adelante, GS), notificó al Concesionario el presunto incumplimiento de entregar el Estudio Definitivo de Ingeniería (EDI) y el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) dentro del plazo establecido en la cláusula 6.5² del Contrato de Concesión.



Cabe precisar que el RIS a la fecha se encuentra derogado; no obstante, su artículo 43 hoy tiene correlato en el artículo 26 del Reglamento de Incentivos, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 009-2018-CD-OSITRAN del 4 de abril de 2018 (en adelante, RIIS):

Derogado	Vigente
"Artículo 43 RIS.- No presentar expediente técnico La Empresa Concesionaria que no presente el expediente técnico de obras dentro de los plazos establecidos, incurrirá en infracción grave."	"Artículo 26.- No presentar Expediente Técnico La Entidad Prestadora que no presente el Expediente Técnico en el plazo o las condiciones establecidas en el Contrato de Concesión, en la Disposición o en la regulación del OSITRAN o en la Normativa Aplicable, incurrirá en infracción grave."



² "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

4. A través de la Resolución de Gerencia General N° 065-2010-GG-OSITRAN, sustentada en el Informe N° 827-10-GS-OSITRAN, notificada al Concesionario el 5 de agosto de 2010 se resolvió lo siguiente:

"SE 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 – EDI y Estudio de Impacto Ambiental – EIA dentro de los plazos establecidos en dicha cláusula.

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 (...)"

5. El 27 de agosto de 2010, el Concesionario interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 065-2010-GG-OSITRAN, la misma que fue resuelta mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 046-2010-CD-OSITRAN, de fecha 15 de noviembre de 2010, sustentada en el Informe N° 058-10-GAL-OSITRAN, en la cual se resolvió lo siguiente:

"SE RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el Recurso Administrativo de Apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 065-2010-GG-OSITRAN, presentado por la Empresa Concesionaria OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A.

SEGUNDO: CONFIRMAR la Resolución de Gerencia General N° 065-2010-GG-OSITRAN, que sancionó a dicha Empresa Concesionaria, con media (0.5) UIT por incumplir lo dispuesto en la cláusula 6.5 del Contrato de Concesión del Tramo Vial: Nuevo Mocupe – Cayaltí-Oyotún.
(...)"

6. Con fecha 1 de marzo de 2011, el Concesionario interpuso demanda contenciosa administrativa contra la Resolución de Consejo Directivo N° 046-2010-CD-OSITRAN (en adelante, la Resolución Impugnada), solicitando que se declare la nulidad de dicha resolución, la misma que fue resuelta mediante Resolución N° 14 de fecha 16 de marzo de 2016, expedida por el Tercer Juzgado Contencioso Administrativo Permanente de Lima, la cual declaró INFUNDADA la demanda interpuesta por el Concesionario, y además, ordenó que OSITRAN corrija el vicio material incurrido en la emisión de la Resolución Impugnada, al haberse aplicado de manera extensiva el artículo 43 del RIS, conforme al numeral 14.1 de la Ley 27444³, debiendo sancionarse al Concesionario únicamente por la infracción establecida en el artículo 38 del RIS⁴, correspondiendo la misma sanción establecida.



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 sesenta (60) Días Calendario adicionales, con la justificación correspondiente, para lo cual el CONCEDENTE dispondrá de un plazo de diez (10) Días de recibida la opinión del REGULADOR para emitir su pronunciamiento. Para tal efecto, el REGULADOR dispondrá de un plazo máximo de diez (10) Días de recibida la solicitud, para emitir su pronunciamiento."

³ Cabe precisar que en el actual Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, se mantiene la misma redacción y numeración del artículo invocado.

⁴ Como se indicó anteriormente si bien el RIS a la fecha se encuentra derogado; no obstante, su artículo 38 guarda correlato con el artículo 65 del RIIS:

7. El Concesionario interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 14 de fecha 16 de marzo de 2016, siendo resuelto por la Resolución N° 7 de fecha 25 de mayo de 2017, expedida por la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, la cual confirmó la Resolución N° 14.
8. Con fecha 7 de julio de 2017, el Concesionario interpone recurso de casación contra la Resolución N° 7 de fecha 25 de mayo de 2017, la misma que fue resuelta mediante Resolución S/N de fecha 9 de noviembre de 2017, expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, la cual resolvió declarar improcedente dicho recurso al incumplir con los requisitos de procedencia contenidos en el modificado artículo 388 incisos 2 y 3 del Código Procesal Civil.
9. Mediante Resolución N° 16 de fecha 16 de mayo de 2018, expedida por el Tercer Juzgado Contencioso Administrativo Permanente de Lima, se dispuso que las partes del proceso cumplan con lo ejecutoriado y en consecuencia se archiven definitivamente los autos, consentida y/o ejecutoriada dicha Resolución.
10. Con Nota N° 059-18-PP recibida el 8 de junio de 2018, la Procuraduría Pública del OSITRAN informó a la Gerencia de Asesoría Jurídica que, en virtud a lo resuelto por el Poder Judicial en sede Contencioso Administrativa, OSITRAN deberá enmendar el vicio material incurrido en la Resolución Impugnada al aplicar extensivamente el artículo 43 del RIS, sancionando a la empresa demandante únicamente por la infracción grave tipificada en el artículo 38 del RIS.
11. A través de correo electrónico de fecha 14 de junio de 2018, la Gerencia de Asesoría Jurídica solicitó a la Procuraduría Pública del OSITRAN copias de los documentos referidos al expediente administrativo que dio origen al proceso contencioso administrativo, tramitado a través del Expediente N° 1087-2011-0-1801-JR-CA-3 llevado por el Tercer Juzgado Contencioso Administrativo Permanente de Lima, a efectos de dar atención a la Nota N° 059-18-PP-OSITRAN.
12. Mediante correos electrónicos de fecha 18 de junio y 27 de agosto de 2018, la Procuraduría Pública del OSITRAN remitió a la Gerencia de Asesoría Jurídica la información solicitada en el numeral anterior.



ANÁLISIS

13. En el presente Informe se evaluarán los siguientes aspectos:

- III.1 Del órgano encargado del acto de enmienda; y,
- III.2 De los términos del acto de enmienda.



Derogado	Vigente
<p>"Artículo 38 RIS.- No entregar información La Entidad Prestadora que en relación a OSITRAN o a terceros que actúen con su autorización, no entregue, o la haga con tardanza significativa, la información y/o documentación de las condiciones y plazos a que se contraen los contratos de concesión y documentos conexos a la legislación aplicable, incurrirá en infracción grave".</p>	<p>"Artículo 65 RIIS.- No Entrar Información O Documentación La Entidad Prestadora que no entregue al OSITRAN, al Concedente o a terceros debidamente autorizados, información o documentación en el plazo o condiciones establecidos por el Contrato de Concesión, la Disposición o en la regulación del OSITRAN o en la Normativa Aplicable, incurrirá en infracción grave."</p>



III.1. Del Órgano Encargado del Acto de Enmienda

14. Al respecto, debemos tener en cuenta que es necesario enmendar la Resolución Impugnada, la misma que fue emitida por el Consejo Directivo el 15 de noviembre de 2010 en segunda instancia administrativa en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, conforme a lo establecido en el literal f) del artículo 53 del Reglamento General de OSITRAN⁵ vigente a la fecha de emisión de dicho acto.
15. Es preciso indicar que, actualmente el órgano encargado de conocer los temas vinculados con los procedimientos administrativos sancionadores en segunda instancia administrativa es la Gerencia General, en virtud del Acuerdo N° 1820-546-15-CD⁶, en el cual se dispuso lo siguiente:

(...)

d) Disponer que los casos vinculados con Procedimientos Administrativos Sancionadores, penalidades y otros asuntos que correspondan ser conocidos por el Tribunal en Asuntos Administrativos de OSITRAN, en concordancia con lo establecido en el artículo 209 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, serán conocidos por la Gerencia General, hasta la instalación e inicios de funciones del referido órgano colegiado.

(...)"

(Subrayado y resaltado agregado)

16. No obstante, se debe tener presente que el numeral 14.1 del artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO LPAG) señala lo siguiente:

"Artículo 14.- Conservación del acto

14.1. Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora."

(Subrayado y resaltado agregado)

17. En efecto, conforme señala el numeral precitado, quien se encargará del acto de enmienda para la conservación del acto administrativo, será la propia autoridad emisora, esto es, la misma autoridad que emitió el acto administrativo afectado por el vicio no trascendente⁷.



18. En adición a lo antes señalado, es preciso indicar que, por niveles jerárquicos, la Gerencia General no podría modificar una resolución emitida por el Consejo Directivo, ya que éste es el máximo órgano de OSITRAN, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 10 de la Ley N° 26917, Ley de creación de OSITRAN⁸.



⁵ **"Artículo 53.- Funciones**

Son funciones del Consejo Directivo:

(...)

f) Resolver en segunda y última instancia los recursos impugnativos que le corresponda conocer de conformidad con lo establecido en la Ley y en el presente REGLAMENTO.

(...)"

⁶ De fecha 29 de abril de 2015.

⁷ Ello en línea con lo indicado en la doctrina de Morón Urbina, Juan Carlos; "Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General: Texto Único Ordenado de la Ley 27444", doceava edición revisada, actualizada y ampliada, Editorial Saceta Jurídica, 2017, pág. 264, que a la letra dice lo siguiente:

"La competencia para enmendar o conservar compete a la misma autoridad. - A diferencia de la nulidad cuya competencia corresponde a la autoridad superior, la facultad de enmendar o conservar ha sido atribuido al mismo funcionario, para que pueda preservar la vigencia de sus resoluciones, subsanando sus defectos." (Subrayado agregado)

⁸ **Artículo 10.- Consejo Directivo**

El Consejo Directivo es el órgano máximo de OSITRAN (...)



19. Por lo tanto, en el caso concreto, como la Resolución materia de enmienda fue emitida por el Consejo Directivo, lo que corresponde es que dicho órgano sea quien tenga que emitir una nueva resolución corrigiendo el error advertido en sede contencioso administrativa.

III.2. De los Términos del Acto de Enmienda

20. Al respecto, en la Resolución N° 14 del Tercer Juzgado Contencioso Administrativo Permanente de Lima se ordena a OSITRAN enmendar el vicio material en los términos indicados por el juzgado correspondiente, conforme se detalla a continuación:

“III. FALLO

El Tercer Juzgado Contencioso Administrativo Permanente de Lima, impartiendo justicia a nombre de la Nación:

RESUELVE:

(...)

(II) **ORDENAR** al demandado **OSITRAN**, proceder a la enmienda de la resolución administrativa impugnada, conforme lo señalada el considerandos (sic) 2.23 de la presente; sin costas ni costo conforme al artículo 45 de la Ley N° 27584. Notificando al Ministerio Público y a las partes.”

21. Ahora bien, a efectos de un mayor entendimiento se procede a transcribir el numeral 2.23 de la Resolución N° 14 invocada que indica lo siguiente:

“RESPECTO AL CUESTIONAMIENTO (II)

En dicha línea de ideas, es opinión de este Juzgado, en estricta aplicación del numeral 14.2.4 del artículo 14° de la Ley N° 27444, aplicar la conservación del acto administrativo impugnado, pues se aprecia que constituye un acto administrativo afectado por un vicio no trascendente, dado que, concluye indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio. Es decir, aún cuando no correspondía sancionar a la demandante por la infracción al artículo 43° del RIS, sí correspondía sancionarla por infracción al artículo 38°, para lo cual, correspondía la misma sanción establecida, correspondiendo al demandado enmendar el error advertido, conforme, al numeral 14.1 de la Ley N° 27444.”

(Subrayado y resaltado último agregado)



En esa misma línea, mediante Resolución N° 16 de fecha 16 de mayo de 2018, el Tercer Juzgado Contencioso Administrativo Permanente de Lima dispuso que las partes del proceso cumplan con lo ejecutoriado, ello de conformidad al artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-93-JUS, que indica lo siguiente:

“Carácter vinculante de las decisiones judiciales. Principios de la administración de justicia.

Artículo 4.- Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala.

Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.

(...).”

(Subrayado agregado)



23. Ahora bien, es menester indicar que en los numerales 27 al 35 del Informe N° 058-10-GAL-OSITRAN, que sustenta la Resolución Impugnada, se realiza el análisis de la aplicación del artículo 43 del RIS, conforme se aprecia a continuación:

“27. Respecto a la aplicación del artículo 43° del RIS, el recurrente manifiesta:

‘B) Sobre los cargos imputados con referencia al artículo 43° del RIS:

‘Como ya hemos manifestado en nuestro descargo, este artículo se encuentra referido a la no presentación oportuna del Expediente Técnico, sin hacer referencia alguna al EDI.

Es más, como ya lo hemos indicado también, un Expediente Técnico no es lo mismo que un EDI, ello se concluyó en atención a la Cláusula Primera, numeral 1.11 del Contrato de Concesión, que define estos conceptos en los siguientes términos:

Expediente Técnico

Es la Propuesta Técnica que presentó el Adjudicatario aprobada por PROINVERSIÓN, elaborada sobre la base de la información contenida en 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 elaborarán 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 – Cayaltí – Oyotún; Tramo Nuevo Mocupe – Zaña, ii) Mejoramiento de la carretera Zaña – Cayaltí – Oyotún y iii) 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 PROINVERSIÓN 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 fórmulas 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, 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 sólo el Expediente Técnico, sino también el EDI, es más, reitera en la Resolución que se impugna que ‘la definición contemplada en el



RIS respecto al Expediente Técnico de Obras abarca una serie de documentos que incluye el EDI, hecho que no es correcto, tal como hemos evidenciado con los conceptos citados de manera precedente.

Por lo que continuar con dicha posición es una clara vulneración al Principio de Tipicidad.'

28. En relación a lo señalado por el Concesionario sobre una supuesta vulneración del Principio de Tipicidad al aplicarse el artículo 43° del RIS; cabe acotar que el Tribunal Constitucional ha señalado en diversas oportunidades que las normas que establecen sanciones son de interpretación restrictiva.
29. Ahora bien, dicha interpretación, no es lo que textualmente dice la disposición normativa, si no lo que puede rectamente interpretarse de su **ratio legis**, es decir, de desentrañar su razón de ser intrínseca, la que puede extraerse de su propio texto.
30. Así, para interpretar y aplicar el artículo 43° del RIS, el cual dispone:

'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.'

31. Se debe definir qué documentos técnicos se enmarcan rectamente en los márgenes de la definición de Expediente Técnico de Obras, toda vez que, de acuerdo a la norma citada, incurre en infracción grave, la Empresa Concesionaria que no presente el Expediente Técnico de Obras dentro de los plazos establecidos.
32. Con relación a lo anterior, el artículo 3° del RIS, define el Expediente Técnico de Obras, de la siguiente manera:

3° Definiciones.

Para efectos del Reglamento entiéndase como:

(...)

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 fórmulas polinómicas y, si el caso lo requiere, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental u otros complementarios.

33. Acorde con la citada definición, los Términos de Referencia para los Estudios Definitivos de Ingeniería del Tramo Vial: Nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún contenidos en el Anexo VI del Contrato de Concesión establecen que dichos estudios contienen, entre otros, memoria descriptiva, especificaciones técnicas, planos de ejecución de obra, metrados, presupuesto, valor referencial, análisis de precios y fórmulas polinómicas, estudio de suelos, estudio geológico, de impacto ambiental.
34. Como es de verse, la definición de Expediente Técnico de Obras del RIS, es acorde con el contenido del EDI y el EIA del Tramo Vial: Nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún, y no se puede equiparar --como desliza el Administrado--, a la definición de Expediente Técnico contenida en la cláusula 1.11 del Contrato de Concesión, por cuanto, esta última está referida a la Propuesta Técnica que presentó el Adjudicatario aprobada por PROINVERSIÓN.
35. Por ello, considerando que el recurrente presentó el EDI y el EIA del Tramo Vial: Nuevo Mocupe – Cayaltí - Oyotún --como él mismo admite-- después de cinco (5) días hábiles del plazo establecido en el Contrato de Concesión, se puede señalar que la aplicación del artículo 43° del RIS, es correcta. (...)"

24. Sobre el particular, se verifica que el mencionado informe de la Gerencia de Asesoría Legal (hoy Gerencia de Asesoría Jurídica), concluye que la definición de Expediente Técnico de Obras



establecido en el RIS incluye tanto al EDI como al EIA; sin embargo, el Poder Judicial en sede contencioso administrativa, tiene una posición distinta a lo resuelto por OSITRAN, indicando que la definición de Expediente Técnico de Obras establecido en el RIS si bien contiene a los denominados EIA, no contiene a los denominados EDI, y además, se señala que el Juzgado comprobó que, las definiciones de EDI, alegadas por el demandado, en ninguna de ellas contiene en su integridad la definición de Expediente Técnico o viceversa, por lo que la Resolución Impugnada, en lo concerniente a la infracción del artículo 43 del RIS, había trasgredido el principio de tipicidad, por aplicar una errada interpretación extensiva de dicha norma.

25. Si bien el RIS a la fecha se encuentra derogado, a efectos de dar cumplimiento a la enmienda requerida por el Poder Judicial, se hará alusión al mismo, toda vez que la Resolución de Consejo Directivo N° 046-2010-CD-OSITRAN se emitió durante su vigencia.
26. Por lo tanto, a fin de dar cumplimiento a lo ordenado por el Tercer Juzgado Contencioso Administrativo Permanente de Lima consideramos pertinente que el contenido del artículo segundo de la Resolución Impugnada sea precisado a través de la emisión de una resolución del Consejo Directivo, para lo cual efectuamos la siguiente propuesta de enmienda:

“SEGUNDO.- CONFIRMAR EN PARTE la Resolución de Gerencia General N° 065-2010-GG-OSITRAN, que sancionó a dicha Empresa Concesionaria, con media (0.5) UIT por incumplir lo dispuesto en la cláusula 6.5 del Contrato de Concesión del Tramo Vial: Nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún, al haber incumplido únicamente el artículo 38 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN; por lo que, corresponde ARCHIVAR el procedimiento administrativo sancionador en el extremo referido a la infracción imputada conforme al artículo 43 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN referido a no presentar el expediente técnico de obras dentro del plazo establecido, al no haberse configurado dicha infracción.”

IV. CONCLUSIONES

- i. El Consejo Directivo es el órgano competente para realizar el acto de enmienda, puesto que dicho órgano fue el mismo que emitió la resolución que contiene el vicio no trascendente, conforme a lo dispuesto en el numeral 14.1 del artículo 14 del TUO LPAG.
- ii. En ese sentido, se debe modificar el artículo segundo de la Resolución de Consejo Directivo N° 046-2010-CD-OSITRAN en los términos siguientes:

“SEGUNDO.- CONFIRMAR EN PARTE la Resolución de Gerencia General N° 065-2010-GG-OSITRAN, que sancionó a dicha Empresa Concesionaria, con media (0.5) UIT por incumplir lo dispuesto en la cláusula 6.5 del Contrato de Concesión del Tramo Vial: Nuevo Mocupe – Cayaltí – Oyotún, al haber incumplido únicamente el artículo 38 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN; por lo que, corresponde ARCHIVAR el procedimiento administrativo sancionador en el extremo referido a la infracción imputada conforme al artículo 43 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN referido a no presentar el expediente técnico de obras dentro del plazo establecido, al no haberse configurado dicha infracción.”

V. RECOMENDACIONES

- i. Se recomienda elevar el presente Informe al Consejo Directivo para que, de considerarlo pertinente, proceda con la emisión del acto de enmienda, y el mismo sea notificado al Tercer Juzgado Contencioso Administrativo Permanente de Lima; así como a OBRAINSA Concesión Valle del Zaña S.A.



- ii. Se recomienda remitir el acto de enmienda a la Gerencia de Administración de OSITRAN y a la Procuraduría Pública del OSITRAN, para que efectúen las acciones que consideren pertinentes.

Atentamente,


JAVIER CHOCANO PORTILLO
Gerente de Asesoría Jurídica

Reg. sal. GAJ N° 32410-18
Ref. HT 21647-18

OSITRAN
GERENCIA GENERAL

PROVEIDO N° :
PARA : SCD
ACCIONES A SEGUIR : SE REMITE INFORME TÉCNICO PARA SU INCLUSIÓN EN AGENDA DEL CONSEJO DIRECTIVO
FECHA : 29 AGO. 2018

