

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 012-2009-CD-OSITRAN

Lima, 16 de abril del 2009

EXPEDIENTE Nº	:	08-2008-GS-OSITRAN
MATERIA	:	Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia General Nº 006-2009-GG-OSITRAN
ADMINISTRADO	:	Concesionaria Interoceánica Sur – Tramo 3 S:A.

VISTOS:

1. El Recurso Administrativo de Apelación presentado por la Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A., --en adelante la Entidad Prestadora-- contra la Resolución de Gerencia General Nº 006-2009-GG-OSITRAN de fecha 30 de enero de 2009, que resuelve imponer como sanción a la precitada Entidad Prestadora, una multa equivalente a cuarenta (40) Unidades Impositivas Tributarias, por la comisión de la Infracción Grave tipificada en el artículo 45º numeral 45.2 del Reglamento de Infracciones y Sanciones RIS de OSITRAN.

El Informe Nº 026-09-GAL-OSITRAN de la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN, que contiene el Proyecto de Resolución que resuelve el Recurso Administrativo de Apelación presentado por la Entidad Prestadora.

El Expediente Administrativo Sancionador Nº 08-2008-GS-OSITRAN que se tiene por acompañado.

CONSIDERANDO

II. ANTECEDENTES

2. Con fecha 04 de agosto de 2005, el Estado Peruano --el Concedente-- actuando a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, suscribió con la Entidad Prestadora: Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A., --La Entidad Prestadora-- el Contrato de Concesión del Tramo Vial Inambari – Iñapari del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil.
3. Con fecha 05 de julio de 2007, mediante Carta TP.061900.479.07.JS, la Empresa Supervisora CESEL Ingenieros¹ --en adelante CESEL-- remite a la Gerencia de Supervisión, el primer Informe Especial TP.061900.12.07.SP, referido al Control de

¹ Empresa Supervisora, encargada de la Supervisión del Contrato de Concesión del Tramo Vial Inambari – Iñapari del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur, Perú – Brasil.

Calidad de la Obra, en especial de la Obra Alternativa de Pavimentos: Medición de Espesores, Medición de Rugosidad, entre otros. En el mencionado informe se indican los sectores observados con respecto a la medición de la Rugosidad (Km. 652+000 al Km. 653+000, Km. 703+000 al Km. 704+000, Km. 704+000 al Km. 705+000 y Km. 705+000 al Km. 706+000) y con respecto a los espesores tanto del Tratamiento Superficial Bicapa como de la Base Estabilizada (Km. 650+000 al 685+000, Km. 687+000 al 689+000, Km. 690+000 al Km. 704+000 y Km. 707+000 al Km. 710+000).

4. Con fecha 07 de agosto de 2007, mediante Carta TP.061900.514.07.JS, CESEL remite a la Gerencia de Supervisión, el Informe Especial TP.061900.15.07.SP², complementario al antes citado Informe de Control de Calidad de la Obra, identificando sectores con espesores de Tratamiento Superficial Bicapa (TSB) menores a 2.5 cm, y en sectores evaluados del Km. 650+000 al Km. 710+000, tramos con base suelo-cemento con espesores por debajo de los 20.0 cm. previstos e incluso con la tolerancia de un cm. establecida en las Especificaciones Técnicas. Asimismo, sectores que no cumplen con la cuantificación de la rugosidad basada en el concepto del valor de la media deslizante para un intervalo de 1 Km. (Carril Izquierdo Km. 652+000 – 653+000 IRI 4,23 m/km., Km. 705+000 – 706+000 IRI 4,13 m/km.) (Carril Derecho Km. 703+000 – 704+000 IRI 4,09 m/km., Km. 704+000 – 705+000 IRI 4,10 m/km., 705+000 – 706+000 IRI 4,06 m/km.).
5. Con fecha 11 de abril de 2008, mediante Carta TP.061900.768.08.JS, CESEL, presenta al OSITRAN, el Informe de Suelos y Pavimentos TP.06.1900.010.SP, en el cual, indica los resultados de la evaluación de los Niveles de Servicios Individuales del **Sub Tramo Iberia – Iñapari**, entre otros, para los parámetros Rugosidad y Espesores. Dicha evaluación, fue llevada a cabo, en el periodo comprendido entre los meses de febrero y marzo de 2008. En esta ocasión, CESEL también identificó sectores con espesores de Tratamiento Superficial Bicapa, menores a 2.5 cm, **distinto a lo ofertado por la Entidad Prestadora en su Propuesta Técnica**.
6. Con fecha 22 de abril de 2008, mediante **Oficio N° 947-08-GS-OSITRAN**, la Gerencia de Supervisión, remite a la Entidad Prestadora, la Nota N° 306-08-GS-OSITRAN, a fin de que en un plazo máximo de tres (03) días útiles presente un “Cronograma de Actividades” que permita subsanar las fisuras, espesores y rugosidad de capas de pavimento en el Sub Tramo **Iberia – Iñapari**.
7. Con fecha 24 de abril de 2008, la Entidad Prestadora, remite a OSITRAN, el Oficio N° 290-CIST3-OSITRAN, a través del cual, señala la imposibilidad de poder atender, en el plazo máximo de tres (03) días útiles, el “Cronograma de Actividades” que permita subsanar, en los sectores observados del Tramo **Iberia – Iñapari**, las Fisuras, Rugosidad y Espesores en capas de pavimento, adjuntando un Cronograma de Actividades distinto al “Cronograma de Actividades” que solicitó la Gerencia de Supervisión.

² En este punto cabe señalar, que con fecha 11-08-2007, mediante Carta N° TP.061900.522.07.JS, CESEL remitió el aludido Informe N° TP.061900.15.07.SP a la Entidad Prestadora.

8. Con fecha 05 de mayo de 2008, mediante el Oficio N° 1110-08-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión, comunicó al Concesionario, que podía estar incurriendo en la infracción tipificada en el Artículo 45° del Reglamento de Infracciones y Sanciones RIS de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN³, --en adelante RIS de OSITRAN-- puesto que no había absuelto el requerimiento formulado por OSITRAN, así como tampoco, había presentado el cuestionamiento técnico al Informe de CESEL.
9. Con fecha 07 de mayo de 2008, a través del Oficio 295-CIST3-OSITRAN, la Entidad Prestadora, remite a OSITRAN, el Informe de Evaluación de Fisuras, Rugosidad y Espesores de Capa de Pavimento Sub Tramo **Iberia – Iñapari**, señalando, entre otros, que ello es en respuesta a la Nota de la Gerencia de Supervisión N° 306-08-GS-OSITRAN⁴, de fecha 21 de abril de 2008, y el Informe de CESEL N° TP 061900.010.SP, de fecha 11 de abril de 2008.
10. Con fecha 13 de mayo de 2008, la Entidad Prestadora, remitió nuevamente a OSITRAN, el precitado Oficio, adjuntando en esta oportunidad, un Anillado que incluye un cronograma de acciones a implementar, la evaluación de las fisuras, medición de la rugosidad y unos cuadros de evaluación de pavimento. En la misma fecha, mediante Oficio N° 1138-08-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión, corrió traslado del informe a CESEL, a efectos, que presente un Informe Especial.
11. Con fecha 28 de mayo de 2008, mediante Carta TP.061900.830.08.JS, CESEL, en cumplimiento de lo dispuesto por la Gerencia de Supervisión, remite a OSITRAN, el Informe Especial TP.061900.012.08.SP, en el que efectúa precisiones técnicas relacionadas a los descargos presentados por la Entidad Prestadora en el Informe de Evaluación de Fisuras, Rugosidad y Espesores, citado en el numeral 9.

El Procedimiento Administrativo Sancionador⁵⁻⁶

12. Con fecha 03 de diciembre de 2008, mediante el Oficio N° 3607-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión, notificó a la Entidad Prestadora, el presunto

³ Incluyendo sus modificatorias, aprobadas por Resoluciones de Consejo Directivo N° 077-2005-CD-OSITRAN y 005-2007-CD-OSITRAN.

⁴ En la aludida Nota, el Coordinador In Situ y el Coordinador Central del Tramo 3, así como el Gerente Adjunto de Supervisión, recomendaron entre otras cosas al Gerente de Supervisión, que notifique a la Entidad Prestadora, para que en el más breve plazo, restituya los Niveles de Servicio y complete el Espesor del Tratamiento Superficial Bicapa

⁵ De acuerdo a lo prescrito en el artículo 7° del RIS, la Gerencia de Supervisión, es el Órgano competente para la instrucción de los Procedimientos Administrativos Sancionadores en la Entidad.

⁶ El inciso 66.3 del artículo 66° del RIS, establece que en caso, se decida iniciar el Procedimiento Administrativo Sancionador, el Órgano Instructor, deberá notificar dicha circunstancia a la Entidad Prestadora. Dicha notificación, deberá contener:

“66.3.1 Los hechos que se le imputan a título de cargo

66.3.2 La calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir.

66.3.3 La expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudieran imponer.

66.3.4 La autoridad para imponer la sanción.

66.3.5 La norma que le atribuya tal competencia.”

incumplimiento de las obligaciones contractuales contenidas en el Apéndice 3 Anexo I del Contrato de Concesión, relacionado con la rugosidad y espesores de capa de pavimento del Tramo 3: Inambari – Iñapari, para lo cual, le indicó lo siguiente:

Sobre los hechos imputados

- ✓ En la precitada notificación, la Gerencia de Supervisión indicó a la Entidad Prestadora, que habría presuntamente incumplido sus obligaciones contractuales establecidas en el Apéndice 3 del Anexo I del Contrato de Concesión en lo relativo a los parámetros de Rugosidad y Espesores.
- ✓ Que, dicho incumplimiento, se encontraba tipificado en el artículo 45⁷ numeral 45.2 del RIS de OSITRAN.

Sobre la Calificación

- ✓ Se indicó a la Entidad Prestadora, que el incumplimiento antes descrito, calificaba en la categoría de Grave, de acuerdo con lo prescrito en el numeral 45.2 del artículo 45 del RIS de OSITRAN

Sobre la Sanción

- ✓ Se puso en conocimiento de la Entidad Prestadora, que en aplicación del numeral 45.2 del artículo 45° del RIS de OSITRAN, correspondía como sanción, aplicar una multa de hasta 60 UIT.

Sobre la autoridad para imponer la sanción y su competencia

- ✓ Se indicó a la Entidad Prestadora, que en virtud a lo prescrito en el RIS de OSITRAN, la Gerencia General, es la autoridad competente para imponer la sanción correspondiente.
- ✓ Finalmente, el Órgano Instructor, comunicó a la Entidad Prestadora, que contaba con un plazo de diez días hábiles, para hacer llegar sus descargos a OSITRAN.

Descargos formulados por la Entidad Prestadora

13. Con fecha 18 de diciembre de 2008, OSITRAN, recibió los descargos de la Entidad Prestadora, formulados en la Carta N° 381-CIST3-OSITRAN.

⁷ Al respecto, el artículo 45° del RIS, a la letra señala:

“Artículo 45.- No acatar las observaciones de OSITRAN

La Empresa Concesionaria que no acate las observaciones que le sean formuladas por OSITRAN o terceros que actúen con su autorización con relación a la ejecución de las obras, de manera tal que:

(...)

45.2 Afecte el uso de la infraestructura o la prestación del servicio, o su calidad, o ponga en riesgo menor la seguridad o integridad de las personas o instalaciones, incurrirá en infracción grave;

(...).”

En sus descargos, la Entidad Prestadora, sostiene:

- ❖ Que no corresponde que sea sancionada, toda vez que la evaluación y exigencia de los niveles de Servicio únicamente debe ser efectuado, luego de culminadas las Obras y estando al hecho que el Tramo **Iberia - Iñapari**, aún se encuentra en Obra, no corresponde evaluar en esta etapa los niveles de servicio.
 - ❖ Que la “Conservación” es definida por el numeral 1.6 del Contrato de Concesión, como el conjunto de actividades efectuadas con el objeto de preservar, recuperar o retardar la pérdida de las condiciones estructurales y funcionales originales de la infraestructura vial (aquellas con las que fue diseñada o construida) y de los Bienes de la Concesión. Esta incluye el Mantenimiento Rutinario, el Mantenimiento Periódico y el Mantenimiento de Emergencia de todos aquellos elementos de la infraestructura vial.
 - ❖ Que OSITRAN está obligado a abstenerse de aplicar una sanción si resulta innecesaria, porque no hay un daño que reparar.
 - ❖ Que no habiéndose acreditado, ni en el Informe remitido por CESEL, ni en la documentación remitida por el Regulador, que los supuestos incumplimientos de los niveles de servicio, hayan causado daños y perjuicios al Concedente o cualquier Usuario de la Infraestructura, no corresponde que OSITRAN, le imponga sanción alguna.
14. Con fecha 31 de diciembre de 2008, OSITRAN, recibió una ampliación de descargos de la Entidad Prestadora, formulados mediante la Carta N° 384-CIST3-OSITRAN.

En su ampliación de descargos, la Entidad Prestadora añade:

- ❖ Que siendo insuficiente el plazo de tres (3) días, para presentar un Cronograma de Actividades de Subsanción, se comprometió y presentó después de 30 días, un Cronograma de Acciones a Implementar, por lo que, no existe un incumplimiento de lo requerido por OSITRAN.
- ❖ Que el numeral 5.1 del Anexo I del Contrato de Concesión es claro en establecer que los niveles de servicio no serán evaluados sino hasta el momento en el que la totalidad de las Obras de la Concesión, sea culminada.

Informe del Órgano Instructor

15. Con fecha 20 de enero de 2009, la Gerencia de Supervisión, remitió a la Gerencia General, el Informe N° 041-09-GS-OSITRAN, en el que dicho Órgano Instructor concluye lo siguiente:
- ✓ Que la Entidad Prestadora incumplió lo establecido en el Apéndice 3 del Anexo I del Contrato de Concesión y, con su Propuesta Técnica de la Etapa de

Concurso a la cual se obligó, al constatarse que no cumplió con los Parámetros de Condición y Servicialidad Exigibles a las Concesiones Viales.

- ✓ Que la Entidad Prestadora no acató las observaciones del Regulador, que llevaban a la subsanación de las observaciones efectuadas por el incumplimiento de las obligaciones contractuales contenidas en el Apéndice 3 Anexo I del Contrato de Concesión.
- ✓ Que la Entidad Prestadora incurrió en infracción grave al no acatar las observaciones de OSITRAN, de conformidad con lo establecido en el artículo 45º numeral 45.2, del RIS de OSITRAN.

Asimismo, recomienda al Órgano Resolutivo:

- ✓ Imponer como sanción a la Entidad Prestadora, una multa de cuarenta (40) UIT's, por no acatar las observaciones de OSITRAN, al no absolver el requerimiento formulado ni tampoco presentado un cuestionamiento técnico al Informe de CESEL, dispuesto por el Oficio N° 947-08-GS-OSITRAN y el Oficio N° 1110-08-GS-OSITRAN, respecto del incumplimiento de las obligaciones establecidas en Apéndice 3 del Anexo I del Contrato de Concesión y de su Propuesta Técnica ofertada en la etapa de concurso.

La Resolución de Primera Instancia⁸: Resolución de Gerencia General N° 006-2009-GG-OSITRAN

16. Con fecha 06 de febrero de 2009, se notificó a la Entidad Prestadora, la Resolución de Gerencia General N° 006-2009-GG-OSITRAN. En dicha Resolución, la Gerencia General, luego de la evaluación y análisis de los actuados en el Expediente Administrativo, de los descargos presentados por la Entidad Prestadora y el Informe elevado por el Órgano Instructor, señaló:

Respecto a la exigibilidad de los niveles de servicio

- ✓ Que los niveles de servicio deben ser cumplidos por la Entidad Prestadora de modo permanente, y no sólo en la Etapa de Explotación como ésta pretende, dado que ello se encuentra expresamente establecido en el numeral 2.6 del Anexo I del Contrato de Concesión.
- ✓ Que cuando la Entidad Prestadora hace referencia a la Conservación aludida en el numeral 1.6 del Contrato de Concesión, omite señalar que ésta es: *“el conjunto de actividades efectuadas a partir del **inicio de la Concesión** con el objeto de preservar, recuperar o retardar la pérdida de las condiciones estructurales...”*

Respecto al incumplimiento de los requerimientos realizados por el Regulador

⁸ Conforme a lo prescrito en el artículo 7º del RIS, la Gerencia General, es el Órgano Resolutivo en Primera Instancia Administrativa

- ✓ Con relación a lo señalado por la Entidad Prestadora en el sentido que *“resultaba imposible presentar un cronograma de actividades de subsanación, ya que nuestra empresa ni siquiera había tenido acceso a toda la información que sustentaba las observaciones de la Empresa Supervisora”*, la Gerencia General acota en la apelada, que el plazo de tres (3) días hábiles otorgado a la Entidad Prestadora para que presente un Cronograma de Actividades que permita subsanar la observaciones efectuadas, era totalmente razonable, toda vez, que ésta, tuvo conocimiento del Informe elaborado por CESEL, incluso ocho (8) meses antes que OSITRAN, le concediera el plazo de tres (3) días hábiles, para elaborar el aludido Cronograma de Actividades.⁹
- ✓ Que el Cronograma de Actividades presentado era diferente a lo solicitado por la Gerencia de Supervisión, incluso así fue enviado por la Entidad Prestadora al OSITRAN, después de treinta (30) días, y no dentro de los tres (3) días requeridos por la Entidad.

En esa línea, la Gerencia General, resolvió:

- ✓ Declarar, que al no acatar las observaciones de OSITRAN, la Entidad Prestadora, incurrió en Infracción Grave, tipificada en el numeral 45.2 del artículo 45° del RIS de OSITRAN.
- ✓ Imponer como sanción a la Entidad Prestadora, una multa de (40) UIT, señalando que la misma, debía ser pagada en el plazo establecido en el artículo 75°¹⁰ del RIS.

El Recurso Administrativo de Apelación, presentado por la Entidad Prestadora, contra la Resolución de Gerencia General N° 006-2009-GG-OSITRAN

17. Con fecha 27 de febrero de 2009, la Entidad Prestadora, interpone Recurso Administrativo de Apelación, contra la Resolución de Gerencia General N° 006-2009-GG-OSITRAN. En dicho Recurso, la Entidad Prestadora, solicita al Órgano Colegiado, que declare nula la Resolución N° 006-2009-GG-OSITRAN, en virtud a las consideraciones detalladas en su propio recurso, las mismas que más adelante desarrollaremos.

III. ANÁLISIS DEL RECURSO ADMINISTRATIVO DE APELACIÓN

⁹ En efecto, mediante Carta N° TP.061900.522.07, notificada a la concesionaria el 11.AGO.07, la supervisora CESEL le remitió el mismo informe, denominado: “Informe Complementario de Control de Calidad del Pavimento Ejecutado”, que le fuera comunicado por OSITRAN el 22 de abril de 2008 mediante Oficio N° 947-08-GS-OSITRAN.

¹⁰ Al respecto el artículo 75° del RIS de OSITRAN, establece respecto al plazo para el pago de sanciones:

“Artículo 75.- Plazo para el pago de las sanciones

El plazo para el pago de las sanciones establecidas será de quince (15) días contados a partir del día siguiente de notificada la Resolución.”

III.1. Cuestión Previa: Análisis de Admisibilidad del Recurso

18. El Recurso Administrativo de Apelación cumple con los requisitos formales para determinar su admisibilidad, esto significa que se ha presentado: i) ante el órgano competente; ii) dentro del plazo legal, de conformidad con lo establecido en el artículo 71° del RIS de OSITRAN, concordante con lo establecido en el artículo 209° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
19. De acuerdo a lo establecido en el artículo 72° de RIS de OSITRAN, en el caso que el interesado opte por interponer el Recurso de Apelación, deberá hacerlo ante la Gerencia General en el plazo de 15 días contados desde la fecha de la notificación de la Resolución de la Gerencia General a través de la cual, se le hubiese impuesto la sanción. En el caso de autos, se puede constatar, que con fecha 27 de febrero de 2009, la Entidad Prestadora ha presentado a la Gerencia General el Recurso de Apelación, materia de análisis, con lo cual, se considera cumplido este requisito.
20. Por otra parte, teniendo en consideración que el Recurso de Apelación, fue puesto en conocimiento este Órgano Colegiado en la Sesión N° 306 de fecha 12 de marzo de 2009, el plazo de treinta (30) días para resolver, **vencerá el 27 de abril de 2009.**

III.2. Fundamentos del Recurso de Apelación

21. Los principales argumentos esgrimidos por la Entidad Prestadora en su Recurso Administrativo de Apelación, se resume de la siguiente manera:
 - ❖ La Resolución de Gerencia General N° 006-2009-GG-OSITRAN, adolece de vicios de nulidad por falta de motivación y contenido incongruente.
 - Los Niveles de Servicio no son verificables sino hasta la culminación de todas las Obras.
 - No ha existido incumplimiento del requerimiento efectuado por OSITRAN mediante el Oficio N° 947-08-GS-OSITRAN, ni tampoco del Oficio N° 1110-08-GS-OSITRAN.
 - La Resolución Apelada ha vulnerado el deber de motivar sus actos.
 - ❖ La multa de 40 UITs impuesta por la Gerencia General, es desproporcionada.
22. Antes de iniciar el análisis de los argumentos expuestos por la Entidad Prestadora, conviene apuntar, que de acuerdo a lo establecido en el artículo 217¹¹ de la Ley N°

¹¹ El numeral 217.1 del artículo 217° de la Ley 27444, literalmente señala:
"Artículo 217.- Resolución

27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, la Administración, al resolver un recurso impugnativo, debe estimar en todo o en parte las pretensiones formuladas en el mismo. En consecuencia, en cumplimiento de esa línea normativa, a continuación, se procederá a analizar cada uno de los argumentos que sustentan el Recurso Administrativo de Apelación incoado por el Administrado.

❖ **Respecto a los supuestos vicios de nulidad de los que adolecería la Resolución de Gerencia General N° 006-2009-GG-OSITRAN, por falta de motivación y contenido incongruente**

- **Se puede o no, verificar los Niveles de Servicio antes de la culminación de todas las Obras.**

23. La Entidad Prestadora sostiene que la Resolución Apelada se encuentra viciada de nulidad, alegando, que tanto en su escrito de descargos como en el de ampliación de descargos, invocó el numeral 5.1 del Anexo I del Contrato de Concesión, el cual, según el Concesionario, es claro en establecer que los niveles de servicio no serán evaluados sino hasta el momento en que la totalidad de las obras de la concesión sea culminada. Agrega que a pesar que la resolución Apelada cita la referencia que hizo a la precitada estipulación contractual, ésta, omite incluir los fundamentos jurídicos por los cuales ésta es desestimada por OSITRAN.

24. Al respecto del numeral 20 de la apelada Resolución de Gerencia General N° 006-2009-GG-OSITRAN, se aprecia que la Administración señaló de modo preciso que la Entidad Prestadora, debe cumplir con los niveles de servicio en forma permanente y desde el inicio de la Concesión y, no sólo en la etapa de explotación. Asimismo, se desprende, que la Administración sustenta dicha afirmación en la cláusula 2.6 del Contrato de Concesión, que a la letra señala:

*“2.6 Durante el plazo de Concesión el CONCESIONARIO **deberá cumplir en forma permanente** con los **Niveles de Servicio Individuales** establecidos en el Apéndice 3 de este Anexo I y con los **Niveles de Servicio Globales** establecidos para cada tramo en el Apéndice 7 de este Anexo I. En caso de incumplimiento se aplicarán las penalidades establecidas en el Anexo X del Contrato de Concesión”*

[Resaltado y Subrayado agregado]

25. Lo antes señalado, es reconocido por el propio Recurrente, dado que en el segundo párrafo del punto 3.2 de su escrito de apelación señala:

“Es cierto que el numeral 2.6 del Anexo I –citado por la Resolución Apelada-- establece la regla general que la Concesionaria tiene el deber de mantener los niveles de servicio durante el plazo de la concesión. Sin embargo, también lo es que el numeral 5.1 recoge una excepción a dicha regla: no se

217.1 La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas en el mismo o declarará su inadmisión.
(..)”

evalúan los niveles de servicio de los tramos en Obra. El análisis de esta excepción ha sido omitido por la Resolución Apelada, a pesar de haber sido expresamente invocada en nuestros descargos”.

[Resaltado y Subrayado agregado]

26. Conforme se observa, el apelante entra en abierta contradicción en sus propias afirmaciones, toda vez, que primero señala que la Gerencia General omitió incluir los fundamentos por los cuales desestimó la estipulación contractual contenida en el numeral 5.1 del Anexo I del Contrato de Concesión, para luego admitir que en la Resolución Apelada, la Administración tomó como base de su postura el numeral 2.6 del Anexo I del Contrato de Concesión, el cual lo cita como regla general del caso, señalando que el numeral 5.1,¹² del mismo Anexo I, que establece que los niveles de servicio no serán evaluados sino hasta el momento en que la totalidad de las obras de concesión sean culminadas, es la excepción a dicha regla.
27. Pero es más, lo preocupante del caso es que la concesionaria pretende ignorar el contenido de los numerales que van del 20 al 24 de la Resolución Apelada, en los que precisamente la Gerencia General se ha preocupado por abordar la argumentación de fondo que al respecto ha invocado el concesionario, pues en efecto allí es donde desarrolla las razones por las que los niveles de servicio no corresponden ser evaluados sino hasta el momento en el que la totalidad de la obra sea culminada.
28. En efecto, pues es en dichos numerales en que la Gerencia General ha efectuado una aplicación integral de las cláusulas del Contrato de Concesión, invocando al respecto la consideración del numeral 2.6 del Anexo 1 del Contrato de Concesión en concordancia con la definición de “Conservación”, la misma que, por cierto, de manera tendenciosa ha sido recortada por la concesionaria en su recurso de apelación, omitiendo citar que la “Conservación” es el conjunto de actividades efectuadas a partir del inicio de la concesión; la obligatoriedad contractual de cumplir con su Propuesta Técnica en forma permanente y durante el plazo de toda la concesión. Por lo tanto, queda claro que el argumento del concesionario que reposa en lo establecido en el precitado numeral 5.1 ha sido convenientemente expuesto y desarrollado, por lo que queda en evidencia que el concesionario falta a la verdad cuando afirma que la Resolución Apelada incurre en vicio de motivación insuficiente.
29. A mayor abundamiento, cabe señalar que del numeral 17 de la Resolución Apelada, se desprende que el parámetro¹³, evaluado por CESEL, esta ligado a la Rugosidad para la **Recepción de Obras** tal como se aprecia a continuación:

“17. Que en el Apéndice 3 del mismo Anexo 1, se señala respecto a los parámetros de rugosidad para la recepción de obras, lo siguiente:

Parámetro	Medida	Nivel de Servicio
------------------	---------------	--------------------------

¹² “5.1 Durante los periodos en que los tramos se encuentren en Obra (habiendo sido el cronograma de Obra aprobado por el REGULADOR) no se evaluarán los niveles de servicio afectados por la Obra, ni se considerarán dichos tramos para el cálculo del Nivel de Servicio Global del Contrato”[Resaltado y Subrayado agregado]

¹³ Establecido en el Apéndice 3 del Anexo 1 del Contrato de Concesión.

Rugosidad para recepción de obras	Rugosidad media deslizante máxima, con un intervalo de 1 km (concreto asfáltico)	2.50 IRI con una tolerancia de 20%
	Rugosidad media deslizante máxima, con un intervalo de 1 km (TSB c/sellado)	3.50 IRI con una tolerancia de 15%

Sobre el particular, cabe mencionar que sobre la base del Informe Especial N° TP.061900.010.SP del Supervisor de Obra, CESEL- **los sectores que no cumplen con la tolerancia señalada en el Apéndice 3 del Anexo I del Contrato de Concesión**, son los siguientes si consideramos que el máximo permitido es un IRI de 4.025

- Km 652+000 – km 653-000 LI	IRI = 4.23 m/Km
- Km 703+000 – km 704+000 LD	IRI = 4.09 m/Km
- Km 704+000 – km 705+000 LD	IRI = 4.10 m/Km
- Km 705+000 – km 706+000 LD-LI	IRI = 4.06 y 4.13 m/Km

[Resaltado y Subrayado agregado]

30. Conforme se puede apreciar, CESEL midió la Rugosidad, considerando el Parámetro de Rugosidad para recepción de las Obras, siendo ello así, es claro que la medición de Rugosidad efectuada, es independiente a la estipulación contenida en el numeral 5.1 del Anexo I del Contrato de Concesión,.
31. La Entidad Prestadora agrega: Una incongruencia adicional en relación con este extremo, es que la propia Resolución Apelada cita la cláusula 7.1 del Contrato de Concesión, conforme a la cual la obligación de efectuar la conservación de los nuevos Bienes Reversibles surge desde el momento de la incorporación y mientras dure la vigencia del Contrato. En esa línea, continúa señalando: La Resolución Apelada no sustenta las razones por las cuales se considera que los sub tramos observados ya han sido “incorporados”. Finalmente apunta, que la incorporación de un Bien Reversible, se materializa mediante el correspondiente Inventario de Obra.
32. Con relación a lo apuntado por la Entidad Prestadora, conviene reiterar que, conforme se señaló en los numerales 29 y 30, la medición del Nivel de Rugosidad de la Infraestructura a que hace alusión la Resolución Apelada, considera el Parámetro de **Rugosidad para Recepción de las Obras**, lo cual es independiente de la incorporación de los sub tramos que señala la Entidad Prestadora.
33. La propia Entidad Prestadora, en el cuarto párrafo de la Sección Antecedentes del Informe de Evaluación de Fisura, Rugosidad y Espesores de Capa de Pavimento Subtramo Iberia Iñapari del Tramo 3: Puente Inambari – Inambari, presentado a OSITRAN¹⁴ en fecha 13 de mayo de 2008, manifestó “Mediante **Asiento de Libro de**

¹⁴ Conjuntamente con el Oficio N° 295-CIST3-OSITRAN.

Obra N° 1628 y 1652 del 30 de julio del 2007, respectivamente, el Concesionario comunicó que ha concluido con la construcción de las obras de 60 Kms. del pavimento asfáltico del sub sector Iberia – Iñapari. Asimismo, este tramo fue inaugurado en julio del 2007. De igual modo, en el último párrafo de la aludida Sección Antecedentes de dicho informe, la Entidad Prestadora señaló: “*El presente informe presenta nuestra respuesta a los puntos observados por el Supervisor CESEL y presentamos los resultados de nuestra interpretación sobre las mediciones efectuadas en conjunto con el mismo, durante la estación invernal, estando actualmente el sector en cuestión de la carretera en periodo de conservación.*”.

34. Conforme se desprende, el Sub Tramo Iberia Iñapari, en el cual CESEL formuló las Observaciones, fue inaugurado en julio de 2007, estando actualmente dicho sector en periodo de conservación. Dichas afirmaciones desvirtúan la postura de la Entidad Prestadora sustentadas en el numeral 5.1 del Apéndice 3 del Anexo I del Contrato de Concesión, toda vez que conforme refiere la propia Entidad Prestadora, CESEL no evaluó Niveles de Servicio afectados por la Obra.
35. El Anexo XI del Contrato de Concesión, establece que el asfaltado del Sub Tramo Iberia-Iñapari, --Sub Tramo en el cual, CESEL realizó las observaciones materia de análisis-- debía ejecutarse dentro del plazo correspondiente a la Primera Etapa de Construcción de las Obras. Esto es dentro de los doce (12) meses contados desde el Inicio de la Construcción conforme se encuentra estipulado en la cláusula 6.1¹⁵ del Contrato de Concesión. Siendo el hecho concreto que el Inicio de la Construcción data de fecha cinco (06) de julio de 2006, la fecha en la que debió culminarse el asfaltado de dicho Sub Tramo, fue a más tardar el cinco (05) de julio de 2007.
36. En ese sentido, es claro que con respecto a la Rugosidad del Pavimento, la Administración no adelantó la medición de los Niveles de Servicio, sino por el contrario en cumplimiento de lo establecido en el Contrato de Concesión, midió la Rugosidad para la Recepción de las Obras. En consecuencia este extremo del Recurso Administrativo de Apelación de la Entidad Prestadora, debe ser desestimado.
37. Es menester acotar, que --de acuerdo a lo evaluado en la Primera Instancia Administrativa-- la Entidad Prestadora, tampoco ha desvirtuado técnicamente que el Parámetro de Rugosidad para Recepción de las Obras, cumpla con el Nivel de

¹⁵ En efecto, la cláusula 6.1 del Contrato de Concesión establece:

“Descripción de las Obras

6.1.- El CONCESIONARIO se obliga a ejecutar las Obras de Construcción, correspondientes a la Concesión del Tramo, sin perjuicio de las actividades de Conservación a que se refiere la Sección VII. Las Obras de Construcción, serán ejecutadas en tres etapas, conforme a lo que se señala en el Anexo VIII y en el Anexo XI.

Sin perjuicio de lo señalado en el Anexo VIII, las Obras correspondientes a cada una de las etapas de Construcción se ejecutarán en los siguientes plazos:

- *Primera Etapa: La entrega de las Obras según los hitos señalados en el Anexo XI, se realizarán a más tardar a los doce (12) meses desde el Inicio de la Construcción, o en su caso, dentro del plazo que oportunamente el CONCESIONARIO haya comunicado por escrito al CONCEDENTE con copia al REGULADOR, plazo que no podrá ser mayor al antes indicado, y en cuyo caso, dicho plazo será computado para la exigencia de las obligaciones del CONCESIONARIO derivadas del presente Contrato.
(...)”*

Servicio para la Recepción de Obras exigido en el Apéndice 3 del Anexo I del Contrato de Concesión.

38. Por otra parte, respecto al incumplimiento de lo establecido en la Propuesta Técnica, de acuerdo a lo que fluye del Expediente Administrativo, este se encuentra relacionado al Espesor tanto del **a) Tratamiento Superficial Bicapa**, como de la **b) Base Estabilizada** de la Infraestructura Vial.
39. Con relación al a) Espesor del Tratamiento Superficial Bicapa, de acuerdo a lo informado por CESEL, en los Informes Especiales N° TP.061900.12.07.SP, TP.061900.15.07.SP y TP.061900.10.SP, la Entidad Prestadora no cumplió con su Propuesta Técnica a lo largo de 53 Km., al haberse identificado que entre el Km. 650+000 y el Km. 710+000¹⁶ el Tratamiento Superficial Bicapa presenta un espesor menor a los 2.5 cms que ofreció en su Propuesta Técnica, compromiso que consta, por cierto, en el Proyecto de Ingeniería de Detalle (PID) aprobado por el Concedente para dicho sector de la Primera Etapa.
40. Del mismo modo, respecto al b) Espesor de la Base Estabilizada, cabe señalar que de acuerdo a los mismos Informes N° TP.061900.12.07.SP, N° 061900.15.07.SP, y N° TP.061900.10.SP, en 3.0 Km., la Entidad Prestadora ejecutó espesores menores a los 20 cm ofrecidos en su Propuesta Técnica¹⁷.
41. Del análisis efectuado, se colige que la verificación del cumplimiento de los parámetros de Rugosidad de acuerdo a la Condición y Serviciabilidad exigibles en Concesiones Viales¹⁸, (Niveles de Servicio Individuales), a que hace referencia el Apéndice 3 del Anexo I del Contrato de Concesión, no requiere de la culminación de la totalidad de las Obras¹⁹. Asimismo, la verificación del cumplimiento de las prestaciones debidas por la Entidad Prestadora en lo relativo al Espesor de la Infraestructura, tampoco requiere la culminación de la totalidad de las Obras²⁰.

¹⁶ Siendo los Sectores Observados los siguientes:

- Km. 650+000 al Km. 685+000
 - Km. 687+000 al Km. 689+000
 - Km. 690+000 al Km. 704+000
 - Km. 707+000 al Km. 710+000
- Lo que da un total de 53 Km.

¹⁷ Por su parte, los sectores donde la Entidad prestadora, ha incumplido el espesor de la citada Base Estabilizada son los siguientes:

- | | |
|------------------------------|-------------|
| - Km. 654+000 al Km. 655+000 | e= 16.7 cms |
| - Km. 659+000 al Km. 660+000 | e= 17.3 cms |
| - Km. 660+000 al Km. 661+000 | e= 17.5 cms |
- Lo que da un total de 3.0 Km.

¹⁸ Establecidos en la Parte pertinente del Apéndice 3 Anexo I del Contrato de Concesión.

¹⁹ Esto es, luego de los 48 meses, establecidos en la cláusula 6.1 del Contrato de Concesión.

²⁰ Finalmente, en este punto cabe recordar que de acuerdo a lo establecido en el literal a) del artículo 5° de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, concordante con el literal a) del numeral 7.1 del artículo 7° del citado cuerpo normativo, OSITRAN tiene por objetivo, velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Contratos de Concesión bajo su ámbito de competencia, para lo cual, ejerce como una de sus funciones, administrar, fiscalizar y supervisar dichos instrumentos, con criterios técnicos, desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los referidos contratos.

- **El Administrado incumplió o no, el requerimiento de OSITRAN, efectuado a través del Oficio N° 947-08-GS-OSITRAN**
42. La Entidad Prestadora sostiene que el plazo de 3 días hábiles otorgado por el Oficio N° 947-08-GS-OSITRAN, para efecto que presente un Cronograma de Actividades en respuesta a la Nota N° 306-08-GS-OSITRAN, no atiende el principio de razonabilidad regulado en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444. Como sustento de su postura, el Apelante sostiene que no había tenido acceso a toda la información en la que se sustentaban las observaciones de CESEL, y en consecuencia era imposible que en un plazo de 3 días hábiles ésta fuese evaluada y constatada y que, adicionalmente, desarrollen un Cronograma de Actividades.
 43. El Recurrente sostiene además, que el Informe Complementario de CESEL, que le fuera comunicado en fecha 11-08-2007, no fue el único documento que le fue remitido por OSITRAN en fecha 22-04-2008, a través del Oficio N° 947-08-GS-OSITRAN. Alega, que conjuntamente con ésta comunicación, la Administración, le notificó nueva documentación, como: (i) Informe de Suelos y Pavimentos TP 061900.010.SP. (ii) Nota N° 306-08-GS-OSITRAN, y adicionalmente el Informe de Suelos y Pavimentos N° TP.061900.008.SP, documento este último que señala haber recibido 15 días hábiles atrás.
 44. Al respecto, cabe señalar que conforme obra en el Expediente Administrativo, con fecha 11-08-2007, mediante la Carta N° TP.061900.522.07.JS, CESEL remitió a la Entidad Prestadora el Informe Complementario N° TP.061900.15.07.SP. En el aludido informe --que por cierto la Entidad Prestadora reconoce haber recibido en la fecha antes indicada, esto es ocho (8) meses antes de que recibiera el Oficio N° 947-08-GS-OSITRAN--, se advierte que CESEL comunicó al Administrado --mediante Carta N° TP.061900.272.07.JS del 05-01-07-- de las implicancias técnicas y contractuales que conllevaría la ejecución de espesores del TSB, menores a 2.5 cm.
 45. De lo anterior, queda claro que incluso antes del 11-08-2007, --fecha en la que la Entidad Prestadora recibió el Informe N° TP.061900.522.07.JS-- el Apelante fue advertido por CESEL, de las circunstancias antes referidas.
 46. En base a todo lo anterior, es evidente que el plazo de tres (3) días otorgados por la Administración a la Entidad Prestadora a efectos que ésta le remita un Cronograma de Actividades que permita subsanar en el más breve plazo las observaciones antes anotadas, fue razonable.
 47. En esa línea de razonamiento, es evidente que en la Resolución Apelada, no se ha obviado el Principio de Razonabilidad establecido en el numeral 1.4 del Artículo IV de la Ley N° 27444, que preceptúa que la decisión de la autoridad administrativa, debe adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida, dicha facultad, en
-

palabras de Morón Urbina²¹ implica "... cumplir y no desnaturalizar la finalidad para la cual fue acordada la competencia de emitir el acto de gravamen". Al respecto, del análisis efectuado, se desprende que el requerimiento de la Administración para que la Entidad Prestadora presente un Cronograma de Actividades que permita subsanar las observaciones realizadas por CESEL a la Rugosidad y al Espesor del Pavimento, fue realizado por la Administración sin desnaturalizar la finalidad para la cual, le fue otorgada la competencia de dictar un requerimiento de esa naturaleza.

48. En efecto, contrariamente a lo señalado por el Apelante, en el sentido que el plazo otorgado por la Administración atentaría contra el Principio de Razonabilidad, se debe señalar que dicho plazo, mantiene proporción con el fin público que se tutela, en la medida que solicitar al Administrado que presente el aludido Cronograma de Actividades, tenía por finalidad, contar con un instrumento, que permita subsanar a la brevedad las observaciones efectuadas por CESEL. Distinto y trasgresor del Principio de Razonabilidad, hubiese sido que la Administración le exija al Administrado que subsane todas las observaciones advertidas por CESEL, en el aludido plazo de 3 días, cosa que no ha ocurrido.
49. El Recurrente añade que al amparo del artículo 136.2 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, solicitó una prórroga de (30 días), para estar en condiciones de cumplir con la presentación del Cronograma exigido por la Administración. Agrega que "sorprendentemente" a pesar que cumplió con presentar a OSITRAN tanto su Informe Final como el Cronograma de Acciones a implementar dentro de la prórroga del plazo solicitada, en la Resolución apelada se sostiene que no cumplió con dicho requerimiento.
50. Con relación a lo anteriormente señalado por la Entidad Prestadora, en principio, cabe remarcar, que la norma contenida en el numeral 136.2 del artículo 136° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece **la facultad** de la Administración de otorgar una prórroga a los plazos establecidos. La precitada norma, **no obliga** a la Administración, a otorgar una prórroga ante un pedido de los Administrados frente a los plazos establecidos.
51. Naturalmente, siendo claro que la Administración se encontraba facultada mas no obligada a otorgar una prórroga de plazo al Administrado, en la línea de razonamiento demarcada en los numerales previos, consideramos que la decisión de la Administración de no otorgar la prórroga solicitada, no contraviene el Principio de Razonabilidad, más aún, cuando la Entidad Prestadora conoció con debida antelación las observaciones efectuadas por CESEL.
52. Aclarado lo anterior, cabe resaltar que el incumplimiento en presentar el Cronograma de Actividades requerido, es puesto en evidencia por el propio Administrado en su Recurso de Apelación. Así, en el numeral 4.5 de su Recurso Impugnativo señala: "*Dentro del plazo de 3 días hábiles fijados por el Regulador, es decir el 24 de abril de 2008, mediante Oficio N° 290-CIST3-OSITRAN, solicitamos una prórroga*

²¹ En "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General", Pág. 70, Séptima Edición. Editorial Gaceta Jurídica S.A.

razonable de dicho plazo (30 días), **para estar en condiciones de cumplir con el requerimiento**". En tanto que, en el numeral 6.1 el apelante manifiesta: 6.1 "Finalmente, en el supuesto negado que la Concesionaria hubiese incurrido en infracción sancionable **por no presentar la información que el Oficio N° 947-08-GS-OSITRAN le requirió en el insuficiente plazo de 3 días hábiles** es claro que la multa de 40 UITs impuesta como sanción, es absolutamente desproporcionada (...)". Así también, en el ítem (i) del numeral 6.3 del Recurso bajo análisis el recurrente apunta: "(i) **El hecho de no presentar el Cronograma dentro del plazo de 3 días hábiles** (...)". Conforme se desprende de lo manifestado por el propio Administrado, es evidente que éste no cumplió con el requerimiento del Regulador. **[Resaltado y Subrayado agregado]**

53. Al respecto, cabe señalar que toda información no entregada o remitida con posterioridad al plazo otorgado por la Administración, tiene la calidad de Información no Presentada²². Ello no podría ser de otra manera, en la medida que los Administrados, no están facultados a determinar cuando y como deben cumplir con las obligaciones contenidas en Actos Administrativos que emanan de la Administración –en este caso el Regulador--. Naturalmente, si el Administrado consideraba que el requerimiento efectuado por el Regulador no tenía sustento contractual, o legal, o no se encontraba con arreglo al ordenamiento jurídico, tenía expedito el derecho de impugnar dicho Acto Administrativo. En ese sentido, al no presentar el Cronograma de Actividades dentro del plazo fijado por la Administración, es claro que el Recurrente no acato las Observaciones de OSITRAN, incluso fuera del plazo establecido por la Administración-- se desprende, que incluso aún fuera del plazo otorgado por la Administración.
54. Como correlato de las consideraciones antes vertidas, distinto a lo señalado por la Entidad Prestadora, queda claro que ésta, incumplió el requerimiento de OSITRAN, efectuado a través del Oficio N° 947-08-GS-OSITRAN.
- **El Oficio N° 1110-08-GS-OSITRAN**
55. El recurrente señala que el Oficio N° 1110-08-GS-OSITRAN, en ningún momento le impuso una obligación, ni tampoco efectuó un requerimiento que pudiera ser cumplido o incumplido y, que en consecuencia, es imposible que se le pretenda sancionar por el supuesto incumplimiento de una obligación inexistente.
56. Al respecto, cabe remarcar que la sanción impuesta a la Entidad Prestadora, obedece a que ésta, no acató las Observaciones de OSITRAN, contenidas en el Oficio N° 947-08-GS-OSITRAN. Requerimiento que como se ha señalado en extenso, consistió en la presentación de un Cronograma de Actividades que permita subsanar las observaciones realizadas por CESEL. La referencia al Oficio

²² Dicha circunstancia esta prevista en la Definición de Información no Presentada, prevista en el artículo 3° del Reglamento de Infracciones y Sanciones RIS de OSITRAN.

"Artículo 3.- Definiciones

Para efectos del Reglamento, entiéndase por:

(...)

Información no presentada: Toda información **no entregada o remitida con posterioridad** a la culminación del evento o procedimiento para el que fue requerida."

Nº 1110-08-GS-OSITRAN, obedece, como lo señala el propio recurrente y se desprende del citado instrumento, al hecho que por medio del mismo, OSITRAN recordó a la Entidad Prestadora que el incumplimiento de la presentación de Cronograma de Actividades antes aludido, la hacía incurrir en la infracción tipificada en el Artículo 45º del RIS.

57. En ese sentido, no cabe que dicho oficio sea considerado como parte del incumplimiento incurrido, pues solo se trata de una advertencia, que, como tal, no conlleva una obligación que cumplir, por lo que se considera que éste extremo debería declararse fundado. No obstante, ello no menoscaba la responsabilidad de la Entidad Prestadora respecto al cumplimiento de la obligación expresamente señalada en el Oficio Nº 947-08-GS-OSITRAN.

○ **La Administración, ha vulnerado o no el deber de motivar sus actos**

58. En el numeral 7.1 y ss. de su Recurso Administrativo, la Entidad Prestadora señala que en la Resolución Apelada, no se ha demostrado que el incumplimiento de presentar información en un plazo de 3 días hábiles afecta el uso de la infraestructura o la prestación del servicio o la calidad, o cómo se pondría en riesgo la seguridad e integridad de las personas. Añade, que por tal motivo, la Resolución Apelada habría vulnerado el deber de la Administración de motivar sus actos, recogido en los artículos 3º inciso 4, y 6º de la LPAG y, que siendo la motivación un requisito de validez, conforme al artículo 10º de la LPAG, la Resolución Apelada debe ser declarada nula.

59. De lo actuado²³, se desprende que la Entidad Prestadora, no cumplió con los Niveles de Servicio permisibles para la Rugosidad, establecidos en el Apéndice 3 del Anexo I del Contrato de Concesión, así como tampoco, cumplió con ejecutar la Obra con el Espesor del Tratamiento Superficial Bicapa y de la Base Estabilizada, conforme a lo establecido en la Propuesta Técnica, lo que motivo que la Administración a través del Oficio Nº 947-08-GS-OSITRAN, le requiriera la presentación de un Cronograma de Actividades orientado a subsanar dichas observaciones.

60. Conforme se ha señalado en extenso a lo largo de la presente Resolución, se desprende que la finalidad del requerimiento efectuado por el Regulador a través del Oficio Nº 947-08-GS-OSITRAN --el cual no fue acatado por el Apelante-- fue contar con un Calendario de Trabajo, que lleve a la Entidad Prestadora a subsanar las observaciones a la Infraestructura efectuadas por CESEL.

61. Por ende, el hecho mismo de no haber presentado dicho calendario es el que indudablemente ha sido la causa para que la concesionaria no haya subsanado,

²³ En este punto, conviene señalar que de acuerdo a lo prescrito en el numeral 6.2 del artículo 6º de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el Acto Administrativo, puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente administrativo, a condición que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Dicha circunstancia se desprende de la Resolución Apelada, en cuyo numeral 40, la administración hace suyo el Informe de Vistos Nº 041-09-GS-OSITRAN, como correlato de lo antes acotado, para efecto del análisis de la motivación correspondiente, se deberá tener presente dicha circunstancia.

incluso hasta la fecha, las deficiencias constructivas advertidas, las cuales, como no puede ser de otra manera, afectan la calidad de la infraestructura al no cumplir las exigencias técnicas mínimas ofrecidas por el propio concesionario. Por ende, es innegable que existe una conexión directa entre la falta de presentación del calendario y la afectación de la calidad de la infraestructura. Como vemos, la causa de la sanción se encuentra indeliblemente vinculada a la ejecución de las Obras, por lo que no puede negarse que su desacato afecte la calidad de la Infraestructura, tal como así lo sostiene la concesionaria.²⁴

62. En consecuencia, contrario a lo señalado por el Apelante, estimamos que en la Resolución Apelada, la Gerencia General, no ha vulnerado el deber de la Administración de motivar sus actos, establecido en los artículos 3º inciso 4, y 6º de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

❖ **Es o no desproporcionada la multa de 40 UITs, con la cual, la Administración sancionó a la Entidad Prestadora**

63. En esta parte de su Recurso, la Entidad Prestadora, sostiene que en el supuesto negado que hubiese incurrido en infracción sancionable por no presentar la información requerida por el Oficio N° 947-08-GS-OSITRAN, la multa de 40 UITs impuesta como sanción resulta absolutamente desproporcionada vulnerando el principio de razonabilidad sancionadora regulado en el artículo 230º, inciso 3, de la LPAG. Como sustento de su postura señala que:

- (i) *El hecho de no presentar el Cronograma dentro del plazo de 3 días hábiles no afecta el interés público. La Resolución apelada, no señala de que manera se ha dañado el interés público ni, menos aún, ha mencionado cual es la gravedad de tal afectación.*
- (ii) *De igual modo, la Resolución Apelada tampoco menciona cuál es el perjuicio económico causado ni quién es el perjudicado, al no presentar el Cronograma dentro del plazo de tres días hábiles concedido por la Gerencia de Supervisión.*
- (iii) *La Gerencia General no ha tomado en cuenta que las circunstancias de la infracción se dieron en un contexto de imposibilidad material de la Concesionaria de cumplir, en un exiguo plazo de 3 días, un requerimiento a todas luces desproporcionado.*
- (iv) *Asimismo, la Concesionaria no se ha beneficiado indebidamente al no presentar el Cronograma dentro del plazo de 3 días hábiles. La Resolución Apelada no ha justificado ningún beneficio indebido.*
- (v) *Finalmente, no se ha considerado que no existió intencionalidad de incumplir por parte de la Concesionaria. Todo lo contrario, la Concesionaria tuvo la intención de cumplir con el requerimiento de la Gerencia de Supervisión, entregando en un plazo de 2 días hábiles un Cronograma*

²⁴ En efecto, pues en el numeral 7.2 de su escrito de apelación, la concesionaria señala "... la Resolución en ningún momento ha demostrado como es que el incumplimiento de presentar información en un plazo de 3 días hábiles afecta el uso de la infraestructura o la prestación del servicio o la calidad o como pone en riesgo la seguridad e integridad de las personas."

Inicial y, en un plazo de 11 días hábiles, la documentación final requerida por la Gerencia de Supervisión.”

64. Preliminarmente, de acuerdo a lo prescrito en el numeral 6.2 del artículo 6° de la Ley n° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, para efecto del análisis correspondiente, además de la Resolución Apelada, se analizará los argumentos vertidos en el Informe N° 041-09-GS-OSITRAN.
65. Con relación a la ejecución de las obras, el Reglamento de Infracciones y Sanciones RIS de OSITRAN²⁵, aprobado por resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN, establece en el numeral 45.2, que la Entidad Prestadora, incurre en Infracción Grave, cuando no acata las observaciones de OSITRAN o terceros que actúen con su autorización --como por ejemplo CESEL--, de tal manera que se afecte el uso de la infraestructura o la prestación del servicio, o su calidad, o ponga en riesgo menor la seguridad o integridad de las personas o instalaciones. En lo concerniente a la Infracción Grave cometida por la Entidad Prestadora, conforme a lo señalado en la Resolución Apelada, de acuerdo a la Escala de Sanciones establecida en el artículo 61° del precitado cuerpo normativo, la Infracción Grave puede sancionarse hasta con 60 UITs.
66. El Principio de Razonabilidad contemplado el artículo 4° del Reglamento de Infracciones y Sanciones RIS de OSITRAN, concordante con el inciso 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General, apunta que la autoridad debe prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción, considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de la infracción.
67. Respecto al Principio de Razonabilidad, Marcial Rubio²⁶ apunta que este exige encontrar justificación lógica, y esta es la disciplina de lo que es racionalmente²⁷ demostrable. Que en general y dentro del sentido común, se utiliza la expresión justificación lógica, no sólo para lo que es racionalmente demostrable sino también para lo que, sin cumplir dicho requisito, es aceptado generalmente. En esa línea, se puede señalar que el Principio de Razonabilidad exige que las decisiones de la

²⁵ Con relación al Reglamento de Infracciones y Sanciones RIS de OSITRAN, es menester destacar, que la Función Normativa asignada a los Organismos Reguladores en el literal c) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley N° 27332, confiere a estos, la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios, comprendiendo a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos y la aprobación de su propia Escala de Sanciones.

²⁶ En “**La Interpretación de la Constitución Según el Tribuna Constitucional**”, Pág. 242-243, Enero 2005, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

²⁷ El Diccionario de la Lengua Española, respecto a lo Razonable y lo Racional dice lo siguiente:
Razonable. Del Latín *rationabilis*. Adj. Arreglado, justo, conforme a razón.
Racional. Del Latín *rationabilis*. Adj. Pertenciente o **relativo a la razón**.

Administración, deban cumplir el requisito de ser generalmente aceptadas por la colectividad como adecuada respuesta a las infracciones cometidas por los Administrados.

68. En ese orden de ideas, el Principio de razonabilidad hace referencia a la adecuada proporcionalidad que debe existir entre la sanción que involucra una infracción, y la finalidad que dicha sanción persigue al castigar la infracción.
69. Del Expediente Administrativo y la Resolución Apelada, se aprecia que las observaciones formuladas a la Entidad Prestadora, están relacionadas a la detección sectores que no cumplen con la tolerancia respecto a los parámetros de Rugosidad, señalada en el Apéndice 3 del Anexo I del Contrato de Concesión. Asimismo, a sectores con espesores de Tratamiento Superficial Bicapa menores a 2.5 cm, así como a sectores con espesores de Base Estabilizada menores a 20 cm., ambos respecto de su Propuesta Técnica a lo largo de 53.00 y 3.00 Kms de longitud respectivamente. Sobre el particular, teniendo como base la implicancia económica de la menor inversión que ello conlleva para el Concesionario, y, el beneficio que de ello se deriva, se considera que la sanción de 40 UITs impuesta resulta razonable, toda vez que dicha multa es significativamente menor al monto que le implicará levantar las aludidas observaciones, a partir de la presentación del Cronograma de Actividades que permita subsanar precisamente la rugosidad y espesores en las capas de pavimento del Sub Tramo Iberia – Iñapari; no obstante, tal y como lo prevé la norma, dicha multa, tampoco es diminuta como para que resulte más ventajoso al infractor incumplir las normas infringidas.
70. En lo que respecta a la afectación del Interés Público, cabe señalar, que la correcta ejecución de una Carretera **per se** es de Interés Público²⁸, no sólo por tratarse de una Infraestructura de Transporte de Uso Público, como la Carretera Interoceánica Sur, la cual, como es de público conocimiento constituye una vía de Integración Económica y por ende de inclusión de la zona Sur del País, sino también por tratarse de una Concesión Cofinanciada²⁹⁻³⁰, que se financia con Recursos Públicos.

²⁸ 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]

²⁹ De acuerdo a lo estipulado en la cláusula 2.6, del Contrato de Concesión, nos encontramos frente a una Concesión Cofinanciada. En efecto, en la precisada cláusula se señala:

"Modalidad

2.6.- La modalidad de la Concesión es cofinanciada, de conformidad con lo señalado en el Literal c) del Artículo 14 del TUO. "

³⁰ Respecto a la modalidad de Concesión Cofinanciada, el artículo 14° del TUO de Concesiones aprobado por Decreto Supremo N° 059-96-PCM, establece:

71. En lo concerniente al perjuicio económico causado, es propio anotar que conforme lo prevé el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, la acreditación del perjuicio económico, constituye una de las circunstancias a considerar para la graduación de la sanción, esto es un atenuante o agravante –según sea el caso–, más no un elemento determinante de la misma. Al respecto, de la Resolución Apelada, así como también del Expediente Administrativo, --Informe N° 762-08-GS-OSITRAN notificado³¹ al Administrado en fecha 03 de diciembre de 2008--, se desprende que el Órgano Resolutivo de Primera Instancia, efectivamente consideró el perjuicio económico causado. En este punto, conviene reiterar que conforme a lo estipulado en Contrato de Concesión, nos encontramos frente a una Concesión Cofinanciada por el Estado.
72. En lo referente a la supuesta desproporción en el plazo de 3 días otorgado por la Administración a la Entidad Prestadora a efectos que ésta cumpla con remitir un Cronograma de Actividades orientado a subsanar a la brevedad las observaciones de CESEL, se debe puntualizar, que de la Resolución Apelada, el Expediente Administrativo y, el análisis efectuado en los numerales 42 a 54 de la presente Resolución, se evidencia, que el plazo de tres (3) otorgado por la Administración no fue desproporcionado.
73. Con relación a lo manifestado por el Apelante, en el sentido que la Administración, no ha justificado ningún beneficio indebido de la Entidad Prestadora, cabe reiterar, que las circunstancias señaladas en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, y en este caso en particular la referida en el literal e) de la precitada norma, constituyen atenuantes o agravantes --según sea el caso-- para efectos de la graduación de la sanción, más no un elemento determinante de la misma. Al respecto, en la medida que las observaciones efectuadas al Administrado, –referidas a la Rugosidad y al Espesor de la Infraestructura-- no han sido levantadas a la fecha por la Entidad Prestadora, --dado que no ha cumplido el requerimiento del Regulador orientado a levantar las mismas--, es claro que ésta se viene beneficiando con tal incumplimiento, toda vez que no ha ejecutado el monto que le implicará levantar dichas observaciones.
74. En lo referente a la intencionalidad de incumplir por parte de la Concesionaria, se debe señalar, que de los actuados, así como del análisis efectuado en los numerales 42 a 54 de la presente Resolución, se desprende que la Entidad Prestadora, lejos de tener intención de cumplir con el requerimiento de OSITRAN, hizo caso omiso a las mismas y en esa línea, no levanto las observaciones efectuadas por CESEL. Asimismo, del numeral 37 de la Resolución Apelada, así como del numeral 3.24 del Informe N° 041-09-GS-OSITRAN, se desprende que para efectos de la sanción, la Gerencia General, ponderó el hecho que aún a la

“Artículo 14.- La concesión podrá otorgarse bajo cualquiera de las siguientes modalidades:

(...)

c) Cofinanciada por el Estado, con una entrega inicial durante la etapa de construcción o con entregas en la etapa de la explotación, reintegrables o no (...).”

³¹ Conjuntamente con el Oficio N° 3607-08-GS-OSITRAN, con el cual, la Administración dio inicio al Procedimiento Administrativo Sancionador.

fecha de la expedición de la Resolución, la Entidad Prestadora, no cumplió con presentar el Calendario de Actividades solicitado por el Regulador, orientado a subsanar las observaciones anotadas por CESEL. Al respecto, también cabe puntualizar, que del Expediente Administrativo, no se evidencia que antes de la notificación del Oficio N° 3607-08-GS-OSITRAN, --en el que se hacen de conocimiento del Administrado los cargos imputados que dieron origen al Procedimiento Administrativo--, el Recurrente haya cumplido con subsanar el acto u omisión imputada, en consecuencia, tampoco se ha configurado el atenuante de responsabilidad previsto en el numeral 1 del artículo 236-A³² de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

75. Estando a las circunstancias antes referidas, así como al hecho que como atenuante, se habría considerado el hecho que, no se tiene evidencia que exista reincidencia de la Entidad Prestadora, en la comisión de la Infracción Tipificada, estimamos que la multa de 40 UITs., --que se encuentra dentro de la Escala de hasta 60 UITs., prevista en el RIS de OSITRAN-- impuesta por la Gerencia General al Administrado, no vulnera el Principio de Razonabilidad establecido en el numeral 3 del artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, así como tampoco el numeral 1.4 del artículo IV del precitado cuerpo normativo.

Consideraciones Finales

76. No habiéndose cancelado el monto de la Sanción impuesta por la Resolución Apelada del Órgano Resolutivo de Primera Instancia, y haber interpuesto recurso impugnatorio contra dicha Resolución, no podrá considerarse el beneficio de Reducción de Sanciones previsto en el artículo 64³³ del Reglamento de Infracciones y Sanciones RIS de OSITRAN.
77. Por otra parte, es pertinente acotar, que conforme a lo prescrito en el artículo 232° inciso 232.1 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, la Sanción Administrativa impuesta por la Gerencia General al Administrado, es compatible con la exigencia de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado anterior. En ese sentido, queda claro que independientemente que el Órgano Colegiado confirme la sanción impuesta al Administrado, éste mantiene la

³² **“Artículo 236-A.- Atenuantes de Responsabilidad por Infracciones**

Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por la comisión de la infracción administrativa, las siguientes:

*1.-La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 235.
(...)”*

³³ En efecto, el artículo 64° del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, a la letra señala:

“Artículo 64.- Reducción de sanciones

Cuando el infractor cancele el monto de la sanción con anterioridad al término para impugnar administrativamente la resolución que puso fin a la instancia y no interponga recurso impugnativo alguno contra dicha resolución, la sanción será reducida en 25%.

Cuando la Entidad Prestadora que solicite la aplicación del mecanismo de reducción de sanciones antes señalado no cumpla con lo establecido por el Órgano Resolutivo en los plazos indicados, perderá los beneficios a que pudiera haberse hecho acreedora.”

obligación de remitir el Cronograma de Actividades orientado a levantar las observaciones advertidas a la Rugosidad y a los Espesores.

En atención a lo señalado en los considerandos que anteceden, este Órgano Colegiado estima que:

78. La verificación del cumplimiento de los parámetros de Rugosidad de acuerdo a la Condición y Serviabilidad exigibles en Concesiones Viales, a que hace referencia el Apéndice 3 del Anexo I del Contrato de Concesión, no requiere de la culminación de la totalidad de las Obras. Asimismo, la verificación del cumplimiento de las prestaciones debidas por la Entidad Prestadora en lo relativo al Espesor de la Infraestructura, tampoco requiere la culminación de la totalidad de las Obras.
79. La Entidad Prestadora, incumplió el requerimiento de OSITRAN, efectuado a través del Oficio N° 947-08-GS-OSITRAN.
80. A través del Oficio N° 1110-08-GS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión recordó a la Entidad Prestadora la infracción en que incurriría (tipificada en el Artículo 45° del RIS) en caso de no cumplir con la presentación del Cronograma de Actividades solicitado, por lo que no cabe que sea considerado como parte del incumplimiento incurrido.
81. La Administración, al momento de expedir la Resolución Apelada, ha cumplido con el deber de motivar el acto emitido, por lo que no adolece de vicio de nulidad alguno.
82. La multa de 40 UITs, impuesta por la Gerencia General al Administrado guarda proporcionalidad con la infracción cometida y, por ende, se ajusta al Principio de Razonabilidad contemplado la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General
83. Independientemente que se confirme la Sanción impuesta en Primera Instancia a la Entidad Prestadora, ésta mantiene la obligación de remitir el Cronograma de Actividades orientado a levantar las observaciones advertidas a la Rugosidad y a los Espesores.

En mérito a las atribuciones y funciones previstas en el numeral 6.3 del artículo 6° de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, el literal d) del numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley marco de los Organismos Reguladores, así como a lo establecido en el artículo 40° concordante con el literal f) del artículo 53° del Reglamento General de OSITRAN aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y con el artículo 72° del Reglamento de Infracciones y Sanciones RIS de OSITRAN aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN; y, estando a lo acordado en la Sesión N° 311 del Consejo Directivo y sobre la base del Informe N° 026-09-GAL-OSITRAN.

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar Fundado en parte el Recurso Administrativo de Apelación presentado por la Entidad Prestadora: Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 006-09-GG-OSITRAN, únicamente en cuanto se considera al Oficio N° 1110-08-GS-OSITRAN como parte del incumplimiento incurrido. En consecuencia, deberá considerarse en la citada Resolución que la empresa concesionaria no acató las observaciones de OSITRAN contenidas en el Oficio N° 947-08-GS-OSITRAN.

Artículo 2º.- Declarar Infundado todo lo demás que contiene el Recurso Administrativo de Apelación presentado por la Entidad Prestadora: Concesionaria Interoceánica Sur Tramo 3 S.A.; en consecuencia: Confirmar los demás extremos de la Resolución de Gerencia General N° 006-09-GG-OSITRAN.

Artículo 3º.- Declarar agotada la vía Administrativa con la presente Resolución, no procediendo por tanto, ningún Recurso en esta vía.

Artículo 4º.- Encargar que se notifique la presente Resolución a la Entidad Prestadora. Así como, poner en conocimiento de la presente Resolución a las Gerencias de Supervisión y Administración y Finanzas de OSITRAN, respectivamente, para los fines correspondientes.

Artículo 5º.- Autorizar la publicación de la presente Resolución en el Portal Institucional de OSITRAN (www.ositran.gob.pe) y conforme establecen las disposiciones vigentes.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JUAN CARLOS ZEVALLOS_UGARTE
Presidente del Consejo Directivo

Reg.Sal.N°PD6997-09