

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, 29 de octubre de 2009

Nº 038-2009-CD-OSITRAN

El Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN;

VISTOS:

Informe Nº 048-09-GAL-OSITRAN, así como el Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia General Nº 049-2009-GG-OSITRAN;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

- 1.1 Con fecha 24 de octubre de 2007, se suscribió el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Nº 5: Matarani – Azángaro e Ilo – Juliaca, del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil (en adelante el Contrato de Concesión), entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en adelante el Concedente o MTC, y COVISUR.
- 1.2 Mediante Carta Nº 085-2009-COVISUR, recibida el 30 de enero de 2009, el Concesionario solicita una ampliación de 2 meses para la presentación del Inventario Anual de Bienes de la Concesión.
- 1.3 Con Carta Nº 0086-009-COVISUR de fecha 30 de enero de 2009, recibida por OSITRAN con fecha 04 de febrero de 2009, COVISUR presentó al Concedente con copia a OSITRAN, el Inventario Anual con el listado de los Bienes Reversibles y No Reversibles correspondiente al año 2008.
- 1.4 Mediante Oficio Nº 496-09-GS-OSITRAN de fecha 11 de febrero de 2009, recibido por COVISUR con fecha 16 de febrero de 2009, OSITRAN comunicó las observaciones efectuadas al Inventario Anual al cierre del 2008, en mérito a que, según lo establecido en las Cláusulas 1.6 y 5.11 del Contrato de Concesión, éste no contaría con la información concerniente a los Bienes de la Concesión, anotaciones sobre funcionamiento o rendimiento y año de fabricación de ser aplicable, en tal sentido se le solicitó absolver y complementar lo observado, en un plazo máximo de 05 días calendario.

- 1.5 Con Carta N° 0123-2009-COVISUR, recibida el 18 de febrero de 2009, COVISUR refiere haber complementado la información del Inventario Anual al cierre del 2008, en base a las observaciones realizadas por OSITRAN.
- 1.6 Mediante Oficio N° 588-09-GS-OSITRAN de fecha 19 de febrero de 2009, se comunicó al MTC con copia a COVISUR, que conforme se indica en el Informe N° 144-09-GS-OSITRAN, COVISUR no habría cumplido con presentar el Inventario Anual al cierre del 2008, en el plazo y forma establecida en las Cláusulas 1.6 y 5.11 del Contrato de Concesión respectivamente, y en consecuencia, OSITRAN considera no dar conformidad a la presentación del citado Inventario Anual.
- 1.7 Con Oficio N° 656-09-GS-OSITRAN, de fecha 25 de febrero de 2009, se comunicó al MTC con copia a COVISUR, que de la verificación efectuada al complemento del Inventario Anual al cierre del 2008 presentado por COVISUR, se ha determinado - mediante Informe N° 166-09-GS-OSITRAN - que ésta no habría cumplido con absolver las observaciones indicadas en el Oficio N° 588-09-GS-OSITRAN respecto a lo establecido en las Cláusulas 1.6 y 5.11 del Contrato de Concesión.
- 1.8 Mediante Carta N° 0136-2009-COVISUR, recibida el 27 de febrero de 2009, COVISUR remite sus descargos respectivos al Oficio N° 588-09-GS-OSITRAN e Informe N° 144-09-GS-OSITRAN, indicando que: i) respecto del plazo de presentación del Inventario Anual 2008, se debe considerar el plazo adicional regulado por el “término de la distancia” contemplado en el Artículo 135° de la Ley N° 27444; y, (ii) respecto la información contenida en el Inventario Anual 2008, indica haber subsanado tal observación con la Carta N° 123-2009-COVISUR.
- 1.9 Con Carta N° 0173-2009-COVISUR, de fecha 31 de marzo de 2009, COVISUR sustenta ante el MTC, con copia a OSITRAN, que ha efectuado la presentación del Inventario Anual al cierre del 2008 con la Carta N° 0085-2009-COVISUR.
- 1.10 Mediante Informe N° 351-09-GS-OSITRAN, de fecha 27 de abril de 2009, de la evaluación de los descargos remitidos por COVISUR mediante Carta N° 0136-2009-COVISUR, la Jefatura de Carreteras del Sur concluye que; i) COVISUR no cumplió con presentar en Inventario Anual de los Bienes de la Concesión correspondiente al cierre del 2008, en el plazo establecido en la Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión, ii) no corresponde agregar el “término de la distancia” por cuanto sólo es aplicable a plazos establecidos en un procedimientos administrativo y, iii) la información complementaria presentada por COVISUR no contiene la descripción mínima establecida en la Cláusula 5.11 del Contrato de Concesión, en consecuencia se mantiene el incumplimiento y la no conformidad a la presentación del Inventario Anual al cierre del 2008.

- 1.11 Con Oficio N° 2367-09-GS-OSITRAN, de fecha 14 de julio de 2009, se notificó a COVISUR el presunto incumplimiento en el que habría incurrido, y en base al Informe N° 423-09-GS-OSITRAN se le notifica que:

(...)

- *Habría incumplido con presentar el Inventario Anual correspondiente al cierre del 2008, en el plazo establecido en la cláusula 1.6° del Contrato de Concesión, es decir antes del 30 de enero de cada año.*
- *Habría incumplido con presentar el Inventario Anual correspondiente al cierre del 2008, conforme a las condiciones y contenido mínimo descrito en la cláusula 5.11° del Contrato de Concesión.*

(...)"

- 1.12 Mediante Carta N° 504-2009-COVISUR, recibida el 30 de julio de 2009, COVISUR presentó sus descargos.

- 1.13 Con Oficio N° 313-09-GG-OSITRAN, recibido por COVISUR el 17 de setiembre de 2009, se notificó la Resolución de Gerencia General N° 049-2009-GG-OSITRAN, en donde se resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: *Declarar que la empresa COVISUR no cumplió con presentar el Inventario Anual correspondiente al cierre del 2008, en el plazo establecido en la cláusula 1.6° del Contrato de Concesión, es decir antes del 30 de enero del presente año, así como no cumplió con presentar el mencionado inventario, conforme a las condiciones y contenido mínimo descrito en la cláusula 5.11° del Contrato de Concesión, tipificado en el artículo 38° del el RIS como una infracción GRAVE.*

SEGUNDO: *Imponer a la empresa COVISUR, como sanción, por el incumplimiento referido en el artículo primero de la presente Resolución, una multa equivalente a cuatro (4) UIT, la misma que deberá ser pagada dentro del plazo establecido en el Artículo 75° de el RIS.*

TERCERO: *Notificar la presente Resolución a la empresa COVISUR.*

CUARTO: *Hacer de conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de la Gerencia de Supervisión de OSITRAN la presente Resolución.”*

1.14 Con documento recibido con fecha 12 de octubre de 2009, COVISUR interpuso recurso de apelación en contra de la Resolución de Gerencia General N° 049-2009-GG-OSITRAN, en base a los siguientes principales argumentos:

- En consideración a lo señalado en el Artículo 7° del Reglamento Aplicable al Control de Altas y Bajas de los Bienes de la Concesión, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 006-2006-CD-OSITRAN (en adelante Reglamento de Altas y Bajas), al Plan Anual de Supervisión 2009, en la Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión, al Artículo 38° del Reglamento de Supervisión y a lo solicitado por ellos mediante la Carta N° 0085-2009-COVISUR, existían motivos suficientes para generar error en la determinación del plazo para el cumplimiento de la obligación. Por ello, entienden que *“resulta totalmente razonable lo precisado y no una supuesta confusión como pretende afirmar el Regulador quien señala supletoriedad del Reglamento de Altas y Bajas frente a una cláusula abierta sin determinación de plazo en forma expresa”*.
- La entrega del Inventario Anual fuera del plazo establecido en el Contrato de Concesión ha sido considerada por el Regulador como una información no presentada, sin embargo, el citado hecho deber ser considerado como un cumplimiento parcial o defectuoso y no un incumplimiento absoluto, por lo que se configura la aplicación de los Artículos 31° y 33° del RIS, en el entendido que su obligación contractual, según el Plan Anual de Supervisión, de presentar el *Inventario Anual debió ser materia de supervisión en el mes de mayo de 2009, “el cual está referido a bienes y no estando en medio de una acción de supervisión ni habiendo impedido una similar”* ello no haría aplicable lo establecido en el Artículo 38° del RIS.
- De lo argumentado anteriormente, consideran que la calificación de la sanción resulta dañosa en vista que no existe indicios de reincidencia sobre el mismo acto que motive la imposición de una sanción calificada como leve en una imputación grave. Si bien no niegan la comisión de la infracción, observan que la comisión de una infracción grave se produce un incumplimiento absoluto, contrario sensu, la demora y el suministro incompleto deberá originar una sanción leve.
- El Concesionario discrepa con la aplicación del Artículo 38° del RIS en la resolución apelada, puesto que sólo se analizó si se cumplió con la entrega en el plazo oportuno, entendiendo con ello que el transcurso del tiempo hace que la información no sea útil, genere un gran perjuicio y por lo tanto se de por no presentada, situación que en el caso concreto no se ha producido ya que efectivamente se produjo una demora de 3 días. En vista a lo mencionado, consideran que lo resuelto por la Gerencia General representa una apreciación subjetiva,

indicando además que no se han citado, advertido ni cuantificado los perjuicios ocasionados.

II. ANALISIS DEL CUMPLIMIENTO DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN

- 2.1 El Artículo 72° del RIS señala que el recurso de apelación se interpone en el plazo de 15 días hábiles contados desde la notificación de la Resolución de Gerencia General, a través de la cual se hubiese impuesto la sanción o resuelto la reconsideración.
- 2.2 Los Artículos 207° y 209° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General – en adelante LPAG – establecen que el recurso de apelación se interpone cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación a la de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico.
- 2.3 La Resolución de Gerencia General N° 049-2009-GG-OSITRAN, fue notificada a COVISUR a través del Oficio N° 313-09-GG-OSITRAN con fecha 17 de setiembre de 2009.
- 2.4 De conformidad con la documentación que obra en el expediente administrativo sancionador, COVISUR interpuso el recurso de apelación el día 12 de octubre de 2009, es decir, dentro del plazo legalmente establecido, impugnación que fue dirigida a la Gerencia General de OSITRAN, sustentándose en cuestiones de puro derecho.
- 2.5 En consecuencia, que el recurso incoado debe ser admitido a trámite, correspondiendo efectuar en adelante la evaluación de fondo del mismo.

III. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- 3.1 De la lectura del recurso de apelación, así como de la revisión del Expediente, se desprende que las cuestiones en discusión son las siguientes:
 - a) Si la infracción atribuida a COVISUR se encuentra debidamente tipificada.
 - b) Si la sanción aplicada a COVISUR cumple con el principio de Razonabilidad en materia administrativa.

IV. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

4.1 Si la infracción atribuida a COVISUR se encuentra debidamente tipificada

a) *La posición del recurrente*

El Concesionario afirma que lo indicado en el Artículo 7º del Reglamento de Altas y Bajas, en el Plan Anual de Supervisión 2009, la Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión y al Artículo 38º del Reglamento de Supervisión representan motivos suficientes para generar error en la determinación del plazo para el cumplimiento de la obligación.

De igual forma consideran que existe un error en la aplicación y en la calificación de la infracción cometida.

b) *El incumplimiento de obligaciones señaladas en los contratos de concesión y la tipificación de actos que constituyen infracción*

A efectos de analizar la posición del recurrente, corresponde revisar lo señalado en las Cláusulas 1.6 y 5.11 del Contrato de Concesión:

“Definiciones

1.6.- En este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que a continuación se indican:

Inventarios

Son los Inventarios, Inicial, de Obra, Anual y Final, elaborados y presentados conforme a los términos siguientes:

(...)

- c) ***Inventario Anual.- Es el listado de los Bienes Reversibles y no Reversibles con los que cuenta el CONCESIONARIO a las fechas de cierre anual de cada año de vigencia del Contrato hasta su caducidad de la Concesión, que será presentado por el CONCESIONARIO al CONCEDENTE y al REGULADOR en forma anual, antes del 30 de enero de cada Año de la Concesión y durante todo el plazo de vigencia de la misma.***

(...)

Inventarios

5.11.- El CONCESIONARIO está obligado a realizar y presentar al CONCEDENTE y al REGULADOR, los inventarios de los Bienes de la Concesión. Los Inventarios exigidos en el Contrato son de cuatro tipos: a) Inventario Inicial; b) Inventario de Obras; c) Inventario Anual y; d) Inventario Final.

Los inventarios deberán contener al menos una sucinta descripción de los Bienes de la Concesión, sus características, ubicación, estado de conservación, anotaciones sobre su funcionamiento o rendimiento y, de ser aplicable, marca, modelo y año de fabricación. Podrán incluirse elementos interpretativos tales como planos, fotografías, esquemas e informes de terceros.

(...)

(El subrayado y resaltado es nuestro)

Como se puede apreciar, dentro de la definición de Inventario Anual desarrollado en la Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión, se establece la obligación de COVISUR de presentar el Inventario Anual de los Bienes de la Concesión al Concedente y Regulador antes del 30 de enero de cada año de la concesión.

Asimismo, la Cláusula 5.11 del Contrato de Concesión, establece el contenido mínimo que deben incluir los Inventarios al momento de su presentación así como el procedimiento a seguir para su evaluación.

El Concesionario alega que se han presentado motivos suficientes para generar error en la determinación del plazo para cumplir con presentar el Inventario Anual, en base a que consideran que no hay una determinación de plazo en forma expresa.

Sobre el particular, con la Resolución de Gerencia General N° 049-2009-GG-OSITRAN se concluye que *“(...) la supuesta confusión generada con la información contenida en el Plan Anual de Supervisión 2009 y el Contrato de Concesión no resulta cierta puesto que resulta evidente que el propio Concesionario conocía el plazo máximo de entrega del Inventario Anual contenido en la Cláusula 1.6., es decir, que debe entregar el listado de los Bienes Reversibles y No Reversibles a las fechas de cierre de cada año de la concesión, antes del 30 de enero de cada año, hasta la caducidad de la Concesión”*. Por ello, en la citada resolución se afirma que *“(...) no es posible sostener que el Contrato de Concesión muestra confusión de fechas para la presentación de los Inventarios Anuales, en tanto sea leído de forma sistemática, es decir en su conjunto y no por cláusulas por separado.”*

Al respecto, a efectos de determinar si lo aducido por el Concesionario representa error resulta necesario observar lo señalado en el Código Civil¹,

¹ “Artículo 201.- Requisitos de error

El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte.

Artículo 202.- Error esencial

El error es esencial:

1.- Cuando recaer sobre la propia esencia o una cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad.

2.- Cuando recaer sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquéllas hayan sido determinantes de la voluntad.

3.- Cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto.

Artículo 203.- Error conocible

producto de lo cual se verificará en primer término si el Contrato de Concesión establece o no un plazo para la presentación y si los elementos que el recurrente entienda lo condujeron a error resultan esenciales y conocibles.

Como primer elemento, debe mencionarse que, en efecto, el Plan Anual de Supervisión remitido al Concesionario señala un plazo distinto al descrito en el Contrato de Concesión para la presentación del Inventario Anual, con lo cual podemos señalar que existen elementos conocibles por el Concesionario que determinan información equivocada.

No obstante lo mencionado, no sólo basta conocer que parte de la información no se encuentre acorde con lo establecido en el Contrato de Concesión, sino que dicha inconsistencia sea esencial para generar error en la determinación del plazo.

Sobre el particular, se considera que lo anotado por COVISUR no resulta cierto, toda vez que, tal como se indica en la Resolución de Gerencia General N° 049-2009-GG-OSITRAN, no es posible alegar error o confusión respecto a la determinación del plazo para presentar el Inventario Anual, el cual está claramente señalado en la Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión. En este sentido, dado que el Contrato de Concesión resulta claro al determinar un plazo, lo indicado en el Plan Anual de Supervisión no resulta una información esencial para generar error en el Concesionario en la determinación del plazo de presentación del Inventario Anual.

Además, se concuerda con lo anotado en la resolución impugnada en el sentido que si bien el Plan de Supervisión 2009 no se encuentra acorde con los plazos establecidos en el Contrato de Concesión, dicha situación no puede modificar ni alterar los plazos y procedimientos establecidos en el Contrato de Concesión. Incluso, el propio Reglamento de Altas y Bajas (que es de conocimiento del Concesionario) no sólo señala el carácter supletorio que sus reglas², sino que además establece el orden en que se determinarán las pautas a seguir para regular las altas y bajas de los Bienes de la Concesión³.

El error se considera conocible cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo."

(El subrayado es nuestro)

² Sobre este aspecto, el Reglamento de Altas y Bajas señala lo siguiente:

"Segunda Disposición Complementaria.- Supletoriedad del presente Reglamento

El presente Reglamento es de aplicación supletoria a lo establecido en los respectivos contrato de concesión en todos los aspectos no previstos para el control de las altas y bajas de los bienes de la concesión."

³ En efecto, el Artículo 5° del Reglamento de Altas y Bajas precisa lo siguiente:

"Artículo 5°.- Reglas que regulan las altas y bajas de los Bienes de la Concesión

Para el control de los Bienes de la Concesión, las altas y bajas se rigen por las reglas establecidas en:

- a) *Los Contratos de Concesión;*
- b) *La Ley y demás disposiciones legales y reglamentarias correspondientes;*
- c) *El presente Reglamento;*
- d) *Las demás disposiciones que dicte OSITRAN sobre el particular."*

Por lo indicado, se puede concluir que, en este extremo, resulta infundado el supuesto error en la determinación del plazo para la presentación del Inventario Anual, toda vez que el Contrato de Concesión determina claramente el plazo máximo para su entrega, así como la normativa de la materia establece su supletoriedad respecto a lo que desarrollado en el Contrato de Concesión.

De otro lado, ha sido posición de COVISUR señalar que el incumplimiento de entrega no puede ser considerado como una no entrega de la información, puesto que dicho acto fue realizado de manera tardía y por tanto no representa un incumplimiento absoluto.

Sobre el particular debe indicarse, en respeto al principio de tipicidad que rige a la potestad sancionadora administrativa que se desarrolla en el numeral 4 del Artículo 230° de la LPAG, que el Artículo 38° del RIS establece una descripción expresa y específica de las conductas constitutivas de infracción, no permitiendo a la Administración cualquier posibilidad de interpretación extensiva o de analogía alguna. Ello tiene por objeto no sólo generar previsibilidad en el actuar de la Administración sino que además, acota su margen discrecional en asuntos sancionadores.

En ese sentido, se observa de manera clara que, al momento de determinarse si la conducta del Concesionario constituye una infracción administrativa, el hecho que no haya presentado el listado de los Bienes Reversibles y no Reversibles con los que cuenta a la fecha de cierre anual dentro del plazo y en las condiciones establecidas de manera expresa en el Contrato de Concesión, ha configurado la conducta sancionable contenida en el Artículo 38° del RIS.

De esta manera, en el presente procedimiento, se observa que la Gerencia General procedió a tipificar la infracción, por incumplimiento del Concesionario del literal c) de la definición "Inventarios" incorporada en la Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión, al no presentar a OSITRAN el Inventario Anual correspondiente al año 2008 antes del 30 de enero de 2009 y en las condiciones y contenido mínimo descrito en la Cláusula 5.11⁴.

Ahora, respecto a lo alegado por el Concesionario en el sentido que la entrega del Inventario Anual fuera del plazo establecido en el Contrato de Concesión representa un cumplimiento parcial o defectuoso y no un incumplimiento absoluto; queda claro que COVISUR incurrió en un incumplimiento contractual, el mismo que fue determinado de manera objetiva con la resolución impugnada, y considerando que las partes de un contrato deben respetar el Principio de Vinculación Contractual consagrado en el Código Civil⁵ que establece que *"los contratos son obligatorios en cuanto se hayan expresado en*

⁴ Dicho esto, corresponde aclarar que no resulta correcto lo alegado por el Concesionario en lo referido a que la infracción cometida debería estar encuadrada en lo establecido en los Artículos 30°, 31°, 32° y 33° del RIS puesto que las infracciones desarrolladas en dichos artículos se aplican cuando existe incumplimiento del Concesionario en entregar información solicitada por OSITRAN, supuesto que no se presenta en el presente caso.

⁵ Artículo 1361°

ellos (...)", no corresponde en el presente caso aplicar el segundo supuesto de infracción que indica el Artículo 38° del RIS, es decir, el referido a la entrega de información con tardanza significativa.

De otro lado, COVISUR indica como argumento de defensa que OSITRAN ha manifestado un comportamiento contradictorio en su accionar con respecto al Concesionario, puesto que si bien el Regulador observa el incumplimiento de presentar el inventario anual por parte del Concesionario, con los Oficios N° 496 y 588-09-GS-OSITRAN expedidos por OSITRAN se desprende la calificación de la información presentada, supuesto que COVISUR considera no se podría realizar en caso no se hubiera presentado la referida documentación.

Sobre este punto, conviene precisar que la definición de "Inventario Anual" contenida en la Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión determina la oportunidad en la que debe presentarse dicha documentación, en tanto que la Cláusula 5.11 establece tanto el contenido mínimo que deben tener los Inventarios como el procedimiento a seguir para la evaluación de la documentación presentada por el Concesionario.

De lo mencionado, el Contrato de Concesión resulta claro cuando establece un plazo máximo para presentar el Inventario Anual, actividad que es de cargo del Concesionario, y a su vez contempla la posterior evaluación de dicha documentación, actividad que corresponde realizar al Regulador, a efectos de verificar si la información remitida cumple con el contenido mínimo establecido en el citado contrato.

Por tanto, si para efectos de cumplir con la potestad desarrollada en la Cláusula 5.11, el Regulador requiere revisar lo presentado y producto de dicha labor, resulta necesaria una información adicional a la presentada o considera que lo remitido por el Concesionario no cumple con el contenido mínimo establecido en la citada cláusula, resultaría razonable que el Concesionario deba subsanar dicha observación, sin que ello colisione con la obligación de éste de entregar los Inventarios Anuales dentro del plazo señalado y en las condiciones determinadas, por lo que la supuesta contradicción mencionada por COVISUR no resulta cierta⁶.

⁶ Sobre el particular es importante apreciar lo indicado en el Artículo 9° del Reglamento de Altas y Bajas:

"Artículo 9°.- Supervisión y control de los bienes de la concesión

OSITRAN, de conformidad con los Contratos de Concesión y el Reglamento General de Supervisión, realizará acciones de supervisión con el objeto de verificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales y normativas referidas al inventario y control de los bienes de la concesión."

A su vez, los Artículos 12° y 13 del Reglamento General de Supervisión de OSITRAN, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 036-2004-CD/OSITRAN, establece lo siguiente:

"Artículo N° 12.- Obligaciones de las Entidades Prestadoras

Las Entidades Prestadoras que sean objeto de una actividad de supervisión se encuentran obligadas a:

(...)

c) Proporcionar la información y documentación que permita verificar el cumplimiento de sus obligaciones. La información solicitada debe ser proporcionada dentro de los plazos, condiciones y forma que establezca el personal autorizado para realizar las labores de supervisión, para efectos de su revisión en el local de la Entidad Prestadora o, de ser necesario, en las oficinas de OSITRAN;

(...)

En relación al cumplimiento de la obligación de entregar el Inventario Anual, COVISUR ha reconocido en su escrito de apelación la responsabilidad de la infracción y por lo tanto acepta la sanción pecuniaria, pero discrepa con la tipificación y calificación de infracción grave de la falta cometida.

Sobre este aspecto, debe señalarse que, en concordancia con el principio de tipicidad antes mencionado, el Artículo 38° del RIS establece una predeterminación normativa tanto de las conductas que son objeto de sanción administrativa, como de la graduación que dichas conductas requieren.

En ese sentido, la actividad de OSITRAN ha sido verificar de manera objetiva si la conducta cometida por COVISUR se encontraba tipificada en el RIS, lo cual en el presente caso se ha comprobado; y siendo el caso que el Artículo 38° de la citada norma ya contempla la graduación de la conducta como grave, no se puede cuestionar vía recurso impugnativo la calificación de la infracción, razón por la cual no resulta atendible, en este extremo, lo señalado por el Concesionario.

En consecuencia, queda acreditada la infracción cometida por COVISUR, al **no presentar el Inventario Anual en el plazo y en las condiciones y contenido mínimo que se determina en el Contrato de Concesión.**

En virtud de lo expuesto, se concluye que el incumplimiento contractual cometido por COVISUR resulta una infracción que se encuentra contemplada por la normatividad vigente, motivo por el cual se debe declarar infundado el recurso de apelación interpuesto.

5.1 Si la sanción aplicada a COVISUR cumple con el principio de Razonabilidad en materia administrativa

En su escrito de apelación, el Concesionario considera que lo resuelto con la Resolución de Gerencia General N° 049-2009-GG-OSITRAN representa una apreciación subjetiva, indicando además que no se han citado, advertido ni cuantificado los perjuicios ocasionados.

Con la finalidad de evaluar si la sanción impuesta mediante la Resolución de Gerencia General N° 049-2009-GG-OSITRAN resulta acorde con el nivel de gravedad del incumplimiento por parte de COVISUR así como también con el Principio de Razonabilidad previsto dentro de los Principios de la Potestad Sancionadora Administrativa, es necesario analizar los criterios objetivos que

Artículo N° 13.- *Facultades Supervisoras de OSITRAN*

Para realizar las actividades de supervisión, se cuenta con las siguientes facultades:

a) *De OSITRAN*

(...)

2. *Requerir la información y documentación que permita verificar el cumplimiento de sus obligaciones, la cual será proporcionada dentro de los plazos, condiciones y forma que se establezca;"*

en orden de prelación se señalan en el Numeral 3 del Artículo 230° de la LPAG⁷, a efectos de su determinación:

- La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- El perjuicio económico causado;
- La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- El beneficio ilegalmente obtenido; y
- La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

5.1.1 Respecto a la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, al perjuicio económico causado, la repetición de la comisión de la infracción y el beneficio ilegalmente obtenido.

Sobre estos aspectos, la Resolución de Gerencia General N° 049-2009-GG-OSITRAN no encuentra elementos que le permitan apreciar algún tipo de daño al interés público o bien jurídico protegido, ni se observa la generación de perjuicio económico a los usuarios finales, los usuarios intermedios ni al Estado Peruano representado por el MTC.

De igual forma, la citada resolución observa que no existe antecedente de sanción o conducta similar en años anteriores cometida por COVISUR, ni encuentra elementos que permitan apreciar algún tipo de beneficio ilegalmente obtenido del Concesionario por la conducta realizada, razón por la cual consideró estas situaciones como atenuantes al momento de establecer la graduación de la sanción.

Al respecto, se coincide en este extremo con la decisión adoptada mediante la Resolución de Gerencia General N° 049-2009-GG-OSITRAN en vista que la conducta cometida por el Concesionario no evidencia la ocurrencia de los citados criterios objetivos, lo cual fue debidamente considerado al momento de determinar la cuantía de la sanción.

5.1.2 Respecto de la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor

Sobre este punto, con la Resolución de Gerencia General N° 049-2009-GG-OSITRAN, se indica que *“(…) en virtud a lo establecido en el Contrato de Concesión, la empresa concesionaria conocía perfectamente el momento, forma, condición y plazo en que debía presentar el Inventario Anual de los Bienes de la Concesión correspondiente al año 2008, no obstante ello, incumplió la condición y plazo establecido en el Contrato de Concesión. Si bien lo sucedido no nos permite afirmar si existió o no intencionalidad, lo que si se evidencia es que hubo negligencia por parte de la empresa concesionaria COVISUR para el cumplimiento de la obligación contractual aludida.*

⁷ Modificado por Decreto Legislativo N° 1029

Conforme se indicó anteriormente, se considera que el Concesionario no puede alegar como atenuante de responsabilidad el supuesto error en cuanto a la fecha en la cual debía presentar el Inventario Anual, puesto que la Cláusula 1.6 señala expresamente el plazo máximo de entrega, por lo que se deberá evaluar y considerar este aspecto al momento de graduar la sanción, respetando para ello la regla establecida en el numeral 237.3 del Artículo 237° de la LPAG.

De otro lado, en cuanto a si hubo o no intencionalidad del infractor para incumplir con las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión, se concuerda con lo señalado en la Resolución de Gerencia General N° 049-2009-GG-OSITRAN respecto a que no es posible advertir intención de COVISUR de cometer la infracción pero sí se percibe negligencia de su parte, puesto que, a de que los plazos y condiciones se encuentran claramente establecidos en el Contrato de Concesión, el Concesionario no cumplió de manera idónea y oportuna con su obligación contractual.

Por ello, considerando que para la aplicación de una sanción administrativa, debe tenerse en cuenta que la sanción debe cumplir la finalidad de desincentivar la conducta infractora, en el presente caso el comportamiento del Concesionario debe ser sancionado a efectos de evitar una conducta distinta a la establecida en el Contrato de Concesión, por lo que corresponde imponer una multa que sea capaz de disuadir a la Concesionaria a cumplir oportunamente y sin necesidad de requerimiento previo alguno con las obligaciones contractuales asumidas, máxime si la obligación de presentación del Inventario Anual se realiza de manera periódica.

De la evaluación de los criterios que determinan la cuantía de la sanción a imponer, se considera que la sanción debe partir de una multa base, de acuerdo a la Escala de Sanciones prevista en el Artículo 61° del RIS⁸, que establece como tope para las Sanciones Graves, hasta 60 UIT's de multa, considerándose como multa base 1 UIT; por lo que corresponde CONFIRMAR

8

Ingresos Operativos anuales (en UIT)	Multas (en UIT)		
	Leve ¹	Grave	Muy Grave
Ingreso ≤ 20 mil	Hasta 25	Hasta 60	Hasta 140
20 mil < Ingreso ≤ 50 mil	Hasta 75	Hasta 180	Hasta 420
Ingreso > 50 mil	Hasta 180	Hasta 450	Hasta 840

1/ Incluye la posibilidad de amonestación pública.

la sanción de cuatro (04) UIT's impuesta a COVISUR a través de la Resolución N° 049-2009-GG-OSITRAN, al haber incumplido con presentar el Inventario Anual correspondiente al cierre del año 2008, en el plazo establecido en la Cláusula 1.6 del Contrato de Concesión y en las condiciones y contenido mínimo descrito en la Cláusula 5.11 del Contrato de Concesión.

POR LO EXPUESTO y en base al análisis contenido en el Informe N° 048-09-GAL-OSITRAN en aplicación de lo dispuesto en el Literal f) del Artículo 53° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por D.S. N° 044-2006-PCM y modificado por el D.S. N° 057-2006-PCM, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su sesión de fecha 29 de octubre de 2009;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación de fecha 12 de octubre de 2009 interpuesto por la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 049-2009-GG-OSITRAN, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la Resolución de Gerencia General N° 049-2009-GG-OSITRAN que impone una sanción a la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A., la misma que asciende al pago de una multa de cuatro (04) UIT's.

TERCERO.- DECLARAR agotada la vía administrativa, no procediendo por tanto ningún recurso por esta vía.

CUARTO.- NOTIFICAR a la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A. la presente resolución.

QUINTO.- PONER EN CONOCIMIENTO la presente Resolución al Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su calidad de Concedente.

SEXTO.- DISPONER la publicación de la presente Resolución en la página web institucional (www.ositran.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal. N° PD N° 20366-09

