

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, 21 de enero de 2010

Nº 002-2010-CD-OSITRAN

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

VISTOS:

Informe Nº 002-10-GAL-OSITRAN, así como el Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia General Nº 064-2009-GG-OSITRAN;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

- 1.1 Con fecha 09 de febrero del 2007, el Concedente actuando a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en adelante el Concedente y/o el MTC, y la empresa Concesión Canchaque S.A., en adelante el Concesionario y/o CANCHAQUE, suscribieron el Contrato de Concesión de las Obras de Rehabilitación, Mejoramiento y Explotación de los Tramos Viales Empalme 1B – Buenos Aires – Canchaque del Programa Costa – Sierra (en adelante el Contrato de Concesión).
- 1.2 Mediante Resolución Directoral Nº 007-2008-MTC/16 de fecha 08 de febrero de 2008, el Concedente, a través de la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales, aprobó el Estudio de Impacto Ambiental – EIA del Contrato de Concesión.
- 1.3 Con Resolución Directoral Nº 1033-2008-MTC/20 de fecha 28 de febrero de 2008, el Concedente aprobó el expediente Estudio Definitivo de Ingeniería – EDI, para las Obras y Mantenimiento de los Tramos Viales Empalme 1B – Buenos Aires – Canchaque.
- 1.4 Mediante Nota Nº 1365-08-GS-OSITRAN, de fecha 25 de noviembre de 2008, al momento de revisarse el Reporte de Avance de Obra Nº 5, se observa que el Concesionario ha utilizado como Depósito de Material Excedente – DME una zona denominada “La Alberca”, la misma que no estaba considerada en el Estudio de Impacto Ambiental aprobado por la Autoridad Ambiental Competente.
- 1.5 Con el Informe Nº 631-09-GS-OSITRAN, de fecha 24 de julio de 2009, el Supervisor de Inversiones da cuenta del presunto incumplimiento del Concesionario de la Cláusula 13.3 del Contrato de Concesión, al haber utilizado la zona ubicada en el

Km. 44+400 "La Alberca", como depósito de material excedente, la misma que no había sido considerada en el Estudio de Impacto Ambiental – EIA aprobado.

- 1.6 Mediante Oficio N° 3337-09-GS-OSITRAN, notificado al Concesionario el 23 de septiembre de 2009, se comunicó el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador por el presunto incumplimiento de la Cláusula 13.3 del Contrato de Concesión señalando que:

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

- 1.7 Con Carta N° CC-235-09 recibida el 06 de octubre de 2009, CANCHAQUE presenta sus descargos.

- 1.8 Mediante Oficio N° 400-09-GG-OSITRAN, recibido por CANCHAQUE el 27 de noviembre de 2009, se notificó la Resolución de Gerencia General N° 064-2009-GG-OSITRAN la cual, en base al Informe N° 973-09-GS-OSITRAN, resolvió lo siguiente:

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

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

TERCERO: Notificar la presente Resolución a la empresa Concesión Canchaque S.A.

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

- 1.9 Con documento recibido con fecha 18 de diciembre de 2009, CANCHAQUE interpuso recurso de apelación en contra de la Resolución de Gerencia General N° 064-2009-GG-OSITRAN, en base a los siguientes principales argumentos:

- Respecto al incumplimiento contractual, si bien el EIA no consideraba a la zona "La Alberca" como DME, en el EDI (aprobado por el Concedente el 20 de

febrero de 2008) sí lo contemplaba para tal uso por lo que fue este hecho, generado por el Concedente, lo que finalmente ocasionó la confusión, situación que consideran no fue tomada en cuenta en la resolución impugnada.

- No se ha tomado en consideración la intencionalidad y la gravedad del caso, señalando que no hubo intención dolosa de su parte para incumplir el Contrato de Concesión, toda vez que el mismo se debió a un error del Concedente, y por el hecho que la utilización de la “La Alberca” como DME, luego de la elaboración del Plan de Manejo Ambiental para dicho DME, no generó ninguna alteración significativa del entorno.
- Respecto a la potestad sancionadora de OSITRAN para interponer sanciones por incumplimiento de disposiciones de protección del medio ambiente, consideran que existe una contradicción sobre la facultad de OSITRAN, la cual se puede observar en la redacción de los Artículos 6º y 13º del Reglamento de Infracciones y Sanciones – RIS; sin embargo, consideran que este hecho no puede perjudicar al administrado por esta aparente contradicción, razón por la cual, en aplicación a los principios de la Ley del Procedimiento Administrativo General, se debe declarar la nulidad de la resolución materia de impugnación, toda vez que OSITRAN se ha excedido en sus facultades.
- En cuanto al criterio utilizado por OSITRAN para establecer el monto de la multa, consideran que el hecho que se sancione en base a un reglamento aprobado por Resolución de Consejo Directivo y no por ley vulnera el principio de legalidad recogido en el numeral 1 del Artículo 230º de la Ley Nº 27444.
- En lo referido a la determinación de la cuantía de la sanción realizada por OSITRAN, consideran que la misma vulnera el principio de tipicidad señalado en el numeral 4 del Artículo 230º de la Ley Nº 27444, puesto que la escala de sanciones desarrollada en el Artículo 61º del RIS no determina el criterio sobre el cual OSITRAN debe establecer la gradualidad de la multa, el cual tiene como característica determinante para diferenciar la gradualidad de la multa los ingresos operativos anuales de la concesión, los cuales sólo se pueden determinar cuando el proyecto se encuentre en su etapa de operación y no en la etapa de construcción (en la cual se encuentra actualmente dicha concesión). Asimismo, consideran que para los proyectos que se hallan en la Etapa de Operación, la norma tampoco establece un criterio objetivo para determinar cuándo se está ante una infracción que debe ser sancionada con una multa ascendente a 10 UIT o cuando una infracción le corresponde una sanción de 01 UIT, lo cual vulnera el principio de tipicidad.

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

- 2.1 El Artículo 72º 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 207º y 209º de la Ley Nº 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 Nº 064-2009-GG-OSITRAN, fue notificada a CANCHAQUE a través del Oficio Nº 400-09-GG-OSITRAN con fecha 27 de noviembre de 2009.
- 2.4 De conformidad con la documentación que obra en el expediente administrativo sancionador, CANCHAQUE interpuso el recurso de apelación el día 18 de diciembre 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 y de diferente interpretación de prueba producida.
- 2.5 En consecuencia, 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, se desprende que las cuestiones en discusión son las siguientes:
- a) Respecto si la aprobación del Concedente de la zona “La Alberca” como DME efectuada en el EDI puede considerarse como un error esencial.
 - b) Respecto si las facultades normativas, sancionadoras y fiscalizadoras de OSITRAN han sido ejercidas conforme a ley.
 - c) Si la sanción aplicada a CANCHAQUE cumple con el principio de Razonabilidad en materia administrativa.

IV. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

Si la aprobación del Concedente del DME “La Alberca” en el EDI se puede considerar como un error esencial

a) *La posición del recurrente*

4.1 El Concesionario afirma que si bien el EIA no contemplaba a la zona “La Alberca” como DME, el EDI aprobado por el Concedente sí lo hacía, razón por la cual este hecho, generado por el Concedente, es lo que finalmente ocasionó la confusión por parte de CANCHAQUE, situación que consideran no fue tomada en cuenta en la resolución.

b) *Análisis*

4.2 Sobre el particular, con la Resolución de Gerencia General N° 064-2009-GG-OSITRAN se indica lo siguiente:

"24. (...) la DGASA mediante el Memorando N° 454-2008-MTC/16, observa el uso de la zona La Alberca como DME, requiriendo la suspensión de su uso. En este punto cabe resaltar, que la empresa Concesión Canchaque S.A., ante el requerimiento de la DGASA, procedió a suspender definitiva e inmediatamente la utilización del DME La Alberca, presentando posteriormente un Plan de Manejo Ambiental con las medidas correctivas necesarias a fin de evitar o mitigar cualquier daño que pudiera haber sido causado.

25. Por tanto, teniendo en consideración lo antes expuesto, no es aceptable la justificación indicada por la empresa Concesión Canchaque S.A., de la supuesta confusión creada por el propio Concedente, al aprobar el EDI que incluía al DME La Alberca, pese a que anteriormente había aprobado el EIA, teniendo en cuenta que la empresa concesionaria debe conocer que existe una legislación ambiental vigente en el Perú y de las funciones que ejercen cada una de las Direcciones de Línea del MTC."

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

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 recae 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 recae 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

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."

de lo cual se verificará en primer término si el Contrato de Concesión establece o no un procedimiento específico para la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental – EIA, así como se analizará quién es la autoridad competente para revisar y aprobar dicho estudio y en base a ello observar si los elementos que el recurrente considera determinantes para incurrir en error resultan esenciales y conocibles.

- 4.4 Como primer elemento, debe mencionarse que, de la revisión del expediente, la zona denominada “La Alberca” no había sido habilitada en el EIA para ser utilizada como un DME, en tanto que el Concesionario alega que dicha zona fue habilitada como DME por el propio Concedente mediante la aprobación del EDI realizada mediante Resolución Directoral N° 1033-2008-MTC/20, con lo cual existirían elementos conocibles por el Concesionario que determinan una distinta información entre ambos estudios.
- 4.5 No obstante lo mencionado, no sólo basta conocer que existen diferencias entre el EIA y EDI, sino que dicha inconsistencia sea esencial para generar error al momento de determinar si la zona “La Alberca” podía ser utilizada como DME.
- 4.6 Para ello, corresponde citar la normativa general aplicable, a efectos de observar los alcances del EIA y determinar la Autoridad Ambiental Competente que revisará y aprobará dicho estudio:

Ley N° 28611 – Ley General del Ambiente

(...)

Artículo 24.- *Del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental*

24.1 Toda actividad humana que implique construcciones, obras, servicios y otras actividades, así como las políticas, planes y programas públicos susceptibles de causar impactos ambientales de carácter significativo, está sujeta, de acuerdo a ley, al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental - SEIA, el cual es administrado por la Autoridad Ambiental Nacional. La ley y su reglamento desarrollan los componentes del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental.

(...)

Artículo 25.- *De los Estudios de Impacto Ambiental*

Los Estudios de Impacto Ambiental - EIA son instrumentos de gestión que contienen una descripción de la actividad propuesta y de los efectos directos o indirectos previsibles de dicha actividad en el medio ambiente físico y social, a corto y largo plazo, así como la evaluación técnica de los mismos. Deben indicar las medidas necesarias para evitar o reducir el daño a niveles tolerables e incluirá un breve resumen del estudio para efectos de su publicidad. La ley de la materia señala los demás requisitos que deban contener los EIA.

(...)

Artículo 58.- *Del ejercicio sectorial de las funciones ambientales*

(El subrayado es nuestro)

58.1 Los ministerios y sus respectivos organismos públicos descentralizados, así como los organismos regulatorios o de fiscalización, ejercen funciones y atribuciones ambientales sobre las actividades y materias señaladas en la ley. (...)"

Ley N° 27446 – Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental

"(...)

Artículo 3.- *Obligatoriedad de la certificación ambiental*

No podrá iniciarse la ejecución de proyectos ni actividades de servicios y comercio referidos en el artículo 2 y ninguna autoridad nacional, sectorial, regional o local podrá aprobarlas, autorizarlas, permitir las, concederlas o habilitarlas si no cuentan previamente con la certificación ambiental contenida en la Resolución expedida por la respectiva autoridad competente.

(...)

Artículo 18.- *Autoridades Competentes de administración y ejecución*

18.1 Serán consideradas como autoridades competentes de administración y ejecución, el Ministerio del Ambiente, las autoridades sectoriales nacionales, las autoridades regionales y las autoridades locales.

Corresponda al MINAM las funciones establecidas en el artículo 17 de la presente ley y su reglamento.

Corresponde a las autoridades sectoriales emitir la certificación ambiental de los proyectos o actividades de alcance nacional o multiregional, en el ámbito de sus respectivas competencias. (...)"

Decreto Supremo N° 019-2009-MINAM – Reglamento e la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental

"(...)

Artículo 5°.- *Entidades que conforman el SEIA*

El SEIA está conformado por las siguientes entidades:

a) El MINAM en calidad de organismo rector y administrador del SEIA, conforme a lo cual está encargado de asegurar el mecanismo de integración y de coordinación transectorial de la gestión ambiental entre los distintos niveles de gobierno.

b) Las autoridades sectoriales nacionales, las autoridades regionales y las autoridades locales, que ejercen competencias y funciones para conducir procesos de evaluación de impacto ambiental, entendidas en adelante como Autoridades Competentes.

(...)

Artículo 8°.- *Funciones de las Autoridades Competentes*

Son autoridades competentes en el marco del SEIA, las autoridades sectoriales nacionales, las autoridades regionales y las autoridades locales con competencia en materia de evaluación de impacto ambiental.

Las Autoridades Competentes a cargo de la evaluación de los estudios ambientales tienen las siguientes funciones:

α) Conducir el proceso de evaluación de impacto ambiental a través de la categorización, revisión y aprobación de los estudios ambientales de los proyectos de inversión sujetos al SEIA, de acuerdo a sus respectivas competencias.

(...)

i) Otorgar en forma exclusiva y excluyente la Certificación Ambiental para las Categorías I, II y III, de acuerdo a lo señalado en el Título II del presente Reglamento.

(...)

l) Evaluar la gestión del SEIA en el ámbito de sus respectivas competencias, así como adoptar las medidas correctivas que resulten necesarias para lograr eficacia y eficiencia en el cumplimiento de sus funciones y facultades, conforme a ley.

(...)

Artículo 17º.- Autoridad competente para otorgar la Certificación Ambiental
Corresponde a las autoridades sectoriales del nivel nacional emitir la certificación ambiental de los proyectos de alcance nacional o multiregional en el ámbito de sus respectivas competencias. Corresponde a las autoridades regionales y locales, emitir la certificación ambiental de los proyectos que dentro del marco del proceso de descentralización resulten de su competencia.

(...)"

Decreto Supremo Nº 021-2007-MTC – Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Transportes y Comunicaciones

"(...)

De la Dirección General de Asuntos Socio- Ambientales

Artículo 73.- La Dirección General de Asuntos Socio- Ambientales es un órgano de línea de ámbito nacional que ejerce la Autoridad Ambiental Sectorial y se encarga de velar por el cumplimiento de las normas socio-ambientales, con el fin de asegurar la viabilidad socio ambiental de los proyectos de infraestructura y servicios de transporte.

De las Funciones de la Dirección General de Asuntos Socio-Ambientales

Artículo 74.- La Dirección General de Asuntos Socio- Ambientales tiene las funciones específicas siguientes:

(...)

d) Evaluar, aprobar y supervisar los componentes socio-ambientales de los proyectos de infraestructura de transportes en todas sus etapas.

(...)

j) Realizar el seguimiento de los Estudios Ambientales definitivos que se desarrollen de acuerdo a lo dispuesto en los contratos de concesión.

(...)"

(El subrayado y resaltado es nuestro)

4.7 Una vez revisada la normativa aplicable al presente caso, resulta pertinente examinar aquellos aspectos que sobre el particular desarrolla el Contrato de Concesión:

"Definiciones

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

(...)

Autoridad Ambiental Competente

Es el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a través de la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales – DGASA o el Consejo Nacional del Ambiente (CONAM) cada una dentro del marco de sus competencias.

(...)

Especificaciones Socio Ambientales

Es el conjunto de técnicas, procedimientos y buenas prácticas dirigidas, por un lado, a la protección de los recursos naturales, bienes materiales y la salud humana durante todas las etapas del Contrato y, por el otro, a la prevención o minimización de impactos negativos sobre los medios físico, biótico, humano y cultural, que podrían ocurrir como producto de la Construcción, Mantenimiento y Explotación de las Obras

Estudio de Impacto Ambiental (EIA)

Es el estudio conforme a lo dispuesto en la Clausula 13.5 y siguientes que tiene como objetivo identificar, predecir, interpretar, valorar y comunicar los impactos ambientales y sociales que la Construcción, Conservación y Explotación de la Concesión, podrían ocasionar en los diversos componentes del ambiente, calidad de vida, patrimonio cultural y arqueológico en las zonas de influencia de la Concesión (zonas establecidas por los requerimientos de impacto ambiental), así como el impacto de los mismos sobre la Concesión; además propone las medidas correctivas más apropiadas para evitar que la ocurrencia de impactos ambientales perjudique la salud y bienestar de las personas

El EIA será presentado por el CONCESIONARIO al CONCEDENTE en concordancia con el Estudio Definitivo de Ingeniería, y será aprobado por la Autoridad Ambiental Competente de acuerdo a ley. El EIA formará parte del presente Contrato como Anexo IV.

Estudio Definitivo de Ingeniería

Es el proyecto de ingeniería definitivo que le corresponde desarrollar al CONCESIONARIO sobre la base del Expediente Técnico. Este deberá someterse a la aprobación del CONCEDENTE, de acuerdo a lo indicado en la Cláusula 6.5 del Contrato y Anexo I.

(...)

Leyes y Disposiciones Aplicables

Es el conjunto de disposiciones legales que regulan el Contrato. Incluyen los reglamentos, directivas y resoluciones, que pueda dictar cualquier Autoridad Gubernamental competente, de conformidad con su ley de creación, las que serán de observancia obligatoria para las Partes.

(...)

Plan de Manejo Ambiental

Considera la descripción de las medidas que se adoptarán para eliminar o minimizar los efectos adversos del proyecto o actividad y las acciones de reparación y/o compensación que se realizarán.

En el Estudio de Impacto Ambiental se especifican las medidas de mitigación, acciones requeridas, y su grado de aplicación (construcción, operación y mantenimiento) para cada impacto identificado, abarcando los aspectos físicos y socioeconómicos. Se definen los criterios de puesta en marcha de dicho estudio así como también los recursos técnicos requeridos y sus costos.

(...)

3.1.- El CONCESIONARIO garantiza al CONCEDENTE, en la Fecha de Suscripción del Contrato, la veracidad de las siguientes declaraciones:

(...)

c) Que el presente Contrato comprende un conjunto de obligaciones legales y válidas del CONCESIONARIO y por medio de la presente declaración, este último garantiza que honrará todas y cada una de las obligaciones en él contenidas, sujetándose en todo momento a las Leyes y Disposiciones Aplicables.

(...)

6.5.- El CONCESIONARIO tendrá como plazo máximo ciento veinte (120) Días Calendario contados desde la Fecha de Suscripción del Contrato, para presentar a consideración del CONCEDENTE el Estudio Definitivo de Ingeniería, con copia al REGULADOR, el cual deberá estar en concordancia con el Estudio de Impacto Ambiental indicado en la Cláusula 13.5.

(...)

13.1.- Durante las etapas de Construcción, Conservación y Explotación de la Concesión, el CONCESIONARIO deberá asumir la responsabilidad de protección del medio ambiente como una variable fundamental de su gestión, implementado las medidas necesarias que aseguren un exitoso manejo ambiental en el Tramo y los mecanismos que permitan una adecuada comunicación con la comunidad, las mismas que están reflejadas en el Estudio de Impacto Ambiental elaborado por el CONCESIONARIO.

(...)

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

CONCESIONARIO, conforme se establece en la Cláusula 13.8 y siguientes de esta sección.

El **CONCESIONARIO** determinará en el EIA las zonas de influencia directa e indirecta de acuerdo a la normativa ambiental vigente.

13.4.- El **CONCESIONARIO** será responsable de la mitigación de los problemas ambientales que se generen en el Área de la Concesión, Área de Servicios Opcionales y/u otras áreas utilizadas para la instalación y operación de Campamentos, Plantas de Asfalto y Chancadoras, Canteras y Depósitos de Material Excedente (DME), (Área de influencia Directa) a partir de la fecha de Suscripción del Contrato, o en zonas fuera del área de la Concesión en la medida que se demuestre que la causa del daño se hubiera originado como consecuencia de las actividades realizadas en el área de la Concesión.

(...)

13.6.- Sin perjuicio que el Estudio de Impacto Ambiental se encuentra en concordancia con los alcances del Estudio Definitivo de Ingeniería, el **CONCESIONARIO**, deberá presentar ante la Dirección General de Asuntos Socio – Ambientales del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (DGASA), para su evaluación y aprobación, previa presentación al Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA), para opinión técnica favorable, el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) a nivel definitivo que comprenda las actividades de Construcción, Mantenimiento y Explotación, debiendo remitir copia del mismo al REGULADOR.

(...)

13.8.- Las especificaciones socio ambientales para las Obras de Construcción se deberán detallar, de acuerdo a los Términos de Referencia para la elaboración del Estudio de Impacto Ambiental respectivo que será elaborado por el **CONCESIONARIO** y aprobado por la DGASA.

El contenido del Estudio de Impacto Ambiental es el establecido por las normas legales vigentes sobre la materia.

Sin perjuicio de lo establecido anteriormente, el Estudio de Impacto Ambiental deberá contener la información señalada en el Anexo XI del Contrato.

En la eventualidad de ser rechazado o requerir la modificación del Estudio de Impacto Ambiental (EIA), el **CONCESIONARIO** deberá en el plazo que el **CONCEDENTE** determine, presentarlos nuevamente a la DGASA, para su aprobación.

El manejo de los lugares destinados a la instalación y operación de campamentos y operación de plantas de asfalto, hormigón y chancado; de explotación de canteras; y de DME deberá incluirse en los informes ambientales mensuales que deberá entregar el **CONCESIONARIO** al REGULADOR ya la Autoridad Ambiental Competente, según lo establecido en la Cláusula 13.12 del presente Contrato.”

(El subrayado y resaltado es nuestro)

4.8 Como se puede apreciar, el Contrato de Concesión establece de manera clara las obligaciones que en materia ambiental debe cumplir el Concesionario durante la vigencia de la Concesión. Así, el Concesionario se encuentra obligado a presentar un

Estudio de Impacto Ambiental – EIA, a efectos de determinar, predecir y valorar los impactos ambientales y sociales que pueden generar las actividades de Construcción, Conservación y Explotación de la Concesión en los diversos componentes del ambiente, calidad de vida, patrimonio cultural y arqueológico en las zonas de influencia de la Concesión y sobre el impacto de los mismos sobre la Concesión; documento en el cual además se propondrán las medidas correctivas más apropiadas para evitar que la ocurrencia de impactos ambientales perjudique la salud y bienestar de las personas.

- 4.9 Sobre estos aspectos, el Contrato de Concesión señala que resultará de observancia obligatoria para las Partes todas aquellas disposiciones legales que dicten las Autoridades Gubernamentales competentes, las cuales regulan el Contrato. Asimismo, como un compromiso genérico, el literal c) de la Cláusula 3.1 del Contrato de Concesión indica que el Concesionario garantiza que honrará todas y cada una de las obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión, sujetándose en todo momento a las Leyes y Disposiciones Aplicables.
- 4.10 Para el caso específico de las obligaciones en materia socio ambiental, se indica que la Autoridad Gubernamental competente es el MTC a través de la DGASA, situación que resulta coincidente con la normativa ambiental, la cual ha asignado en dicha Dirección General la revisión y aprobación de los estudios de impacto ambiental que se presenten ante el Sector Transportes y Comunicaciones. Por ello, no es posible que otro órgano del Concedente pueda ejercer dichas funciones.
- 4.11 De igual forma, si bien la Cláusula 13.6 del Contrato de Concesión señala de manera expresa que el EIA debe ser concordante con el Estudio Definitivo de Ingeniería – EDI, lo cual resulta correcto puesto que no se puede determinar el impacto ambiental que generará una obra de infraestructura si no se conocen las intervenciones que ejecutará el Concesionario en el tramo vial así como la prestación de los Servicios que realizará; éste se encuentra obligado de presentar el EIA a la DGASA para su correspondiente aprobación. Lo señalado nos permite apreciar que, en materia socio ambiental, existe preeminencia de lo establecido en el EIA respecto de lo señalado en el EDI, toda vez que dicho estudio es revisado y aprobado por la Autoridad Gubernamental competente.
- 4.12 Lo anteriormente comentado se refuerza en el hecho que, en caso existiera alguna situación que amerite la modificación del EIA (lo que puede ocurrir cuando se presenten incongruencias entre lo aprobado en dicho estudio en comparación con el EDI), la Cláusula 13.8 del Contrato de Concesión establece de manera clara que corresponde al Concesionario acudir ante la DGASA a efectos de aprobar toda modificación al citado estudio.
- 4.13 Así, lo alegado por el Concesionario en el sentido que el supuesto error o confusión al que fue inducido por el Concedente por la incongruencia entre lo señalado en el EDI y el EIA no resulta cierto puesto que no es factible que el MTC, a

través del órgano que apruebe el EDI, autorice la utilización de una zona como DME cuando la Autoridad Ambiental del Sector, léase la DGASA, no lo ha autorizado según los procedimientos establecidos en la normativa de la materia y en el Contrato de Concesión.

- 4.14 En este sentido, dado que el ordenamiento jurídico en la materia y el Contrato de Concesión establecen de forma clara tanto el procedimiento a seguir para la revisión y aprobación del EIA presentado por el Concesionario así como se determina a la Autoridad Gubernamental que se encuentra facultada para aprobar dicho estudio, lo indicado en el EDI no resulta una información esencial para generar error en el Concesionario al momento de conocer si la zona denominada "La Alberca" se encontraba habilitada o no para ser utilizada como DME.
- 4.15 Entender algo distinto, sería ir en contra de lo establecido expresamente en el Contrato de Concesión, y conllevaría a no reconocer la competencia que la normativa asigna a la DGASA, siendo esto contrario a la distribución de atribuciones que el ordenamiento jurídico ha implementado, así como implicaría desconocer las diversas funciones y facultades que le son conferidas a dicho órgano.
- 4.16 Siendo el caso que el Concesionario, con la suscripción del Contrato de Concesión, se comprometió a cumplir con todas las obligaciones contenidas en dicho instrumento y a sujetarse en todo momento a las Leyes y Disposiciones Aplicables (entre las cuales se incluyen la normativa medio ambiental), no es posible considerar que las inconsistencias presentadas entre el EIA y el EDI puedan generar error en el Concesionario, puesto que el propio Contrato de Concesión establece el procedimiento a seguir, así como a la autoridad a la que se debe dirigir, para la aprobación del EIA.
- 4.17 De igual forma, corresponde recordar que el Concesionario es quien elabora y presenta ante el Concedente y el Regulador tanto el EIA como el EDI y por tanto es el primer obligado (conforme el Contrato de Concesión) a que ambos documentos sean concordantes. Por ello, y conforme se indicó anteriormente, si éste observa algún tipo de eventualidad que amerite que el EIA deba ser modificado, debe presentar su propuesta de modificación ante la DGASA.
- 4.18 Por lo indicado, se puede concluir que, en este extremo, resulta infundado el supuesto error o confusión alegado por el Concesionario al momento de determinar que la zona denominada "La Alberca" se encontraba habilitada como un DME por el Estudio Definitivo de Ingeniería, y siendo el caso que se ha comprobado que la conducta cometida por CANCHAQUE representa un incumplimiento a una obligación relativa a la protección del medio ambiente contenida en el Contrato de Concesión, la misma que se encuentra expresamente tipificada como infracción en el Artículo 13º del RIS, corresponde la imposición de la sanción que amerita el hecho.

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

Respecto si las facultades normativas, sancionadoras y fiscalizadoras de OSITRAN han sido ejercidas conforme a ley

4.20 En su escrito de apelación, el Concesionario cuestiona la forma como OSITRAN ha venido aplicando sus potestades normativas, sancionadoras y fiscalizadoras, aduciendo para ello una serie de afectaciones por parte de este Organismo Regulador a los principios que rigen la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG), los cuales se reflejarían principalmente en (a) la forma de aprobación del RIS; (b) la facultad de OSITRAN de imponer sanciones en materia ambiental; así como (c) en los criterios para la determinación de la cuantía de la sanción que se desarrolla en el RIS.

4.21 Como primer aspecto a comentar, debe resaltarse que el Artículo II del Título Preliminar de la LPAG² señala que dicho cuerpo normativo rige de manera supletoria en aquellos aspectos no previstos en procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa. Si bien el citado artículo señala además que las autoridades administrativas que reglamenten los procedimientos especiales cumplirán con seguir los principios administrativos que se establecen en la LPAG, se debe comentar que ello debe realizarse tomando en consideración las potestades y funciones que la ley asigne a las entidades a las que se habilite la posibilidad de tipificar sanciones así como a las características que detentan dichos organismos.

4.22 Así, de conformidad con el Artículo 2° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos³, en concordancia con lo señalado en los Artículos 31° y 32° de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo⁴, se señala que los Organismos Reguladores son

²“ Artículo II.- Contenido

(...)

2. Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto.

3. Las autoridades administrativas al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley.”

³ “Artículo 2.- Naturaleza de los Organismos Reguladores

Los Organismos Reguladores a que se refiere el artículo precedente son organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera.”

⁴ “Artículo 31.- Organismos Públicos Especializados

Los Organismos Públicos Especializados tienen independencia para ejercer sus funciones con arreglo a su Ley de creación. Están adscritos a un ministerio y son de dos tipos:

1. Organismos Reguladores.

2. Organismos Técnicos Especializados.

Artículo 32.- Organismos Reguladores

Los Organismos Reguladores:

Organismos Públicos Especializados creados para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional; que cuentan con independencia para ejercer sus funciones con arreglo a su Ley de creación; y se encuentran dotados de autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera.

4.23 Para el caso específico de OSITRAN, la Ley N° 26917, Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo, crea al OSITRAN como un organismo público descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera, y que tiene como misión velar por el cumplimiento de los contratos de concesión, cautelando en forma imparcial y objetiva los intereses del Estado, de los inversionistas y de los usuarios.

4.24 Respecto a las funciones de los Organismos Reguladores, el literal c) del numeral 3.1 del Artículo 3° de la Ley N° 27332⁵ establece que la función normativa de estos organismos comprende 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 los propios Organismos Reguladores, en tanto el literal d) del precitado numeral precisa la facultad de éstos de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión.

-
1. *Se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional.*
 2. *Están adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros.*
 3. *Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, tienen funciones supervisoras, reguladoras, normativas, fiscalizadoras y sancionadoras; y de solución de controversias y reclamos, en los términos previstos por la Ley de la materia.*
 4. *Definen sus lineamientos técnicos, sus objetivos y estrategias.*
 5. *Determinan su política de gasto de acuerdo con la política general de Gobierno.*
(...)"

⁵ "Artículo 3.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Regulares ejercen las siguientes funciones:

(...)

- c. *Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;*
Comprende, 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. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador.
- d. *Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión"*

(El subrayado es nuestro)

- 4.25 Asimismo, el numeral 3.2 del Artículo 3º de la Ley N° 27332 indica que las funciones otorgadas a los organismos reguladores serán ejercidas con los alcances y limitaciones que se establezcan en sus respectivas leyes y reglamentos⁶.
- 4.26 Por ello, resulta claro que el legislador, al momento de conferir a los Organismos Reguladores la potestad de tipificar las infracciones que cometan los concesionarios y de sancionar dichas conductas, toma en cuenta la plena autonomía administrativa y funcional que detentan dichos organismos, a efectos de mantener su legitimidad e independencia respecto de los grupos de interés que se encuentran bajo su ámbito regulatorio (Concedente, Concesionarios y Usuarios).
- 4.27 Por tanto, en consideración el carácter supletorio que tiene la LPAG respecto de aquellas facultades que, por ley, son conferidas a los organismos reguladores, se estima que la supuesta afectación al principio de legalidad que aduce el Concesionario no resulta correcta, toda vez que la Ley N° 27332 determina de manera clara la función de los organismos reguladores, entre los que se encuentra OSITRAN, de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas en normas legales, normas técnicas, contratos de concesión y disposiciones reguladoras y normativas dictadas por OSITRAN, por lo que en este extremo corresponde declarar infundada la impugnación formulada por el Concesionario⁷.
- 4.28 De otro lado, respecto a que OSITRAN se ha excedido en sus funciones al momento de tipificar como infracción en el Artículo 13º del RIS los incumplimientos de obligaciones relativas a la protección del medio ambiente, corresponde revisar nuevamente las facultades que la Ley N° 27332 otorga a los Organismos Reguladores.
- 4.29 Conforme se indicó anteriormente, la función normativa que la Ley N° 27332 confiere a los Organismos Reguladores comprende además el poder tipificar, entre otras, las infracciones por incumplimiento de obligaciones derivadas de los contratos de concesión.

⁶ Sobre el particular, es importante señalar que, de conformidad con el Artículo 2º del Reglamento de la Ley N° 27332, aprobado por Decreto Supremo N° 042-2005-PCM, la función normativa general señaladas en el literal c) del numeral 3.1 del Artículo 3º de la Ley N° 27332, será ejercida exclusivamente por el Consejo Directivo del Organismo Regulador, órgano de dirección máximo de dichas entidades. Por su parte, el Artículo 23º del Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante Decreto Supremo N° 044-2006-PCM precisa que la función normativa de carácter general, es ejercida de manera exclusiva por el Consejo Directivo, y se plasma en Resoluciones.

⁷ Sin perjuicio de lo mencionado, corresponde señalar que la propia LPAG establece la posibilidad que la tipificación de conductas sancionables puedan efectuarse por vía reglamentaria, toda vez que el numeral 4 del Artículo 230º de la LPAG señala a la letra lo siguiente:

“Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

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

(El subrayado y resaltado es nuestro)

- 4.30 Entre las diversas obligaciones derivadas en los contratos de concesión a las que se sujeta los concesionarios de infraestructura de transporte se encuentra el cumplir con las especificaciones y medidas definidas en el EIA. En el presente caso, las Cláusulas 13.1, 13.3 y 13.4 del Contrato de Concesión precisan la obligación del Concesionario no sólo de asumir la responsabilidad de protección del medio ambiente, sino que además es el llamado a minimizar los impactos negativos que se puedan producir al medio ambiente producto de las actividades que realice, debiendo para ello cumplir con las especificaciones y medidas definidas en el EIA; así como es el responsable de mitigar los problemas ambientales que se generen por la utilización de Depósitos de Material Excedente – DME.
- 4.31 Por tanto, cuando el Artículo 13º del RIS determina que los concesionarios incurrirán en infracción grave en caso incumplan con las obligaciones de tutela en materia de protección del medio ambiente contenidas en el contrato de concesión, podemos verificar que la tipificación realizada en el RIS resulta acorde con los alcances de la función normativa establecida en el literal c) del numeral 3.1 del Artículo 3º de la Ley Nº 27332, con lo cual la supuesta causal de nulidad que indica el Concesionario no resulta cierta.
- 4.32 De igual forma, la supuesta contradicción entre los Artículos 6º y 13º del RIS no resulta tal, puesto que, como se indicó, la tipificación que se indica en el Artículo 13º del RIS se encuentra dentro del marco establecido en el propio Contrato de Concesión y, por tanto, dentro de los alcances que comprende la función normativa que tiene OSITRAN; todo ello sin perjuicio que el propio Contrato de Concesión señala la facultad del Regulador de imponer sanciones administrativas cuando se verifique el incumplimiento de obligaciones de cargo del Concesionario⁸.
- 4.33 Además, la supuesta contradicción que alega el Concesionario respecto de lo señalado en los Artículos 6º y 13º del RIS no es cierta toda vez que la propia redacción del Artículo 6º del RIS señala de manera expresa que "(...) *quedan excluidas de la facultad sancionadora de OSITRAN (...) las infracciones en materia de medio ambiente y recursos naturales (...) sin perjuicio de lo señalado en los Artículos 13º, 14º y 48º del Reglamento (...)*" con lo cual se puede comprobar que lo alegado por el Concesionario no se ajusta con lo señalado en el RIS, toda vez que el citado reglamento ha contemplado de manera adecuada los alcances de la facultad sancionadora de este Organismo Regulador.

⁸ En efecto, el propio Contrato de Concesión, en su Anexo VIII, establece como penalidad contractual "(...) *el incumplimiento de las obligaciones ambientales establecidas en el EIA para Depósitos de Material Excedente (Botaderos) (...)*. Para hacer efectiva la penalidad, la Cláusula 15.6 indica que "El REGULADOR, en el ejercicio de la potestad sancionadora que le confiere el Contrato, se encuentra facultado para aplicar las penalidades contractuales establecidas en el mismo. (...)"; asimismo la Cláusula 15.11 precisa que el Regulador se encuentra facultado "(...) *de aplicar sanciones de carácter administrativo al Concesionario en caso de incumplimiento de sus obligaciones, conforme a lo dispuesto en la Ley Nº 26917 y las Normas Regulatorias*"; en tanto que la Cláusula 15.12 señala que "(...) *en caso se verifique que una infracción contractual está contemplada en el Reglamento de Infracciones y Sanciones del REGULADOR o norma que lo sustituya, la infracción contractual devendrá en ineficaz y por tanto, únicamente se aplicará la última sanción*".

- 4.34 Por lo señalado, corresponde, en este apartado, declarar infundada la impugnación formulada por el Concesionario.
- 4.35 Finalmente, en relación a que la determinación de la cuantía de la sanción que realiza OSITRAN vulnera el principio de tipicidad señalado en el numeral 4 del Artículo 230º de la LPAG, se considera oportuno señalar que, en aplicación al principio de razonabilidad que rige la potestad sancionadora de este Organismo, la escala de sanciones que resulta aplicable a los concesionarios tiene por efecto establecer sanciones acorde a los ingresos anuales de los mismos y por tanto proporcionales, evitando que la comisión de la conducta infractora resulte más ventajosa para el causante cuando se impongan montos mínimos de sanción (con lo cual su aspecto represivo carecería de sentido) pero, principalmente, para evitar el exceso de punición de la Administración al momento de determinar la sanción a imponer.
- 4.36 Por ello, cuando este Organismo Regulador verifica una conducta de un concesionario que se encuentra tipificada como infracción y por tanto amerita ser sancionada, en primer término se tomará en cuenta el nivel de ingresos de la entidad infractora para luego, en base a la ponderación de agravantes y atenuantes que presente la conducta específica pasible de sanción (de acuerdo a los criterios previstos en el numeral 3 del Artículo 230º de la LPAG) se cumpla adecuadamente con la finalidad que representa el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de OSITRAN, es decir, determinar una sanción proporcional o razonable con el nivel de reproche que, objetivamente, amerita la conducta cometida por el infractor.
- 4.37 Por ello, se considera que lo alegado por CANCHAQUE representa un acercamiento parcial respecto al mecanismo que aplica OSITRAN para la imposición de sanciones por incumplimientos cometidos por los concesionarios, por lo que se debe declarar infundada, en este aspecto, la impugnación formulada por el Concesionario.

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

- 4.38 En su escrito de apelación, el Concesionario señala que con la Resolución de Gerencia General Nº 064-2009-GG-OSITRAN no se ha tomado en consideración la intencionalidad y la gravedad del caso, indicando que no hubo intención dolosa para incumplir el Contrato de Concesión, toda vez que el mismo se debió a un error del Concedente, y por el hecho que la utilización del DME "La Alberca", luego de la elaboración del Plan de Manejo Ambiental para dicho DME, no generó ninguna alteración significativa del entorno.
- 4.39 Con la finalidad de evaluar si la sanción impuesta mediante la Resolución de Gerencia General Nº 064-2009-GG-OSITRAN resulta acorde con el nivel de gravedad

del incumplimiento por parte de CANCHAQUE 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 en orden de prelación se señalan en el numeral 3 del Artículo 230º de la LPAG⁹, 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.

i) 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, las circunstancias de la comisión de la infracción y el beneficio ilegalmente obtenido.

En relación a la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido y al perjuicio económico causado, la Resolución de Gerencia General N° 064-2009-GG-OSITRAN señala que, si bien no es posible cuantificar una afectación directa respecto de OSITRAN ni tampoco respecto a terceros; conforme a lo señalado en el Informe Especial N° 024-CVP, con la utilización de la zona denominada "La Alberca" como DME se habría puesto en riesgo a la población, debido a que se habría generado "(...) *la idea de que el material depositado indebidamente les brindaba protección ante una eventual avenida extraordinaria de aguas de la quebrada*". Asimismo, en la resolución apelada se consideró que durante la utilización de la zona "La Alberca" como DME se habría ocasionado una alteración del entorno paisajístico.

No obstante lo mencionado, al momento de la graduación de la sanción, la citada resolución sí tomo en cuenta el hecho que el Concesionario presentó un Plan de Manejo Ambiental para evitar o mitigar cualquier daño que pudiera haber causado la utilización de la zona "La Alberca" como DME.

Dicho esto, se considera que la resolución apelada ha tomado en cuenta tanto el incumplimiento del Concesionario como las medidas para mitigar los daños que podrían generarse por su conducta, por lo que lo alegado por CANCHAQUE respecto a que no se consideró las acciones contenidas en el Plan de Manejo Ambiental no resulta cierto.

Sobre el particular, debe recordarse que el Concesionario incumplió con sus obligaciones de protección del medio ambiente establecidas en el Contrato de

⁹ Modificado por Decreto Legislativo N° 1029

Concesión, al no ceñirse a lo establecido en el EIA, por lo que la posterior mitigación realizada mediante la ejecución del Plan de Manejo Ambiental sólo represente un atenuante para la graduación de la sanción mas no una exención de la infracción cometida. Por ello, en estos aspectos, coincidimos con el análisis realizado por la Gerencia General en la resolución impugnada.

De igual forma, la citada resolución observa que no existe antecedente de sanción o conducta similar en años anteriores cometida por CANCHAQUE, pero considera que el Concesionario se habría beneficiado con la conducta objeto de sanción cuando, citando el numeral 6.3 del Informe de Hallazgos N° 631-09-GS-OSITRAN, se indica que *"El Concesionario, al depositar el material excedente en la zona de La Alberca, se benefició al disminuir el tiempo de traslado de dicho material excedente en comparación al que hubiera empleado si depositaba dicho material en Depósitos autorizados (...)"*.

Al respecto, coincidimos en este extremo con la decisión adoptada mediante la Resolución de Gerencia General N° 064-2009-GG-OSITRAN toda vez que las circunstancias antes mencionadas resultan relevantes al momento de determinar la cuantía de la sanción.

ii) Respetto de la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor

Sobre este punto, con la Resolución de Gerencia General N° 064-2009-GG-OSITRAN, se indica que *"(...) en virtud a lo establecido en el Contrato de Concesión, la empresa concesionaria conocía perfectamente la obligación de tutela que debía ejercer para proteger el Medio Ambiente, no obstante ello, incumplió con dicha obligación. Si bien lo sucedido no nos permite afirmar si existió o no intencionalidad, lo que si se evidencia es que hubo negligencia inexcusable por parte de la empresa concesionaria Concesión Canchaque S.A. para el cumplimiento de la obligación contractual aludida."*

Conforme se indicó anteriormente, se considera que el Concesionario no puede alegar como eximente de responsabilidad el supuesto error en cuanto a la habilitación en el EDI de la zona "La Alberca" como DME, puesto que, de acuerdo a lo señalado en la Sección XIII del Contrato de Concesión, es deber del Concesionario cumplir con las especificaciones y medidas definidas en el EIA por lo que se concuerda con lo analizado por la Gerencia General.

De otro lado, en cuanto a si hubo o no intencionalidad del infractor para incumplir con las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión, concordamos con lo señalado en la Resolución de Gerencia General N° 064-2009-GG-OSITRAN respecto a que no es posible advertir intención de CANCHAQUE de cometer la infracción pero sí se percibe negligencia de su parte, puesto que las condiciones y procedimientos para la aprobación y modificación del EIA se encuentran claramente establecidos en el Contrato de Concesión.

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 CANCHAQUE a cumplir con las obligaciones contractuales asumidas, máxime si la obligación se encuentra referida a aspectos socio ambientales.

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 61º del RIS¹⁰, 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 la sanción de diez (10) UIT's impuesta a CANCHAQUE a través de la Resolución N° 064-2009-GG-OSITRAN, al haber utilizado como Depósito de Material Excedente la zona denominada "La Alberca" incumpliendo con una obligación de tutela en materia de protección del Medio Ambiente, comportamiento que se encuentra tipificado como infracción Grave en el Artículo 13º del RIS.

POR LO EXPUESTO y en base al análisis contenido en el Informe N° 002-10-GAL-OSITRAN en aplicación de lo dispuesto en el Literal f) del Artículo 53º 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 N° 337 de fecha 20 de enero de 2010;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación de fecha 18 de diciembre de 2009 interpuesto por la empresa Concesión Canchaque S.A. contra la Resolución de Gerencia General

10

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.

Nº 064-2009-GG-OSITRAN, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la Resolución de Gerencia General Nº 064-2009-GG-OSITRAN que impone una sanción a la empresa Concesión Canchaque S.A., la misma que asciende al pago de una multa de diez (10) UIT's.

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

CUARTO.- NOTIFICAR a la empresa Concesión Canchaque 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.PD Nº 1740-10