

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, 09 de septiembre de 2009

Nº 031-2009-CD-OSITRAN

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

VISTOS:

El Informe Nº 040-09-GAL-OSITRAN, el Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia General Nº 032-2009-GG-OSITRAN, así como el proyecto de resolución correspondiente, presentado en sesión de fecha 09 de septiembre de 2009;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

- 1.1. Con fecha 17 de agosto de 1999 el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en calidad de EL CONCEDENTE y TISUR en calidad de EL CONCESIONARIO, suscriben el Contrato de Concesión para el Terminal Portuario de Matarani.
- 1.2. Con Carta Nº 017-2008 TISUR/GG de fecha 29 de enero de 2008, recibida en OSITRAN el 05 de febrero de 2008, TISUR remite el Informe de Cobertura de las Pólizas de Seguros tomadas, de acuerdo a lo señalado en el Contrato de Concesión.
- 1.3. Con Carta Nº 010-2009 TISUR/GG de fecha 30 de enero de 2009, recibida en OSITRAN el 04 de febrero de 2009, TISUR remite el Informe de Cobertura de las Pólizas de Seguros tomadas, de acuerdo a lo señalado en el Contrato de Concesión.
- 1.4. Con fecha 03 de abril de 2009 la Gerencia de Supervisión recibe el Informe Nº 287-09-GS-OSITRAN, mediante el cual se sustenta el hallazgo materia del presente procedimiento.

- 1.5. El día 21 de abril de 2009, mediante Oficio N° 1237-09-GS-OSITRAN se notificó a la empresa concesionaria TISUR, el presunto incumplimiento al que habría incurrido y en base al Informe N° 287-09-GS-OSITRAN se le notifica que:

“(…)

Habría incumplido con la obligación de presentar el Informe de Cobertura, dentro del plazo establecido en la Cláusula 20.7 del Contrato de Concesión en forma repetida, para los años 2008 y 2009.

Dicho incumplimiento está tipificado en el artículo 38° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) que fuera aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN.

(…)”

- 1.6. El 05 de mayo de 2009, mediante Carta N° 055-2009-TISUR/GG, la empresa concesionaria TISUR presentó sus descargos.
- 1.7. Mediante Oficio Circular N° 009-09-GG-OSITRAN, recibido por TISUR el 23 de junio de 2009, se notificó la Resolución de Gerencia General N° 032-2009-GG-OSITRAN, en donde se resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: *Declarar que la empresa concesionaria TISUR no cumplió con presentar el Informe de Cobertura para el año 2008 y 2009 respectivamente, en el plazo establecido en la Cláusula 20.7 del Contrato de Concesión, tipificado en el artículo 38° del RIS como una infracción GRAVE.*

SEGUNDO: *Imponer a la empresa concesionaria TISUR., como sanción, por el incumplimiento referido en el artículo primero de la presente Resolución, una multa equivalente a dos (2) 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 concesionaria TISUR.*

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

1.8. Con fecha 13 de julio de 2009, TISUR interpuso recurso de apelación en contra de la Resolución de Gerencia General N° 032-2009-GG-OSITRAN, en base a los siguientes principales argumentos:

- Se están afectando los Principios de Tipicidad y Legalidad al sancionar una conducta que la norma no contempla; y, además se está creando un supuesto sancionable que no está contemplado en la norma aplicable.
- Sobre el particular, TISUR precisa que el análisis que debió hacer la Administración de OSITRAN para determinar la procedencia de la aplicación de una sanción es, si es que la demora en la cual incurrió, resultaba significativa.
- Considerar significativa una demora de 6 y 4 días hábiles en los años 2008 y 2009, respectivamente, constituye una afectación al Principio de Razonabilidad, al no mantenerse la debida proporción entre los medios a emplear (sanción) y los fines públicos que deba tutelar (Contrato de Concesión), a efectos que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

II. ANÁLISIS 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 la Gerencia General N° 032-2009-GG-OSITRAN, fue notificada a TISUR a través del Oficio Circular N° 009-09-GG-OSITRAN con fecha 23 de junio de 2009.

- 2.4. De conformidad con la documentación que obra en el expediente administrativo sancionador, TISUR interpuso el recurso de apelación el día 13 de julio 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, 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 TISUR se encuentra debidamente tipificada.
 - b) Si la sanción aplicada a TISUR cumple con el principio de Razonabilidad en materia administrativa.

IV. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

4.1 Si la infracción atribuida a TISUR se encuentra debidamente tipificada

a) *La posición de la recurrente*

TISUR afirma que el Artículo 38º del RIS sanciona dos conductas diferenciadas que son: i) No entregar la información y/o documentación establecidas en los Contratos de Concesión; y, ii) Entregar con tardanza significativa la información y/o documentación requerida por las normas o el Contrato de Concesión.

Agrega, asimismo, que la resolución apelada de manera errada introduce o crea un tercer supuesto no contemplado en la norma.

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

La Cláusula 20.7º del Contrato de Concesión establece la obligación de TISUR de presentar antes del 30 de enero de cada año, el Informe de Cobertura, tal como se aprecia a continuación:

*“20.7 Informe de Cobertura **Antes del 30 de enero de cada año** y durante la Vigencia de la Concesión, el Concesionario presentará a OSITRAN:*

20.7.1 Una lista de las pólizas de seguro a ser tomadas y/o mantenidas por el Concesionario durante el año en cuestión, indicando al menos la cobertura, la compañía aseguradora y las reclamaciones hechas durante el año anterior; y

20.7.2 Un certificado emitido por el representante autorizado de la compañía aseguradora indicando que el Concesionario ha cumplido durante el año anterior con los términos de la presente cláusula.

(Lo resaltado es nuestro)

Como puede observarse, en virtud de lo dispuesto en la precitada cláusula, existe objetivamente una OBLIGACIÓN de TISUR de presentar información relativa a la cobertura de las pólizas de seguros vigentes de la concesión.

Por su parte, el RIS tipifica a dicho incumplimiento contractual como una conducta sancionable, de acuerdo al siguiente artículo:

“Artículo 38º.- No entregar información

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

(Lo resaltado y subrayado es nuestro)

De esta manera, en el presente procedimiento, observamos que la Gerencia de Supervisión procedió a tipificar la infracción, por incumplimiento de TISUR de la Cláusula 20.7 del Contrato de Concesión, al no presentar a OSITRAN el Informe de Cobertura antes del 30 de enero del 2008 y del 2009, respectivamente.

En relación al cumplimiento de la obligación de entregar información, TISUR tanto en su escrito de descargos como en el de apelación, han reconocido la demora o retraso.

Lo que llama la atención en el presente caso es que no obstante reconocer el incumplimiento de la obligación contractual durante dos (2) años consecutivos, es decir, durante los años 2008 y 2009; sin embargo, tanto en el escrito de descargos, como en la Apelación, nunca explicaron la justificación por las omisiones cometidas, sino que por el contrario, buscan justificar que las conductas infractoras son no sancionables por el hecho que el incumplimiento contractual no ha causado perjuicio alguno y no ha sido significativo¹.

Al respecto y tal como se ha explicado en los párrafos precedentes, queda evidenciado que el incumplimiento contractual por parte del Concesionario se encuentra tipificado dentro del primer supuesto contemplado en el Artículo 38º del RIS, es decir, cuando se establece que la Entidad Prestadora no entregue a OSITRAN la información y/o documentación en las condiciones y plazos a que se contrae el Contrato de Concesión.

En ese sentido, habiendo existido un incumplimiento absoluto y objetivo respecto de una obligación contractual, que responde a la voluntad común de las partes y que debe respetar el Principio de Vinculación Contractual consagrado en el Código Civil el cual establece que **“Los contratos son obligatorios en cuanto se hayan expresado en ellos...”**; razón por la cual no cabría aplicar el segundo supuesto del referido Artículo 38º del RIS, es decir, lo referido a la entrega de la información con Tardanza Significativa.

¹ TISUR alega que los Informes de Cobertura de los años 2008 y 2009 se realizaron sin que la tardanza en la que se incurrió pueda ser calificada de significativa y que ello se ha reconocido expresamente en el Informe N° 287-09-GS-OSITRAN acompañado al Oficio N° 1237-09-GS-OSITRAN.

Agrega TISUR que del informe citado se desprende que la tardanza en la que se incurrió al dar cumplimiento a lo dispuesto por el Numeral 20.7 del Contrato de Concesión no ha sido significativa toda vez que no se ha ocasionado afectaciones contra los usuarios finales, usuarios intermedios, OSITRAN ni el Estado Peruano, así como tampoco se ha obtenido un beneficio adicional con el envío extemporáneo del Informe de Cobertura.

En consecuencia, queda acreditada la infracción cometida por TISUR, al no entregar la información relativa a los Informes de Coberturas de las Pólizas vigentes, en los plazos y condiciones a que se contrae el contrato de concesión.

En virtud de lo expuesto, el incumplimiento contractual cometido por TISUR resulta una infracción que se encuentra contemplada por la normatividad vigente, motivo por el cual se deberá declarar infundado, en este extremo, el recurso de apelación interpuesto.

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

Con la finalidad de evaluar si la sanción impuesta mediante la Resolución de Gerencia General N° 032-2009-GG-OSITRAN es acorde con el nivel de gravedad del incumplimiento por parte de TISUR 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 Artículo 230° Numeral 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, a efectos de su graduación:

- 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.

4.2.1. Respecto a la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido y al perjuicio económico causado.

Sobre estos aspectos, TISUR reitera los términos del Informe N° 287-09-GS-OSITRAN que sustentó la Resolución N° 032-2009-GG-OSITRAN en el sentido que la conducta infractora no *“...ha ocasionado afectaciones contra los usuarios finales, usuarios intermedios, OSITRAN ni el Estado Peruano...”*

En relación a ello, si bien es cierto que no se ha verificado que el incumplimiento contractual haya generado algún perjuicio a los usuarios, lo cierto es que dicho documento debe ser entregado a OSITRAN dentro de un plazo determinado para efectos que el Supervisor Económico Financiero elabore, de manera oportuna, el informe a través del cual se compruebe que las Pólizas se encuentran

contratadas y que, además de ello, se encuentren cubiertos los montos de siniestralidad. Este Informe forma parte del Plan de la Gerencia de Supervisión, para el cabal cumplimiento de sus funciones.

No obstante ello, al entregarse el *Informe de Cobertura* fuera del plazo establecido en el Contrato de Concesión, se desprende que el nivel de cobertura y cumplimiento de las Pólizas de Seguros estaban vigentes a la fecha del plazo máximo para su presentación, encontrándose coberturados los posibles siniestros en caso de haberse producido; razón por la cual se evidencia que el incumplimiento de entrega de información por parte de TISUR no ha ocasionado un perjuicio a terceros.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, respecto a que el incumplimiento contractual por parte de TISUR no ocasionó un daño a terceros ni un perjuicio económico, debe señalarse que es el propio RIS el que califica de GRAVE la infracción, al establecer que *“La Entidad Prestadora que en relación a OSITRAN o a terceros que actúen con su autorización, no entregue, o lo haga con tardanza significativa, la información y/o documentación en las condiciones y plazos a que se contraen los Contratos de Concesión y documentos conexos o la legislación aplicable, incurrirá en **infracción grave**”*.

En ese sentido, no cabe discrecionalidad alguna, respecto de poder graduar la gravedad del daño así como tampoco el límite o nivel de dicha gravedad.

4.2.2. Respecto a la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción así como de las circunstancias de la comisión de la infracción

En lo referido a si hubo repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, no obstante que la Cláusula 20.7 del Contrato de Concesión establece claramente la oportunidad en la cual el Concesionario se encuentra obligado a presentar el Informe de Cobertura de las Pólizas contratadas, cabe mencionar que TISUR incumplió en la presentación oportuna de los referidos informes durante los años 2008 y 2009.

Con la Resolución de Gerencia General N° 032-2009-GG-OSITRAN, se consideró que la situación configuraba una repetición en la comisión de la conducta infractora.

Sobre el particular, el incumplimiento de TISUR de presentar los Informes de Cobertura de los años 2008 y 2009 dentro del plazo estipulado en el Contrato de Concesión, no puede ser considerado como una repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, tal como lo estimó la Resolución N° 032-2009-GG-OSITRAN, dado que dicha situación no se encuentra enmarcada dentro de los supuestos establecidos en el Numeral 7 del Artículo 230° de la LPAG².

En lo que respecta a las circunstancias de la comisión de la infracción, se debe de tomar en consideración que en dicha ocasión, TISUR subsanó el incumplimiento, remitiendo la información con posterioridad a la fecha establecida en el Contrato de Concesión, por lo que dicha circunstancia fue tomada en consideración por la Gerencia General como un criterio atenuante de la sanción a imponer.

Al respecto, coincidimos en este último extremo de la evaluación realizada, en su oportunidad, por la Gerencia General.

4.2.3. Respetto al beneficio ilegalmente obtenido

Sobre estos aspectos, TISUR reitera los términos del Informe N° 287-09-GS-OSITRAN que sustentó la Resolución N° 032-2009-GG-OSITRAN en el sentido que con la conducta infractora *“No se ha evidenciado que la empresa concesionaria TISUR haya obtenido beneficios adicionales con el envío extemporáneo del Informe de Cobertura”*.

Este aspecto fue tomado en cuenta por la Gerencia General al momento de la graduación de la sanción, puesto que consideró que no se evidenció beneficios a favor de TISUR por la conducta infractora.

²Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

7. Continuación de infracciones.- Para determinar la procedencia de la imposición de sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días hábiles desde la fecha de la imposición de la última sanción y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.

Las entidades, bajo sanción de nulidad, no podrán atribuir el supuesto de continuidad y/o la imposición de la sanción respectiva, en los siguientes casos:

a) Cuando se encuentre en trámite un recurso administrativo interpuesto dentro del plazo contra el acto administrativo mediante el cual se impuso la última sanción administrativa.
b) Cuando el recurso administrativo interpuesto no hubiera recaído en acto administrativo firme.
c) Cuando la conducta que determinó la imposición de la sanción administrativa original haya perdido el carácter de infracción administrativa por modificación en el ordenamiento, sin perjuicio de la aplicación de principio de irretroactividad a que se refiere el inciso 5."

Al respecto, coincidimos en este extremo con la decisión adoptada mediante la Resolución de Gerencia General N° 032-2009-GG-OSITRAN en vista que el Concesionario no obtuvo ningún tipo de beneficio (lícito o ilícito), con la realización de la conducta objeto del presente proceso, situación que fue debidamente considerada al momento de determinar la cuantía de la sanción.

4.2.4. Respeto de la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor

En cuanto a la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor, y teniendo en consideración que TISUR no ha explicado las razones que justificaron la omisión cometida, la Resolución de Gerencia General N° 032-2009-GG-OSITRAN no mencionó si este criterio ha sido tomado en consideración al momento de determinar la cuantía de la sanción.

Respecto de ello, es decir, si existió o no intencionalidad por parte de TISUR, los plazos y condiciones establecidos en la Cláusula 20.7 del Contrato de Concesión se encuentran objetivamente definidos, por lo que en el presente caso, no se requiere acreditar intencionalidad o culpabilidad como factor de graduación de la sanción administrativa.

En tal sentido, esta actuación negligente es sancionable per sé como infracción grave, por lo que somos de la opinión que este criterio no deberá considerarse como agravante al momento de graduar la sanción.

Por tales argumentos, se deberá considerar este aspecto al momento de graduar la sanción.

De la evaluación y análisis de los criterios que determinan la cuantía de la sanción a imponer, se considera que la sanción parte de una multa base, de acuerdo a la Escala de Sanciones prevista en el

Artículo 61º del RIS³ que establece como Tope para las Sanciones Graves, hasta 60 UITs de multa; considerándose como multa base 1 UIT, la misma que será graduada según los criterios descritos bajo el Principio de Razonabilidad; por lo que corresponde **REVOCAR** la multa impuesta a TISUR a través de la Resolución N° 032-2009-GG-OSITRAN, a efectos que se considere una (1) UIT, por concepto de sanción al haber incumplido con presentar el Informe de Cobertura durante los años 2008 y 2009, respectivamente, dentro del plazo establecido en la Cláusula 20.7 del Contrato de Concesión.

POR LO EXPUESTO y en base al análisis contenido en el Informe N° 040-09-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 de fecha 09 de septiembre de 2009;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR EN PARTE la Resolución de Gerencia General N° 032-2009-GG-OSITRAN en el extremo que impuso una multa de dos (02) UIT's a la empresa Concesionaria TISUR, reformándose dicho extremo a efectos de imponerle una sanción de una (1) UIT, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

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

TERCERO.- NOTIFICAR a la empresa TISUR la presente resolución.

3

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.

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

QUINTO.- 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 N° 16684-09