



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Nº 057-2015-CD-OSITRAN

Lima, 14 de septiembre de 2015

VISTOS:

El Recurso de Apelación presentado por la Entidad Prestadora GYM FERROVÍAS S.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 045-2015-GG-OSITRAN, el Informe N° 110-2015-GAJ-OSITRAN elaborado por la Gerencia de Asesoría Jurídica, y los demás documentos que obran en el Expediente Administrativo, y;

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 11 de abril de 2011, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, Concedente) y GYM Ferrovías S.A. (en adelante, Concesionario) suscribieron el Contrato de Concesión del Proyecto Especial del Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, Línea 1, Villa El Salvador – Av. Grau – San Juan de Lurigancho (en lo sucesivo, el Contrato de Concesión);

Que, la función fiscalizadora y sancionadora que ejercen los Organismos Reguladores como OSITRAN, 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, conforme establece el literal d) del artículo 3.1 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos;

Que, con fecha 27-12-2013, mediante Oficio N° 5637-2013-GAS-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización solicitó al Concesionario los información relativa al documento denominado "Reporte de Garantía", correspondiente a los meses de agosto, setiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2013, emitidos por la firma ALSTOM, con el registro y análisis mensual de la evolución de la fiabilidad de los trenes, acotando que, en adelante debía remitir dichos reportes de garantía, en la oportunidad que se remite los informes mensuales a que hace referencia la cláusula 2.33 del Anexo 7 del Contrato de Concesión;

Que, desconociendo el requerimiento de información realizado por este Organismo Regulador, con fecha 15-01-2014, mediante CARTA/METRO/OSITRAN/019/2014, el Concesionario manifestó que no le correspondía la remisión a OSITRAN de ningún documento emitido por sus proveedores o contratistas bajo el marco de contratos privados;

Que, mediante Oficio N° 2986-2014-GSF-OSITRAN, con fecha 06-06-2014, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización notificó a la empresa GyM Ferrovías S.A., el presunto incumplimiento de la obligación establecida en el artículo 13° literal c) del Reglamento General de Supervisión, al no cumplir con entregar la información solicitada expresamente por el Regulador, a través del Oficio N° 5637-2013-GSF-OSITRAN;





Que, con fecha 20 de junio de 2014, la empresa Concesionaria GyM Ferrovías S.A. remitió a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización de OSITRAN, la CARTA/METRO/OSITRAN/0439/2014, documento mediante el cual presentó sus descargos a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización en su calidad de órgano instructor;

Que, luego de la evaluación correspondiente, mediante Resolución de Gerencia General N° 045-2015-GG-OSITRAN¹, la Gerencia General de OSITRAN resolvió, en primera instancia administrativa, imponer una multa equivalente a quince (15) UIT's al Concesionario, por incumplir con la obligación establecida en el artículo 13° literal c) del Reglamento General de Supervisión, al no cumplir con entregar la información solicitada por OSITRAN, a través del Oficio N° 5637-2013-GSF-OSITRAN;

Que, dentro del plazo perentorio previsto en el artículo 72° de Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS) de OSITRAN², y el artículo 207° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General – LPAG, el Concesionario interpuso recurso de apelación contra la aludida Resolución de primera instancia; razón por la cual, y por cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 113° de la LPAG, corresponde que se admita a trámite y se resuelva el mismo;

Que, mediante Memorando N° 256-15-GAJ-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN solicitó a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos de OSITRAN, emitir opinión respecto de la cuantificación de la multa impuesta mediante Resolución de Gerencia General N° 045-2015-GG-OSITRAN, así como efectuar el cálculo de la multa que correspondería aplicar al Concesionario;

Que, mediante Informe N° 050-15-GRE-OSITRAN, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos de OSITRAN dio respuesta al requerimiento formulado;

Que, mediante Informe N° 110-2015-GAJ-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Jurídica de OSITRAN, luego de analizar el Expediente Administrativo, así como el escrito que contiene los argumentos del recurso de apelación presentado por el Concesionario respecto de la Resolución N° 045-2015-GG-OSITRAN, concluye señalando que:

- La tipificación realizada por la primera instancia no se sustenta en el supuesto “y/u otros” contenido en el artículo 30.2 del RIS, como alega el apelante; destacándose que ésta tipificó el incumplimiento del Concesionario en el marco del referido artículo, acotando enfáticamente que se configuró la infracción del Concesionario, al no entregar la información solicitada por el Regulador (en una acción de supervisión), relacionada a la operación de servicios públicos y bienes.
- Sin perjuicio de ello, cabe acotar que dicho supuesto normativo, *per se*, tampoco es contrario a derecho, toda vez que las acciones de supervisión de similar naturaleza a las señaladas en el artículo 30.2 del RIS, que pueden ser consideradas dentro de los términos “y/u otros” de la mencionada norma, se encuentran debidamente detalladas en las normas reglamentarias descritas en el presente informe, así como en

¹ Notificada al Concesionario con fecha 30 de marzo de 2015, mediante Oficio N° 110-2015-GG-OSITRAN.

² Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN y sus modificatorias.





lógicos, técnicos o de experiencia, que permiten prever, con suficiente seguridad, la naturaleza y características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción; los cuales por cierto, son señalados por la administración, cuando tipifica e imputa una infracción en base a dicho extremo normativo.

- No resulta justificado, bajo ningún punto de vista, que unilateralmente la Entidad Prestadora pretenda determinar qué incidencias tiene o no que informar y reportar al Regulador con respecto al Material Rodante; menos aún, invocando la cláusula 8.1 del Contrato de Concesión, la cual, de modo claro y explícito establece que la libertad en la gestión y conducción del negocio que tiene el Concesionario, debe ejercerse dentro de los límites contenidos en el Contrato de Concesión, las Bases y las Leyes Aplicables; siendo claro que los referidos instrumentos jurídicos reconocen por un lado, la facultad que tiene el Regulador de solicitar la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones, y por otro, la obligación del Concesionario de proveer la información que le sea requerida por esta entidad.
- De las disposiciones contractuales y legales analizadas en el presente informe, se reafirma que, en ningún caso, el ejercicio de la función supervisora del Regulador estará sujeta a autorizaciones, permisos o cualquier manifestación de voluntad del Concesionario; remarcándose una vez más, que éste debe facilitar la revisión de su documentación, archivos y otros datos que requiera el Regulador; siendo importante recordar a los administrados que el incumplimiento de entrega de información por parte de los Concesionarios al Regulador, se sujeta a lo a lo dispuesto en el RIS.
- De acuerdo a lo señalado por la GRE en el Informe N° 050-15-GRE-OSITRAN, en casos como el que es materia de análisis, en los que no se advierte un beneficio ilícito por el infractor, corresponde aplicar una multa "ex ante", ascendente a 7% de la UIT por cada día de atraso en remitir información al Regulador. En ese sentido, en el presente procedimiento administrativo sancionador, la negativa del Concesionario en presentar la información requerida por el Oficio N° 5637-2013-GSF-OSITRAN, tiene un retraso de 143 Días Calendario, por lo que la multa a imponer, luego de ponderar los agravantes y atenuantes, equivale a 10.01 UIT, debido a ello corresponde reducir la multa impuesta de 15 UIT a 10.01 UIT.

Que, de este modo, la Gerencia de Asesoría Jurídica advierte que la impugnación presentada carece de sustento jurídico, por lo que recomienda que el recurso de apelación presentado por el Concesionario, sea declarado infundado, salvo en el extremo referido a la cuantía de la multa, la cual, en atención al análisis económico contenido en Informe de la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos N° 050-15-GRE-OSITRAN, debe reducirse a 10.01 UITs;

Que, luego de revisar y discutir el Informe N° 110-2015-GAJ-OSITRAN, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho Informe, razón por la cual lo constituye como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 6.2 del artículo 6 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General;





Que, en atención a las facultades y atribuciones establecidas en la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, la Ley N° 27332, Ley Marco de la Inversión Privada en Servicios Públicos, y lo dispuesto en el artículo 72° del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar fundado en parte el recurso de apelación presentado por la GYM Ferrovías S.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 045-2015-GG-OSITRAN, por los fundamentos expuestos en el Informe N° 110-2015-GAJ-OSITRAN, de la Gerencia de Asesoría Jurídica, y en consecuencia, modificar la multa equivalente a 15 UIT impuesta, debiendo imponerse como sanción una multa ascendente a 10.01 UIT.


Artículo 2°.- Disponer que la Gerencia de Supervisión y Fiscalización requiera nuevamente al Concesionario GYM Ferrovías S.A., la remisión de los "Reportes de Garantía" emitidos por la firma ALSTOM, para verificar el comportamiento del Material Rodante Adquirido, bajo apercibimiento de adoptar las medidas legales que correspondan.

Artículo 3°.- Notificar la presente Resolución, así como el Informe N° 110-15-GAJ-OSITRAN, a la empresa GyM Ferrovías.

Artículo 4°.- Poner en conocimiento la presente Resolución, así como el Informe N° 110-15-GAJ-OSITRAN, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente, a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización y a la Oficina de Comunicación Corporativa, para los fines correspondientes.

Artículo 5°.- Disponer la publicación de la presente Resolución en el Portal Institucional (www.ositran.gob.pe), y conforme establecen las disposiciones legales vigentes.

Regístrese, comuníquese y publíquese.


PATRICIA BENAVENTE DONAYRE
Presidente del Consejo Directivo



Reg. Sal. 35608