



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

N° 028-2017-CD-OSITRAN

Lima, 04 de septiembre de 2017

VISTOS:

El Recurso de Apelación presentado por Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 043-2017-GG-OSITRAN; el Informe N° 109-17-GAJ-OSITRAN de fecha 29 de agosto de 2017, emitido por la Gerencia de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 09 de setiembre de 2009 se suscribió el "Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Paita" (en adelante, Contrato de Concesión) entre el Estado Peruano representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones - MTC (en adelante, el Concedente) y la empresa Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. (en adelante, el Concesionario);

Que, la Resolución de Gerencia General N° 043-2017-GG-OSITRAN, que integra el Informe N° 0028-2017-JFI-GSF-OSITRAN, notificada al Concesionario el 15 de marzo de 2017, a través del Oficio N° 117-17-GG-OSITRAN, resolvió, entre otros, lo siguiente:

"Artículo 1.- Declarar que la Sociedad Concesionaria Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. incumplió la obligación establecida en los artículos 76 y 72 del Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN, al haberse verificado que incurrió en 83 días hábiles de atraso en la remisión al OSITRAN de los proyectos de Adenda para la renovación de los Contratos de Acceso para la prestación del servicio de practicaje de las empresas Trabajos Marítimos S.A. (TRAMARSA, Ian Taylor Perú S.A.C. (IAN TAYLOR) y Triton Maritime Services S.A.C. (TRIMSER); conducta que constituye la infracción prevista en el artículo 38 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN; conforme a los fundamentos expuestos en el Informe N° 0028-2017-JFI-GSF-OSITRAN, emitido por la Jefatura de Fiscalización, y de la Nota N° 055-2017-GSF-OSITRAN de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización.

Artículo 2.- Imponer a la empresa Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A., a título de sanción, la multa de 12 UIT, por el incumplimiento de la obligación establecida en los artículos 76 y 72 del Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN, por las consideraciones precedentemente expuestas"

Que, con fecha 03 de abril del 2017, el Concesionario interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 043-2017-GG-OSITRAN. En dicho recurso, el Concesionario solicitó el uso de la palabra ante el Consejo Directivo, en su calidad de superior jerárquico del órgano resolutor de primera instancia, esto es, de la Gerencia General. Cabe indicar que el referido recurso se interpuso en base al argumento que la primera instancia ha incurrido en una tipificación errónea al subsumir el incumplimiento de la obligación establecida en los artículos 72° y 76° del REMA, en el artículo 38° del RIS, puesto que este último hace referencia a las infracciones en el marco de las acciones de supervisión, y no a las infracciones relativas ante el incumplimiento del REMA, vulnerándose así el principio de tipicidad;

Que, con fecha 02 de agosto de 2017, se realizó la audiencia de uso de la palabra del Concesionario ante el Consejo Directivo, en el cual presentó sus argumentos que sustentan su recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 0043-2017-GG-OSITRAN;



OSITRAN
EL REGULADOR DE LA INFRAESTRUCTURA
DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO



Que, mediante Carta s/n de fecha 07 de agosto de 2017, el Concesionario presentó un escrito en el que da cuenta de los argumentos adicionales a su escrito de impugnación, expuestos en la audiencia de uso de la palabra, relativos al cálculo de la multa y del supuesto beneficio ilícito;

Que, luego del análisis efectuado, la Gerencia de Asesoría Jurídica (en adelante, GAJ) mediante el Informe N° 109-17-GAJ-OSITRAN, recomendó declarar infundado el Recurso de Apelación presentado por el Concesionario, conforme a lo siguiente:

- La primera instancia ha evaluado correctamente los hechos que identifican el tipo infractor atribuido en el artículo 38° del RIS; habiéndose acreditado que el Concesionario no cumplió con remitir los proyectos de adendas para la renovación de los Contratos de Acceso dentro del plazo establecido, conforme a los artículos 72° y 76° del REMA, motivo por el cual no se aprecia una vulneración al Principio de Tipicidad.
- Para hallar la cuantía de la multa impuesta al Concesionario por la primera instancia, se utilizó una metodología consistente al multiplicar el costo del trámite de un Procedimiento Administrativo Sancionador – PAS (7% UIT) por cada día calendario y el periodo de incumplimiento contabilizado también en días calendario (120), por lo que el argumento del Concesionario en este extremo debe ser desestimado.
- El cálculo de la multa ha empleado una metodología que garantiza la proporcionalidad de la multa respecto a la conducta infractora del Concesionario, sin que los argumentos del mismo hayan desvirtuado el referido cálculo por lo que el argumento del Concesionario en este extremo debe ser desestimado.
- Se recomienda declarar infundado el Recurso de Apelación interpuesto por el Concesionario contra la Resolución de Gerencia General N° 043-2017-GG-OSITRAN, por los fundamentos antes expuestos.

Que, tal como lo manifiesta la GAJ en el Informe N° 109-17-GAJ-OSITRAN, en el marco de las atribuciones otorgadas a través de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, que aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN mediante el literal g) del Acuerdo N° 1820-546-15-CD-OSITRAN acordó disponer que las actuaciones y/o procedimientos iniciados en aplicación de los documentos normativos preexistentes al Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, culminarán su trámite de acuerdo a dichas disposiciones normativas, por lo que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 72 del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS), corresponde al Consejo Directivo evaluar los argumentos del recurso de apelación;

Que, luego de revisar el Informe de vistos, 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° del TUO LPAG;

Por lo expuesto, en virtud a las facultades conferidas en el artículo 5° de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN; el numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos; el Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM y sus modificatorias; el literal g) del Acuerdo N° 1820-546-15-CD-OSITRAN; el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN;





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Consejo Directivo

SE RESUELVE:

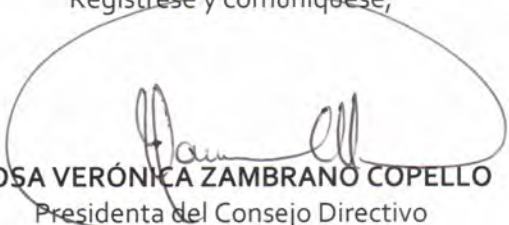
Artículo 1.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 043-2017-GG-OSITRAN, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- Declarar que la presente Resolución tiene carácter ejecutivo, siendo el plazo de Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. para el pago de la sanción establecida en la Resolución de Gerencia General N° 043-2017-GG-OSITRAN, de quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la presente Resolución, conforme a lo establecido en los artículos 74 y 75 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN y sus modificatorias.

Artículo 3.- Notificar la presente Resolución, así como el Informe N° 109-17-GAJ-OSITRAN, a Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A.; asimismo, poner tales documentos en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente y, de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, para los fines correspondientes de acuerdo a ley.



Regístrese y comuníquese,


ROSA VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO
Presidenta del Consejo Directivo

Reg. Sal. CD N° 31728-17

INFORME N° 109-17-GAJ-OSITRAN

A : **JUAN CARLOS MEJÍA CORNEJO**
Gerente General

De : **JORGE ARTOLA GRADOS**
Gerente de Asesoría Jurídica (e)

Asunto : Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia General N°
043-2017-GG-OSITRAN

Referencia : Expediente N° 026-2014-GSF-OSITRAN

Fecha : 29 de agosto de 2017

OSITRAN
GERENCIA GENERAL

29 AGO 2017

RECIBIDO

Firma: Hora: 11:07

OSITRAN
SECRETARIA CONSEJO DIRECTIVO

29 AGO 2017

RECIBIDO

Firma: Hora: 11:41

I. OBJETIVO

1. El objetivo del presente informe es emitir opinión respecto del Recurso de Apelación interpuesto por Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 043-2017-GG-OSITRAN, mediante la cual se le impuso una multa de 12 UIT por el incumplimiento de los artículos 72° y 76° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, tipificado en el artículo 38° del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN (en adelante, RIS).

II. ANTECEDENTES

2. El 09 de setiembre de 2009 se suscribió el "Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Paita" (en adelante, Contrato de Concesión) entre el Estado Peruano representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones - MTC (en adelante, el Concedente) y la empresa Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. (en adelante, el Concesionario o TPE).
3. Mediante Carta N° 046-2014 TPE/GG recibida el 11 de marzo de 2014, el Concesionario solicitó al Regulador autorizar los proyectos de Adendas a los Contratos de Acceso para la prestación del servicio de practica que brindan las empresas Trabajos Marítimos S.A. (TRAMARSA), Triton Maritime Services S.A.C. (TRIMSER) e Ian Taylor Perú S.A.C. (IAN TAYLOR), adjuntando la adenda respectiva, el Acta de negociación y la Declaración Jurada respectiva.
4. Mediante Acta de Inspección N° 071-2014-GS-OSITRAN de fecha 14 de marzo de 2014, se dejó constancia de la no comunicación oportuna a OSITRAN, incumpliendo lo señalado en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público del OSITRAN (REMA), sobre la remisión de la renovación de los Contratos de Acceso.
5. Mediante Informe N° 892-2014-GSF-OSITRAN de fecha 26 de marzo de 2014, la entonces Jefatura de Puertos concluyó que la Concesionaria habría incumplido lo establecido en los artículos 72° y 76° del REMA, al no haber comunicado y remitido oportunamente al Regulador las renovaciones (Adendas) de los Contratos de Acceso



J

para la prestación del servicio de Practicaje en el Terminal Portuario de Paita y recomendó se evalué el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador.

6. Mediante Nota N° 395-14-GSF-OSITRAN de fecha 21 de abril de 2014, se solicitó prórroga del plazo para culminar la evaluación del hallazgo correspondiente.
7. Con Oficio N° 2820-2014-GSF-OSITRAN recibido el 27 de mayo de 2014 se notificó al Concesionario la imputación de cargos por el presunto incumplimiento en que éste habría incurrido.
8. Mediante Carta N° 113-2014/GG-TPE recibida el 09 de junio de 2014, el Concesionario remitió sus descargos respecto de la imputación acotada en el Oficio N° 2820-2014-GSF-OSITRAN.
9. Mediante Proveído N° 806-2014-GG de fecha 08 de agosto de 2014, la Gerencia General remitió la Nota N° 781-14-GSF-OSITRAN, señalando para el día 13 de agosto de 2014, a horas 10:00 de la mañana, la fecha para el uso de la palabra solicitado por el Concesionario.
10. Con Oficio N° 4307-2014-GSF-OSITRAN recibido el 12 de agosto de 2014, se comunicó al Concesionario la fecha y hora para el uso de la palabra.
11. Mediante Nota N° 0341-2015-GSF-OSITRAN de fecha 31 de marzo de 2015, la Jefatura de Fiscalización solicitó a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización informe respecto del uso de la palabra concedido a la Concesionaria mediante el Oficio N° 4307-2014-GSF-OSITRAN.
12. Mediante Memorando N° 0729-2015-GSF-OSITRAN de fecha 01 de abril de 2015, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización remitió la Declaración Jurada a través del cual se dejó constancia de la realización del uso de la palabra por parte de la Concesionaria el día 13 de agosto de 2014, en las oficinas de OSITRAN.
13. Mediante Informe N° 0028-2017-JFI-GSF-OSITRAN de fecha 10 de marzo de 2017, la Jefatura de Fiscalización concluyó que el Concesionario incumplió la obligación establecida en los artículos 72° y 76° del REMA, al haberse verificado un retraso de 83 días hábiles en la remisión a OSITRAN de los proyectos de adenda para la renovación de los Contratos de Acceso para la prestación del Servicio de Practicaje de las empresas TRAMARSA, TRIMSER e IAN TAYLOR, constituyendo una infracción grave de conformidad con el artículo 38° del RIS; y recomendó la imposición de una sanción consistente en una multa de 12 UIT.
14. Mediante Nota N° 0055-2017-GSF-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización recomendó a la Gerencia General la imposición de la sanción de una multa de 12 UIT por la infracción tipificada en el artículo 38° del RIS, al haberse acreditado el incumplimiento de la remisión de los proyectos de Adenda.
15. Mediante Resolución de Gerencia General N° 043-2017-GG-OSITRAN de fecha 15 de marzo de 2017, la Gerencia General declaró el incumplimiento por parte de la Concesionaria e impuso una multa de 12 UIT a título de sanción, conforme se señala a continuación:

"Artículo 1.- Declarar que la Sociedad Concesionaria Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. incumplió la obligación establecida en los artículos 76 y 72 del Reglamento Marco de Acceso



de OSITRAN, al haberse verificado que incurrió en 83 días hábiles de atraso en la remisión al OSITRAN de los proyectos de Adenda para la renovación de los Contratos de Acceso para la prestación del servicio de practicaje de las empresas Trabajos Marítimos S.A. (TRAMARSA, Ian Taylor Perú S.A.C. (IAN TAYLOR) y Triton Maritime Services S.A.C. (TRIMSER); conducta que constituye la infracción prevista en el artículo 38 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN; conforme a los fundamentos expuestos en el Informe N° 0028-2017-JFI-GSF-OSITRAN, emitido por la Jefatura de Fiscalización, y de la Nota N° 055-2017-GSF-OSITRAN de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización.

Artículo 2.- Imponer a la empresa Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A., a título de sanción, la multa de 12 UIT, por el incumplimiento de la obligación establecida en los artículos 76 y 72 del Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN, por las consideraciones precedentemente expuestas"

16. Con Oficio N° 117-17-GG-OSITRAN, recibido el 15 de marzo de 2017, se notificó a la Concesionaria la Resolución de Gerencia General N° 043-2017-GG-OSITRAN.
17. Mediante Memorando N° 119-17-GG-OSITRAN, la Gerencia General remitió a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, el expediente del procedimiento administrativo sancionador iniciado contra la Concesionaria.
18. Mediante Carta N° 031-2017 TPE/GG, de fecha 03 de abril de 2017, el Concesionario interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 043-2017-GG-OSITRAN, argumentando que la primera instancia ha incurrido en una tipificación errónea al subsumir el incumplimiento de la obligación establecida en los artículos 72° y 76° del REMA, en el artículo 38° del RIS, puesto que este último hace referencia a las infracciones en el marco de las acciones de supervisión, y no a las infracciones relativas ante el incumplimiento del REMA, vulnerándose así el principio de tipicidad.
19. Mediante Nota N° 0056-2017-JFI-GSF-OSITRAN, de fecha 06 de abril, la Jefatura de Fiscalización remitió a la Gerencia de Asesoría Jurídica, el Expediente PAS N° 026-2014-GSF-OSITRAN, correspondiente al procedimiento administrativo sancionador materia del recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 043-2017-GG-OSITRAN.
20. Con fecha 02 de agosto de 2017, se realizó la audiencia de uso de la palabra del Concesionario ante el Consejo Directivo, en el cual presentó sus argumentos que sustentan su recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 0043-2017-GG-OSITRAN.
21. Mediante Carta s/n de fecha 07 de agosto de 2017, el Concesionario presentó un escrito en el que agrega argumentos adicionales relativos a cuestionar el cálculo de la multa y del beneficio ilícito, los mismos que fueron expuestos en la audiencia de uso de la palabra.
22. Mediante Memorando N° 225-17-GAJ-OSITRAN, de fecha 09 de agosto de 2017, la Gerencia de Asesoría Jurídica solicitó a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización su posición respecto al argumento formulado por el Concesionario relativo al cálculo de la multa.
23. Mediante Memorando N° 226-17-GAJ-OSITRAN, de fecha 09 de agosto de 2017, la Gerencia de Asesoría Jurídica solicitó a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos su posición respecto al argumento formulado por el Concesionario relativo al cálculo del supuesto beneficio ilícito.



24. Mediante Memorando N° 1714-2017-GSF-OSITRAN, recibido en fecha 15 de agosto de 2017, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización remitió su opinión, de acuerdo a lo solicitado.
25. Mediante Informe N° 055-17-GRE-OSITRAN, recibido en fecha 15 de agosto de 2017, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos remitió su opinión, conforme a lo requerido.

III. ANÁLISIS

26. A efectos de emitir opinión sobre el recurso presentado, en el presente Informe se abordarán y evaluarán los siguientes puntos:

- A. Cuestión previa: Análisis de admisibilidad y procedencia del recurso de apelación
- B. Del marco legal aplicable en materia sancionadora
- C. Análisis de los argumentos del Concesionario

A. Cuestión previa: Análisis de admisibilidad y procedencia del recurso de apelación

27. De la revisión del recurso de apelación interpuesto por el Concesionario, se advierte que este cumple con los requisitos de admisibilidad exigidos por los artículos 219° y 122° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (TUO LPAG)¹.
28. Por otra parte, con relación a la procedencia del recurso interpuesto, el artículo 218° del TUO LPAG establece lo siguiente:

"Artículo 218.- Recurso de apelación

El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación 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".

(Texto según el artículo 209 de la Ley N° 27444)



¹ Publicado en el Diario Oficial "El Peruano", el 20 de marzo de 2017.

"Artículo 219.- Requisitos del recurso

El escrito del recurso deberá señalar el acto del que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el artículo 122 de la presente Ley.

(Texto modificado según el Artículo 2 Decreto Legislativo N° 1272)"

"Artículo 122.- Requisitos de los escritos

Todo escrito que se presente ante cualquier entidad debe contener lo siguiente:

1. Nombres y apellidos completos, domicilio y número de Documento Nacional de Identidad o carné de extranjería del administrado, y en su caso, la calidad de representante y de la persona a quien represente.
 2. La expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando le sea posible, los de derecho.
 3. Lugar, fecha, firma o huella digital, en caso de no saber firmar o estar impedido.
 4. La indicación del órgano, la entidad o la autoridad a la cual es dirigida, entendiéndose por tal, en lo posible, a la autoridad de grado más cercano al usuario, según la jerarquía, con competencia para conocerlo y resolverlo.
 5. La dirección del lugar donde se desea recibir las notificaciones del procedimiento, cuando sea diferente al domicilio real expuesto en virtud del numeral 1. Este señalamiento de domicilio surte sus efectos desde su indicación y es presuntivo subsistente, mientras no sea comunicado expresamente su cambio.
 6. La relación de los documentos y anexos que acompaña, indicados en el TUPA.
 7. La identificación del expediente de la materia, tratándose de procedimientos ya iniciados.
- (Texto según el Artículo 113 de la Ley N° 27444)".*

29. Asimismo, el artículo 72º del RIS prescribe lo siguiente:

"Artículo 72.- Recurso de apelación

En caso de que el interesado opte por interponer el recurso de apelación, lo hará en el plazo de quince (15) días contados desde la notificación de la Resolución de la Gerencia General a través de la cual se hubiese impuesto la sanción o resuelto la reconsideración.
(...)"

[Subrayado agregado]

30. Como se aprecia de las normas citadas, en el procedimiento sancionador seguido ante el OSITRAN, la entidad prestadora tiene un plazo de (quince) 15 días para impugnar la resolución a través de la cual se le impuso la sanción.
31. En el presente caso, el Oficio N° 117-2017-GG-OSITRAN, mediante el cual se remitió la Resolución de Gerencia General N° 0043-2017-GG-OSITRAN, fue notificado al Concesionario el 15 de marzo de 2017, por lo que éste tenía hasta el 05 de abril de 2017 para interponer ante OSITRAN su recurso de apelación.
32. En tal sentido, dado que el Concesionario interpuso su recurso de apelación el 03 de abril de 2017, se cumple con el requisito de procedencia antes referido, correspondiendo que el Consejo Directivo evalúe los argumentos de la apelación, con cuyo pronunciamiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 72º del RIS², se pondrá fin a la vía administrativa. Cabe indicar que de acuerdo con lo señalado en el referido artículo del RIS, el plazo con el que cuenta el Consejo Directivo para resolver el recurso es de treinta (30) días, el cual se computa desde que dicho órgano tomó conocimiento del mismo.
33. Conforme a ello, mediante Sesión de Consejo Directivo N° 614-2017-CD-OSITRAN, de fecha 24 de julio de 2017, el Consejo Directivo tomó conocimiento del recurso de apelación interpuesto por el Concesionario, por lo que el plazo para resolver vence el 06 de septiembre de 2017.

B. Del marco legal aplicable en materia sancionadora

34. De conformidad con la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, OSITRAN cuenta con las funciones supervisora, fiscalizadora y sancionadora:

"Artículo 3.- Funciones

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

a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o



² Es importante mencionar que de conformidad con lo establecido en el artículo 72 del RIS, el Consejo Directivo resuelve los recursos de apelación en el marco de los PAS; no obstante, el numeral 1 del artículo 68 del Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, norma de emisión posterior al RIS y de mayor jerarquía, dispone que el Tribunal en Asuntos Administrativos resuelve en última instancia administrativa en materia de Procedimiento Administrativo Sancionador, aplicación de penalidades y sobre otras materias que resuelva la Gerencia de Supervisión y Fiscalización en el ejercicio de sus funciones. Sin perjuicio de ello, cabe indicar que mediante el literal g) del Acuerdo N° 1820-546-15-CD-OSITRAN, en el marco de las atribuciones otorgadas mediante la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, el Consejo Directivo de OSITRAN acordó lo siguiente: "Disponer que las actuaciones y/o procedimientos iniciados en aplicación de los documentos normativos preexistentes al Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, culminarán su trámite de acuerdo a dichas disposiciones normativas."

resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas"

(...)

d) *Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencias 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;*

(...)"

35. En esa misma línea, la Ley N° 26917, Ley de Creación del OSITRAN, en sus artículos 6° y 7°, establece que el Regulador cuenta con la función de imponer sanciones en caso de incumplimiento de las obligaciones previstas en los Contratos de Concesión y en las normas legales vigentes:

"Artículo 6.- Atribuciones

6.1 OSITRAN, en concordancia con las funciones previstas en la Ley y las que se establezcan en su Reglamento, ejerce atribución regulatoria, normativa, fiscalizadora y de resolución de controversias.

(...)

6.3 La atribución fiscalizadora de OSITRAN comprende la potestad de imponer sanciones a las Entidades Prestadoras por el incumplimiento de las normas aplicables a las obligaciones contenidas en los contratos de concesión y a las licencias correspondientes.

(...)"

"Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

(...)

c) Adoptar las medidas correctivas y aplicar sanciones sobre las materias que son de su competencia o que le han sido delegadas".

(...)

[Subrayado agregado]

36. Asimismo, el Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y sus modificaciones (en adelante, REGO), desarrolla el alcance de la función sancionadora en los siguientes términos:

"Artículo 21.- Función Supervisora

El OSITRAN supervisa el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las Entidades Prestadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia, procurando que éstas brinden servicios adecuados a los Usuarios. Asimismo, el OSITRAN verifica el cumplimiento de cualquier mandato o Resolución que emita o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de dichas entidades o que son propias de las actividades supervisadas. (...).

Artículo 32.- Funciones Fiscalizadora y Sancionadora

El OSITRAN fiscaliza e impone sanciones y medidas correctivas a las Entidades Prestadoras por el incumplimiento de las normas, disposiciones y/o regulaciones establecidas por el OSITRAN y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión respectivos.

Los órganos del OSITRAN ejercen las facultades contenidas en las normas emitidas por el Consejo Directivo, dictadas en el marco de las funciones fiscalizadora y sancionadora; las que podrán comprender la ejecución de las garantías otorgadas en el marco de las bases de la licitación o el contrato de concesión."

[Subrayado agregado]



37. En línea con la normativa antes citada, el artículo 6º del RIS recoge la competencia de OSITRAN en materia sancionadora, en los siguientes términos:

"Artículo 6.- Competencia de OSITRAN

OSITRAN es competente para sancionar las infracciones cometidas por las Entidades Prestadoras vinculadas a la explotación de la infraestructura de transporte de uso público o a las obligaciones estipuladas en los contratos de concesión cuando corresponda. (...)"

38. De lo expuesto anteriormente, queda claro que OSITRAN es la entidad competente para imponer sanciones a las entidades prestadoras en caso de incumplimiento de sus obligaciones contenidas en los contratos de concesión.

C. Análisis de los argumentos del Concesionario

C.1. Sobre la vulneración al principio de tipicidad

39. El Concesionario alegó que la primera instancia ha incurrido en una tipificación errónea al subsumir el incumplimiento de la obligación establecida en los artículos 72º y 76º del REMA, en el artículo 38º del RIS, puesto que este último hace referencia a las infracciones en el marco de las acciones de supervisión, y no a las infracciones relativas ante el incumplimiento del REMA, vulnerándose así el principio de tipicidad.
40. Es así que, el Concesionario ha sostenido que de acuerdo a la Exposición de Motivos del RIS, solo el incumplimiento de ciertas obligaciones esenciales del REMA pueden configurar una infracción y, por tanto, ser sancionadas; es decir, será sancionable el incumplimiento de una obligación establecida en el REMA siempre y cuando este incumplimiento se encuentre establecido en el capítulo II del RIS, relativo a las infracciones en el marco de acceso a infraestructura, conforme a lo siguiente:

"b) De las Infracciones (Título II)

(...)

Cabe destacar por su novedad, el capítulo referido a las infracciones relativas al Acceso a la infraestructura, en atención fundamentalmente a la importancia del tema, que conjuntamente con el tema tarifario, son el objeto principal de atención de OSITRAN como regulador. El Capítulo II constituye el correlato del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público, pues en aquel se han identificado las principales obligaciones que deben cumplir las Entidades Prestadoras en materia de Acceso, y cuyo incumplimiento genera como consecuencia el inicio de un procedimiento administrativo sancionador".

41. En síntesis, el Concesionario afirmó –como se desprende de su escrito de apelación– que se ha normado taxativamente el incumplimiento de las obligaciones esenciales establecidas en el REMA que constituyen infracciones sancionables, siendo que las demás obligaciones provenientes de dicho dispositivo normativo no podrán ser pasibles de sanción.
42. Al respecto, es importante señalar que el numeral 4) del artículo 246º del TUO LPAG, el cual mantiene similar redacción al numeral 4) del artículo 230º de la Ley del Procedimiento Administrativo General que estuvo vigente al momento que la primera instancia impuso la sanción, establece como uno de los Principios de la Potestad Sancionadora Administrativa, la Tipicidad, la misma que indica lo siguiente:

"Artículo 246.- 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 o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras.”

(Subrayado agregado)

43. Uno de los principios más importantes del procedimiento administrativo sancionador es el Principio de Tipicidad, el cual resulta indispensable para la calificación de infracciones y la aplicación de sanciones. Es así que la tipicidad consiste en la descripción expresa, detallada y clara de la conducta infractora y la indicación de la sanción específica para dicha infracción. Al respecto, García De Enterría y Fernández respecto a este principio señalan:

“La tipicidad es, pues, la descripción legal de una conducta específica a la que se conectará una sanción administrativa. La especialidad de la conducta a tipificar viene de una doble exigencia: del principio general de libertad, sobre el que se organiza todo el Estado de Derecho, que impone que las conductas sancionables sean excepción a esa libertad y, por tanto, exactamente delimitadas, sin ninguna indeterminación (...); y, en segundo término, a la correlativa exigencia de la seguridad jurídica (...), que no se cumpliría si la descripción de lo sancionable no permitiese un grado de certeza suficiente para que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos (lex certa).”³

44. Por su parte, Morón Urbina señala que el principio en mención exige el cumplimiento de tres requisitos concurrentes:

- (i) La reserva de ley para la descripción de aquellas conductas pasibles de sanción por la Administración; sin embargo, se permite que la Ley pueda habilitar la tipificación por vía reglamentaria;
- (ii) La exigencia de certeza o exhaustividad suficiente en la descripción de las conductas sancionables constitutivas de las infracciones administrativas; y,
- (iii) La tipificación es de interpretación restrictiva y concreta⁴.

45. De manera complementaria, el jurista Alejandro Nieto⁵ indica lo siguiente:

“La tipificación supone en todo caso la presencia de una lex certa que (...) “permite predecir con suficiente grado de certeza las conductas infractoras y se sepa a qué atenerse en cuanto



³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Edit. Palestra. 2006.

⁴ MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. En Gaceta Jurídica S.A: Novena Edición; 2011.

⁵ NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Ed. Tecnos. Segunda Edición 1994, Reimpresión 2000.

a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción". Y por ello mismo la sentencia declara la nulidad de una norma que "no permite predecir con suficiente grado de certeza el tipo y grado de sanción susceptible de ser impuesta"

46. Asimismo, se deduce que para que la tipificación de una infracción resulte válida, el órgano instructor debe subsumir la conducta en el tipo que contenga claramente descritos los elementos objetivos y subjetivos que generen una infracción. *"Correlativamente, no será satisfactorio con el Principio de Tipicidad cuando la autoridad administrativa subsuma la conducta en cualquiera de los siguientes casos: i) Cuando la descripción normativa del ilícito sea genérica o imprecisa, de modo que no pueda apreciarse verosímilmente cuál es la conducta sancionable; ii) Cuando la descripción normativa del ilícito contenga algún elemento objetivo o subjetivo del tipo que no se haya producido en el caso concreto."*⁶

(Subrayado agregado)

47. Asimismo, el Tribunal Constitucional, mediante la sentencia emitida en el Expediente N° 6301-2006-PA/TC, señaló lo siguiente con respecto al Principio de Tipicidad:

"El Tribunal Constitucional ha expresado en reiterada jurisprudencia, que el principio de legalidad consagrado en el artículo 2º, inciso 24, literal d) de la Constitución, constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Social y Democrático de Derecho. Así, este principio no sólo exige que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose la aplicación por analogía y el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones. Asimismo, también se estableció que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, aplicables tanto a nivel penal como administrativo."

(Subrayado agregado)

48. Finalmente, es pertinente señalar lo que debe tenerse en cuenta al momento de subsumir una conducta en un tipo de infracción:

*"(...) el principio de tipicidad en sentido estricto exige que la administración, en el ejercicio de su potestad sancionadora, identifique el fundamento legal de la sanción impuesta en cada resolución sancionatoria, con lo que se impide que el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de la frontera que demarca la norma sancionadora. De ese modo se obliga a que la Administración realice una operación de subsunción caso por caso, indicando en qué norma se encuentra tipificada la infracción y motivando por qué los hechos son constitutivos de esa infracción y por qué a tales hechos corresponde la sanción que se impone."*⁷

(Subrayado agregado)

49. Conforme a lo indicado, la exigencia de certeza y exhaustividad en la descripción de las conductas sancionables se entiende cumplida cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra. Asimismo, se prohíbe en aras del principio bajo análisis que se realicen lecturas o

⁶ MORON URBINA, Juan Carlos. Op. Cit. Pág. 710.

⁷ REBOLLO, Manuel, Manuel IZQUIERDO, Lucía ALARCÓN y Antonio M. BUENO. "Derecho Administrativo Sancionador". Valladolid: Lex Nova. 2009.



interpretaciones que busquen que un comportamiento sea sancionado cuando la norma no lo ha previsto como infracción, siendo una obligación de la Administración que la subsunción de una conducta a un tipo sea debidamente sustentada.

50. Habiendo señalado ello, resulta necesario hacer referencia a lo establecido por los artículos 72º y 76º del REMA, a efectos de verificar su adecuada tipificación. Conforme a ello, dichas disposiciones señalan lo siguiente:

"Artículo 72.- Remisión del Proyecto de Contrato de Acceso a OSITRAN.

Las Entidades Prestadoras deberán remitir los Proyectos de Contratos de Acceso a OSITRAN, dentro de los cinco (5) días siguientes de haber llegado a un acuerdo, adjuntando la información siguiente:

- a) *Sobre empresas vinculadas:*
 - 1) *Breve descripción de la naturaleza de la vinculación con el solicitante de Acceso.*
 - 2) *Relación de Contratos de Acceso suscritos con otros usuarios intermedios para la prestación de los mismos servicios esenciales.*
 - 3) *Actas de negociación, de ser el caso*
 - 4) *Relación de servicios que ofrece la empresa vinculada*
 - 5) *Relación de accionistas*
 - 6) *Nombre de los directores y representante legal*
- b) *Sobre empresas no vinculadas:*
 - 1) *Actas de negociación, de ser el caso*
 - 2) *Declaración jurada de no vinculación"*

"Artículo 76.- Modificación y renovación de Contratos de Acceso.

La modificación o renovación de los Contratos de Acceso suscritos bajo el mecanismo de negociación directa seguirá los mismos procedimientos establecidos para su suscripción. En el caso que la Entidad Prestadora y el usuario intermedio no hayan acordado causales de resolución del Contrato de Acceso, la Entidad Prestadora otorgará al usuario intermedio un plazo no menor a 30 días, antes de dar por terminada la vigencia del Contrato de Acceso. En tal caso, el usuario intermedio podrá solicitar el Acceso a la Facilidad Esencial, de acuerdo al procedimiento establecido en el presente Título."

(Subrayado agregado)

51. De esta manera, el REMA establece las reglas básicas para el acceso a la infraestructura y los procedimientos correspondientes. Así, en el caso de la celebración de un contrato de acceso, el procedimiento es el siguiente: las Entidades Prestadoras tienen la obligación de enviar el proyecto de contrato de Acceso a OSITRAN dentro del plazo de cinco (05) días hábiles⁸ siguientes de haber llegado a un acuerdo con el usuario intermedio, debiendo adjuntar la información señalada en el artículo 72. Dicho envío es con el fin de que OSITRAN efectúe la revisión correspondiente y de ser el caso apruebe el contrato o realice observaciones al mismo, debiendo el administrado, en este caso, subsanarlas y volver a presentar su contrato al Regulador (artículo 74 del REMA).⁹

⁸ Según las definiciones del REMA, días deben ser considerados como días hábiles.

⁹ **Artículo 74.- Revisión del Proyecto de Contrato de Acceso.**

OSITRAN revisará el Proyecto de Contrato de Acceso a fin de verificar el cumplimiento de los principios y las normas establecidas en el presente Reglamento, en un plazo que no excederá los diez (10) días contados desde la fecha de su recepción. Dicho plazo podrá ampliarse en quince (15) días, en el caso que OSITRAN requiera a la Entidad Prestadora la presentación de información relevante para la evaluación del proyecto de contrato. Para tal efecto, la información deberá ser solicitada por OSITRAN dentro de los primeros diez (10) días contados desde la fecha de presentación del proyecto de contrato de acceso ante OSITRAN. La Entidad Prestadora deberá remitir la información solicitada, dentro de los cinco (5) días contados desde el día siguiente de notificado el requerimiento respectivo.



52. Ahora bien, ante la modificación o renovación de un contrato de acceso, el artículo 76 del REMA es claro en indicar que el Concesionario debe seguir el mismo procedimiento, esto es, debe remitir su documentación e información dentro del plazo de cinco (05) días hábiles siguientes de haber llegado a un acuerdo con el usuario intermedio en torno a la modificación o renovación del contrato, pudiendo el Regulador aprobar o efectuar observaciones.
53. Es así que en el presente caso, para la renovación de los Contratos de Acceso suscritos por el Concesionario con TRAMARSA, TRIMSER e IAN TAYLOR, TPE debía cumplir con todos los trámites y diligencias correspondientes al iter procedimental que anteriormente había proseguido en la suscripción de dichos contratos, esto es, debió haber enviado a OSITRAN los proyectos de adendas para la renovación de los Contratos de Acceso en un plazo de cinco (05) días hábiles, luego de haber llegado a un acuerdo con los mencionados usuarios intermedios.
54. Inclusive, dicha obligación ha sido aceptada por el Concesionario mediante la Carta N° 031-2017 TPE/GG, de fecha 03 de abril de 2017, mediante la cual interpone recurso de apelación, conforme a lo siguiente:

"4. De conformidad con las normas citadas, TPE reconoce su obligación de seguir el procedimiento recogido en el artículo 72° del REMA y demás aplicables y, en base a ello remitir oportunamente al OSITRAN los proyectos de renovación o adendas del plazo de los Contratos de Acceso.

55. Asimismo, el Concesionario, ha reconocido el incumplimiento de la obligación de comunicación y remisión de los proyectos de adendas para la renovación de los Contratos de Acceso dentro del plazo antes indicado, de acuerdo a lo manifestado mediante la Carta No. 113-2014/GG-TPE, en la que formula sus descargos, así como en la Carta N° 031-2017 TPE/GG, por medio del cual interpone recurso de apelación, señalando lo siguiente:

"5. Sin embargo, que TPE, por error involuntario, haya enviado los proyectos de renovación o adenda del plazo de los Contratos de Acceso fuera de los cinco días posteriores a haber llegado a un acuerdo con los Usuarios Intermedios no constituye una infracción sancionable"

56. Ahora bien, habiendo dejado clara la normativa incumplida por el Concesionario, corresponde analizar lo relativo al Reglamento General de Supervisión (RGS), aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 024-2011-CD-OSITRAN, el mismo que resulta aplicable a las Entidades Prestadoras y al OSITRAN, en el marco de las actividades de supervisión que realice este último a efectos de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas, bajo el ámbito de su competencia.
57. Al respecto, como parte de las materias de supervisión, el artículo 7 de dicho Reglamento establece la supervisión de aspectos económicos y comerciales, mediante el cual se verifica el cumplimiento de obligaciones vinculadas a los aspectos económicos y comerciales de la explotación de la infraestructura de transporte de uso público, la cual comprende entre otros:

"Artículo N° 07.- Supervisión De Aspectos Económicos Y Comerciales

*En el caso que OSITRAN no se pronuncie dentro de los plazos señalados, se entenderá que no existen observaciones, y por tanto el Contrato de Acceso se encontrará expedito para su suscripción.
El incumplimiento de la obligación a que se refiere el presente Artículo por parte de la Entidad Prestadora, se considerará una infracción, y por tanto, estará sujeto a la aplicación del Reglamento de Infracciones y Sanciones."*



(...)

b) Verificar el cumplimiento del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público y del Reglamento de Acceso de la Entidad Prestadora, realizando un seguimiento a la atención de solicitudes de acceso a la infraestructura, las negociaciones directas, los procesos de subastas la revisión de sus bases y proyectos de contrato respectivos;

(...)"

(Subrayado agregado)

58. Conforme a ello, es posible determinar que el Regulador, en ejercicio de sus funciones de supervisión atribuidas legalmente en la Ley N° 26917 y el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM²⁰, supervisa el cumplimiento integral de los mandatos o Resoluciones emitidas por OSITRAN, entre ellos, el REMA. De esta manera, y en lo relativo a los contratos de acceso, OSITRAN no sólo supervisa su celebración, sino también la suscripción de adendas o modificaciones, verificando que el Concesionario en cualquier caso cumpla con remitir la información correspondiente dentro del plazo de cinco (05) días hábiles de haber llegado a un acuerdo con los Usuarios Intermedios.
59. El control que efectúa el Regulador respecto de los contratos de acceso es relevante, toda vez que con ello se toma conocimiento en primer orden si la empresa con la que está negociando la Entidad Prestadora es vinculada a ella o no, siendo que en uno o en otro caso la información a presentar varía sustancialmente. Asimismo, a través de dicho control se busca verificar que el Concesionario se encuentre aplicando las mismas reglas de acceso a todos los usuarios intermedios, así por ejemplo el Regulador verifica que se esté aplicando adecuadamente el Reglamento de Acceso por parte de la Entidad Prestadora, así como se esté haciendo uso de los contratos tipos de Acceso aprobados por el Regulador (en los casos que corresponda), todo ello con la finalidad de garantizar el acceso a la facilidad esencial, conforme al Principio de libre acceso, así como prevenir cualquier acto de discriminación por parte de la Entidad Prestadora con los operadores de servicios en competencia, de acuerdo al Principio de no discriminación, ambos regulados en el REMA. Siendo ello así, resulta clara la importancia de supervisar y aprobar no sólo los contratos de acceso, sino también las modificaciones (adendas) a los mismos.
60. Dicho ello, corresponde analizar lo que el RIS regula en torno a las obligaciones del Concesionario antes señaladas (contratos de acceso y sus modificatorias). Así, el Capítulo II (Infracciones relativas al Acceso a la Infraestructura) del RIS señala en su artículo 21 numeral 21.2.8 lo siguiente:

"Artículo 21.- Infracciones relativas a la obligación de brindar Acceso

²⁰ Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN

"Artículo 7.- Funciones

7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:

a) Administrar, fiscalizar y supervisar los contratos de concesión con criterios técnicos desarrollando todas las actividades relacionadas al control posterior de los contratos bajo su ámbito.

(...)"

Decreto Supremo N° 044-2006-PCM – Reglamento General de OSITRAN

"Artículo 21.- Función Supervisora

El OSITRAN supervisa el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las Entidades Prestadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia, procurando que éstas brinden servicios adecuados a los Usuarios. Asimismo, el OSITRAN verifica el cumplimiento de cualquier mandato o Resolución que emita o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de dichas entidades o que son propias de las actividades supervisadas.

(...)"



21.2 La Entidad Prestadora incurrirá en infracción grave cuando: (...)

21.2.8 No entregue el proyecto de contrato de Acceso a OSITRAN en la forma y condiciones establecidas por el REMA y OSITRAN;"

61. De la lectura del referido artículo no queda duda que lo que el mismo regula como conducta sancionable es no remitir a OSITRAN el proyecto de Contrato de Acceso en las formas previstas en el REMA. De esta manera es evidente que a través del citado artículo no podría imputarse al Concesionario el no haber presentado al Regulador las adendas a los contratos de acceso, por cuanto de hacerlo se vulneraría el principio de tipicidad previsto en la LPAG. En tal sentido, consideramos adecuado que la primera instancia no haya imputado al Concesionario el referido artículo en el presente caso.
62. Ahora bien, debemos mencionar que la Exposición de Motivos del RIS refiere que el Capítulo II ha identificado las "*principales obligaciones que deben cumplir las Entidades Prestadoras en materia de Acceso*" cuyo incumplimiento genera el inicio de un procedimiento administrativo sancionador. Conforme a ello, no todas las obligaciones de las Entidades Prestadoras relativas al REMA se encuentran establecidas en dicho Capítulo II, por lo tanto no se ha descartado, como erróneamente sostiene el Concesionario, la posibilidad de que existan otras obligaciones provenientes del mismo REMA cuyo incumplimiento pueda subsumirse en otro tipo incluido en un capítulo distinto a aquel sobre Acceso a la Infraestructura, siempre que la aplicación de otro artículo del RIS respete estrictamente el principio de tipicidad.
63. Siendo ello así, corresponde analizar el artículo 38º del RIS, el cual ha sido imputado al Concesionario en el presente caso. Dicho artículo se encuentra en el Capítulo VI (Infracciones relativas a las acciones de Supervisión):

"Artículo 38.- 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."

64. De acuerdo a lo establecido en dicho artículo, la conducta sancionable es clara, vale decir, se sancionará a la Entidad Prestadora que no cumpla con remitir información y/o documentación al Regulador. Asimismo, y a fin de salvaguardar el principio de tipicidad, la información a entregar y el plazo deberá encontrarse prevista con claridad en la legislación aplicable.
65. En el caso que nos ocupa, como se ha indicado líneas atrás, los artículos 72 y 76 del REMA establecen claramente que el Concesionario debe presentar la información relativa a la renovación de sus contratos de acceso en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles luego de haber llegado a un acuerdo con el usuario intermedio. Estando a ello, resulta válido que el incumplimiento de dicha obligación sea sancionado a través del artículo 38 del RIS, por cuanto el mismo se subsume perfectamente en la infracción tipificada en el referido artículo 38º.
66. A mayor abundamiento, sin perjuicio que el Capítulo II del RIS establezca las infracciones relativas al acceso a la infraestructura, el Capítulo VI del mismo regula las infracciones relativas a las acciones de supervisión, siendo la verificación del cumplimiento integral de las disposiciones previstas en el REMA, entre las que se encuentran las reglas para la aprobación de las modificaciones de contratos de acceso,



una actividad que se encuentra sujeta a supervisión de OSITRAN, conforme lo estipula el RGS.

67. Cabe indicar que una lectura como la que pretende el Concesionario, esto es que para el caso de infracciones vinculadas al REMA sólo se apliquen las reglas previstas en el Capítulo II del RIS, generaría como incentivo que las Entidades Prestadoras no remitan su información vinculada a las modificaciones a los contratos de acceso oportunamente, generando con ello una afectación a la labor de supervisión y fiscalización de OSITRAN, pudiendo generar también una afectación a los usuarios intermedios.
68. Adicionalmente, el Concesionario sostiene que la diferencia entre la calificación de la conducta y la imputación de cargos, evidencia la dificultad de OSITRAN para encausar la conducta analizada en un tipo legal específico.
69. Al respecto, debemos indicar que el Informe N° 892-2014-GSF-OSITRAN (informe de hallazgo) de la Jefatura de Puertos, señala que el Concesionario habría incumplido los artículos 72 y 76 del REMA, lo cual estaría tipificado en el numeral 21.2.8 del artículo 22° del RIS.
70. Sobre ello, cabe señalar que lo determinado en el mencionado Informe de hallazgo no constituye una calificación o imputación de la infracción, considerando que el mismo, de acuerdo con la definición de hallazgo prevista en el RIS¹¹ y en el RGS¹², se caracteriza por informar al Gerente de Supervisión el presunto incumplimiento de una obligación legal incumplida y recomendar las acciones pertinentes para el inicio del procedimiento administrativo sancionador, de conformidad con lo establecido en el artículo 35¹³ del RGS.
71. De conformidad con la normativa aplicable en aquel entonces, es decir, el numeral 66.3 del artículo 66¹⁴ del RIS, el órgano instructor, que recaía en la Gerencia de Supervisión,

¹¹ "Artículo 3.- Definiciones

Para efectos del Reglamento, entiéndase por:

(...)

Hallazgo: Identificación de presunto incumplimiento de obligaciones legales, contractuales, técnicas o administrativas en que pueden incurrir las Entidades Prestadoras."

¹² "Artículo N° 2.- Definiciones

Para efectos de este Reglamento, los términos que inicien con mayúscula tendrán el significado que les asigna el Reglamento General de OSITRAN, o las Definiciones contenidas en este artículo, según corresponda:

(...)

d) **Hallazgo:** Identificación de presunto incumplimiento de una o más obligaciones legales, contractuales, técnicas o administrativas en que pueden incurrir las Entidades Prestadoras."

¹³ "Artículo N° 35.- Características del Informe de Hallazgo

Deberá tener las siguientes características:

a) Identificación de la obligación legal, contractual, técnica o administrativa supuestamente incumplida;

(...)

g) Recomendaciones sobre las acciones pertinentes que correspondan, para el inicio del procedimiento administrativo sancionador que pudiera corresponder; y,

(...)"

¹⁴ "Artículo 66.- Procedimiento Sancionador

El procedimiento administrativo sancionador de OSITRAN deberá seguir las siguientes reglas:

(...)

66.3 El órgano instructor del procedimiento administrativo sancionador que reciba el hallazgo, contará con un plazo de veinte (20) días, prorrogables por una sola vez por veinte (20) días, para realizar la evaluación correspondiente. Si de la evaluación realizada, resultara que no amerita el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador, se procederá a archivar el hallazgo, procediendo a notificar dicha decisión a quien lo remitió.

(...)"



es quien evalúa el incumplimiento informado a través del hallazgo, a efectos de determinar el inicio o no de un procedimiento administrativo sancionador.

72. En el presente caso, luego de recibido el Informe N° 892-2014-GSF-OSITRAN, mediante el Oficio N° 2820-2014-GSF-OSITRAN, la Gerencia de Supervisión realizó la calificación de los hechos cometidos por el Concesionario como una infracción tipificada en el artículo 38° del RIS¹⁵, al no haber remitido los proyectos de adendas para la renovación de los Contratos de Acceso dentro del plazo establecido en las disposiciones del REMA (artículos 72° y 76°), habiendo sido este artículo, y no el numeral 21.2.8 del artículo 22° del RIS, el que fue efectivamente imputado al Concesionario.
73. En tal sentido, para efectos de la tramitación del procedimiento administrativo sancionador no existió dificultad alguna por parte del OSITRAN para calificar la conducta del Concesionario como una infracción tipificada en el artículo 38° del RIS, siendo que éste actuó conforme a sus atribuciones enmarcadas en los dispositivos normativos mencionados anteriormente.
74. Dicho ello, en el presente caso se verifica que la primera instancia ha evaluado adecuadamente los hechos que identifican el tipo infractor atribuido, bajo la aplicación del artículo 38° del RIS, comprendido en el Capítulo VI sobre infracciones relativas a las acciones de supervisión; siendo que el Concesionario no ha cumplido con remitir los proyectos de adendas para la renovación de los Contratos de Acceso dentro del plazo establecido, conforme a los artículos 72° y 76° del REMA, los mismos que son materia de supervisión de acuerdo al RGS, motivo por el cual no se aprecia una contravención al Principio de Tipicidad, razón por la cual los argumentos del Concesionario en este extremo deben ser desestimados.

C.2. Sobre el monto de la sanción

75. De otro lado, conforme al escrito s/n de fecha 07 de agosto de 2017, en el que el Concesionario dio cuenta de los argumentos adicionales a su escrito de impugnación, éste cuestionó la determinación del monto de la sanción, considerando que: i) si bien el retraso imputado fue computado en días hábiles, el supuesto beneficio ilícito ha sido calculado tomando en cuenta días calendario; y, ii) los fundamentos de la resolución impugnada no explican las razones del cálculo de la multa de 12 UIT en base a un supuesto beneficio ilícito de 8.4 UIT.
76. Sobre el primer punto, mediante Memorando N° 226-17-GAJ-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Jurídica solicitó a la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos su posición respecto a los argumentos formulados por el Concesionario relativo al cálculo de la multa.
77. En respuesta a ello, la Gerencia de Regulación y Estudios Económicos (GRE) mediante su Informe N° 055-17-GRE-OSITRAN, señaló lo siguiente:

"13. Sobre el particular, cabe indicar que esta Gerencia comparte el criterio de la primera instancia en el sentido de que en los casos de infracciones en las que no sea posible identificar un beneficio ilícito para el administrado, resulta necesario imponer una multa

¹⁵ **Artículo 38.- 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."



con la finalidad de disuadir los incumplimientos normativos o contractuales, pues dichos incumplimientos afectan o restringen la capacidad del Regulador de ejercer su labor.

14. Al respecto, cabe indicar que dicho aspecto no ha sido objeto de cuestionamientos por parte del Concesionario, sino que su argumento de apelación está dirigido a cuestionar un aspecto específico de la metodología empleada por la primera instancia. En efecto, la cuestión controvertida en este caso es si corresponde contabilizar el periodo de incumplimiento en días hábiles o en días calendario para efectos de determinar la cuantía de la sanción a imponer.

15. Con la finalidad de analizar dicho argumento, es necesario explicar de manera más detallada la metodología empleada (sic) por la primera instancia para obtener el costo diario del retraso en la entrega de información. Conforme se explicó anteriormente, para tales efectos, la primera instancia determinó: en primer lugar el costo total tramitar un PAS para OSITRAN, determinando que el mismo ascendía a S/. 22 523, y en segundo lugar que dicho procedimiento tenía un plazo de duración de 60 días hábiles (o su equivalente 82 días calendario).

16. Una vez dimensionado el costo total de tramitar un PAS, se estimó que el costo por cada día calendario ascendía aproximadamente a 275 soles, (22 523/82), lo cual equivalía a un 7% de la UIT. Así, dicho resultado correspondía al costo por cada día calendario de incumplimiento. En ese sentido, esta Gerencia es de la opinión que para efectos de determinar la sanción correspondiente a dicho incumplimiento, resultaba necesario expresar el periodo de incumplimiento en días calendario tal como lo hizo la primera instancia.

17. Cabe precisar que en este caso también hubiera sido posible estimar la sanción correspondiente empleando el número de días hábiles como lo sugiere el Concesionario, no obstante, en dicho caso sería necesario determinar el costo por día hábil de tramitar el PAS (22 523/60) el cual habría ascendido aproximadamente a 10% de la UIT.

18. En conclusión, esta Gerencia no comparte el argumento de la Entidad Prestadora de que en la determinación de la cuantía de la multa efectuada por la primera instancia correspondía contabilizar el periodo de incumplimiento en días hábiles y no en días calendario, pues al haber obtenido el costo del PAS por cada día calendario (7% UIT) no hubiera resultado metodológicamente consistente aplicarlo a un periodo contabilizado en días hábiles."



78. De acuerdo a lo señalado por la GRE, se determina que en el presente caso para hallar la cuantía de la multa base impuesta al Concesionario por la primera instancia, se ha utilizado una metodología consistente en multiplicar el costo diario de tramitar un Procedimiento Administrativo Sancionador – PAS (7% UIT), por el periodo de incumplimiento del Concesionario (120 días calendario), siendo el resultado de ello una multa base de 8.4 UIT. Esta metodología, conforme lo indica la GSF y lo corrobora la GRE, es aplicable en casos como el presente en los que no resulta posible identificar un beneficio ilícito concreto para el administrado.¹⁶
79. De otro lado, sobre el segundo punto, a través del Memorando N° 225-17-GAJ-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Jurídica solicitó a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización su posición respecto al argumento formulado por el Concesionario relativo al cálculo de la multa.
80. En atención a ello, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización mediante Memorando N° 1714-2017-GSF-OSITRAN, indicó que de acuerdo al Informe N° 0028-2017-JFI-GSF-

¹⁶ Cabe indicar que este criterio también ha sido seguido en casos como las Resoluciones N° 057-2015-CD-OSITRAN, N° 058-2015-CD-OSITRAN y N° 060-2015-CD-OSITRAN.

OSITRAN, se estimó una multa base de 8.4 UIT y con el fin de calcular la multa final, a dicha cifra se le adicionó los agravantes presentados en el presente caso, los cuales fueron desarrollados en los numerales 39 a 52 del mencionado Informe. Asimismo, señaló que mediante una operación aritmética se puede determinar la multa, la cual resulta de la suma de 8.4 UIT de multa base y la suma de agravantes indicados en el numeral 57 de dicho Informe, ascendente a 3.6 UIT, correspondiendo una multa de 12 UIT.

81. Ahora bien, siendo que el argumento del Concesionario está referido a que la resolución impugnada no justificó el incremento de 8.4 a 12 UIT, debemos indicar que el mismo guarda relación con la aplicación del Principio de Razonabilidad en materia administrativa sancionadora. De acuerdo con dicho principio, las decisiones de la administración que creen obligaciones, tipifiquen infracciones, impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida, manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido¹⁷.
82. En esa línea, la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, vigente a la fecha de emisión de la resolución impugnada, contemplaba la aplicación de los principios de razonabilidad y proporcionalidad para el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, los mismos que mantienen similar redacción a la normativa vigente, en los siguientes términos:

*"Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:*

(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;*
- b) El perjuicio económico causado;*
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;*
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;*
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y*
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor"*

(Subrayado agregado)

83. Adicionalmente, el RIS en su artículo 4° señala que para determinar la cuantía de la sanción, en aplicación del Principio de Razonabilidad contemplado en la disposición normativa indicada en el numeral anterior, OSITRAN empleará los siguientes criterios:

"Artículo 4.- Principios de la Potestad Sancionadora

¹⁷ TUO de la Ley 27444

"Título Preliminar

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido."



(...)

4.2 Para efectos de determinar la cuantía de la sanción una vez tipificada la infracción, en aplicación con el Principio de Razonabilidad contemplado en el numeral 3 del Artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444 OSITRAN empleará los siguientes criterios:

- Intencionalidad.
- Perjuicio causado.
- Circunstancias de la comisión de la infracción.
- Repetición en la comisión de la infracción.

Adicionalmente tendrá en consideración los siguientes criterios:

- Efectos en la calidad del servicio a los usuarios.
- Conducta procesal.”

84. Así, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, cuando se ejerce la potestad sancionadora, las autoridades administrativas deben considerar las circunstancias particulares vinculadas a la conducta infractora con la finalidad de apreciar su real dimensión y, en tal sentido, motivar el incremento o la disminución de la sanción. Al respecto, Morón señala que dicho principio constituye un test o canon de valoración para evaluar los actos de la Administración Pública que inciden sobre los derechos de los administrados. Dicho principio cobra especial relevancia en el ámbito sancionador puesto que permite evaluar si la intromisión estatal en la esfera de los administrados resulta o no excesiva²⁸.
85. Consecuentemente, el hecho de que las sanciones aplicadas sean razonables y proporcionales resulta importante pues, de otro modo, los administrados las percibirían como “injustas” y/o tendrían más argumentos para impugnarlas, lo que dificultaría que los administrados tomen conciencia de la necesidad de cumplir la ley.
86. En otras palabras, la aplicación de sanciones debe buscar evitar, en el marco del principio de razonabilidad, que la autoridad incurra en dos extremos contrarios a este principio: el exceso de punición y la infra punición. Un primer exceso de punición lo encontramos cuando no se ponderan las circunstancias atenuantes y agravantes para que la sanción sea proporcional. No debemos perder de vista que todo administrado tiene derecho a que las sanciones que se les impongan sean razonables y proporcionales al hecho infractor, dentro de los rangos mínimos y/o máximos posibles que se hubieran fijado legalmente, de modo que sólo podrán ser elevadas las sanciones si convergen aspectos agravantes y la conducta carece de circunstancias atenuantes señaladas en las normas. Por el contrario, la infra punición implica no afectar o afectar levemente al infractor, de modo que la sanción aplicable no llegue a ser disuasiva.
87. Entonces, a fin de calcular las multas de manera objetiva y con la finalidad de evitar una actuación eminentemente discrecional que lleve a situaciones de exceso de punición o de infra punición, las multas que se impongan siempre deben tener como objetivo eliminar los beneficios derivados de incumplir la normativa vigente o las obligaciones asumidas contractualmente. Ciertamente excluir el beneficio obtenido por los infractores solo los colocaría en la misma situación en la que se encontraban antes de incumplir la norma. Por ello, para lograr un adecuado efecto disuasorio, la sanción debe incluir un monto adicional para neutralizar los beneficios ilegalmente obtenidos. Por lo



²⁸ MORON URBINA, Juan Carlos. Op. Cit. pág. 702-703

tanto, las multas deben incluir factores adicionales que reflejen la seriedad de la violación de la norma, tales como los factores agravantes, asegurándose así un adecuado desincentivo.

88. Ahora bien, no todas las conductas que importan una vulneración a las normas necesariamente llevan consigo de manera clara la configuración de un beneficio a favor del administrado. Para casos como estos, la multa base estaría constituida por un mecanismo de multa "ex ante" que permita disuadir este tipo de conductas. En el presente caso, la multa base aplicada al Concesionario es de 8.4 UIT, el cual se ha sustentado en el costo diario de un procedimiento administrativo sancionador, aspecto que el Concesionario no ha cuestionado. Siendo ello así, a efectos de calcular la multa final, a este monto se le deben aplicar los criterios agravantes y atenuantes previstos en la LPAG, con el objetivo de lograr un adecuado efecto disuasorio.
89. Si bien la legislación enuncia los criterios para la graduación de multas, esta no especifica la forma en que dichos criterios deben calcularse. En tal sentido, a fin de evitar un amplio margen de discrecionalidad respecto al cálculo de multas, lo cual puede conllevar a que estas no sean disuasivas de las conductas ilegales, OSITRAN ha señalado en anteriores oportunidades la necesidad de aplicar la teoría económica referida a la forma óptima en que el Estado puede hacer cumplir las normas (public enforcement of law),³⁹ por su capacidad de cuantificar adecuadamente las multas. En tal sentido, la teoría económica sugiere que la multa óptima se debe calcular teniendo una multa base a ser multiplicada por un factor F, que considere las circunstancias atenuantes y agravantes establecidas, de modo que se cumpla con la función de disuadir la infracción.
90. Respecto de la valoración de las circunstancias atenuantes y agravantes, si bien ésta es principalmente cualitativa, para efectos de determinar la multa final, esta valoración cualitativa se suele convertir a un valor numérico del factor F de entre 0,70 y 2, a fin de reducir discrecionalidad en el análisis de dichas circunstancias.
91. Sobre el particular, distintas entidades a nivel local han desarrollado metodologías que reflejan este valor numérico del factor F. Así, en el caso de INDECOPI (documento titulado "Propuesta metodológica para la determinación de multas en el INDECOPI") dicha entidad propone multiplicar la multa base por un factor F, cuyo valor es determinado considerando las circunstancias agravantes y atenuantes específicas a cada infracción. Dicho factor F será mayor en la medida que se identifiquen más circunstancias agravantes, por el contrario, el valor del factor F será menor si existieron factores que atenuaron el impacto de la práctica ilícita.
92. En tal sentido, aunque la valoración de los agravantes y atenuantes es esencialmente cualitativa, el INDECOPI propone que, para efectos de determinar la multa, dicha valoración se refleje en el factor F como un número. En principio, dicho factor debería ser superior a la unidad, a efectos de evitar que la multa sea inferior a la multa base, reduciendo con ello su poder disuasorio. Sin embargo, excepcionalmente, podrían existir situaciones en las que solo se observen circunstancias atenuantes, en cuyo caso se propone que el factor F tome un valor inferior a la unidad, pero no menor a 0,70. En el otro extremo, se propone que este factor tome como máximo el valor de 2, es decir, que por circunstancias agravantes se pueda hasta duplicar la multa base.

³⁹ Ver BECKER, G. (1968). "Crime and Punishment: An Economic Approach". *Journal of Political Economy*, University of Chicago Press, Vol. 76, pp. 169-217. SHAVELL, Steven (1993). "The Optimal Structure of Law Enforcement". *Journal of Law and Economics*, Vol. 36, No. 1, pp. 255-287 y POLINSKY, Michael y SHAVELL, Steven (2000). "The Economic Theory of Public Enforcement of Law", *Journal of Economic Literature*, Vol. XXXVIII, pp. 45-76.



93. Esta explicación de este valor numérico, en efecto, ha sido sustentado por el INDECOPI de la siguiente manera:

"En general, el factor F debe ser superior a la unidad para evitar que la multa sea inferior a la multa base, reduciendo con ello su poder disuasorio. No obstante, excepcionalmente pueden existir casos en los cuales solo se observan circunstancias atenuantes. Solo en presencia de circunstancias atenuantes que se encuentren debidamente acreditadas, se propone que el factor F tome un valor inferior a la unidad, aunque no menor a 0,70. Como máximo se propone que el factor F tome el valor de 2, es decir, que por circunstancias agravantes se pueda hasta duplicar la multa base.

De esta manera, con la incorporación del factor F se busca que la multa base se adapte a lo establecido en el criterio de razonabilidad de la LPAG, al hacer que la multa final impida que para el infractor resulte más ventajoso cumplir la norma que infringirla y asumir la sanción, al tiempo que es proporcional a la conducta infractora, es decir, considera circunstancias atenuantes o agravantes"²⁰.

94. En tal sentido, la determinación de una multa debe efectuarse acorde con los criterios expuestos anteriormente, y considerando además la prohibición de superar el tope máximo establecido en la normatividad vigente, a fin de evitar situaciones en las que la multa no disuada efectivamente la infracción, así como situaciones en las que la multa sea "desproporcionada", generándose la percepción de que las multas son establecidas con alta discrecionalidad y sin guardar relación con los efectos de la conducta infractora.
95. De esta manera, de acuerdo al Informe N° 0028-2017-JFI-GSF-OSITRAN que sustentó la resolución impugnada, respecto a la aplicación de atenuantes y agravantes, en el presente caso la primera instancia, tomó en cuenta la gravedad en lo referido al daño al interés público y/o al bien jurídico protegido, el perjuicio económico causado, la circunstancia de la comisión de la infracción y el beneficio ilícito, asimismo, consideró que el Concesionario no era reincidente, no había tenido intencionalidad en la comisión de la infracción, no había tenido conducta procesal inadecuada, y que su conducta no tuvo efecto negativo en la calidad del servicio al usuario. Estando a todo ello, y teniendo en consideración que el artículo 61° del RIS no establece un parámetro para fijar la multa a ser aplicada, se advierte que la primera instancia, en aplicación del Principio de Razonabilidad, aplicó a la multa base (8.4 UIT) un factor F de 1.42, a partir de lo cual se obtuvo una multa final de 12 UIT.
96. Cabe señalar que el Concesionario no ha cuestionado o logrado desvirtuar la evaluación de los elementos agravantes o atenuantes considerados por la primera instancia. En tal sentido, en la medida que el Factor F (1.42) se encuentra dentro del rango señalado líneas arriba, se concluye que la primera instancia ha considerado de manera correcta el Principio de Razonabilidad previsto por la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y que dicho cálculo ha empleado una metodología que garantiza además proporcionalidad de la multa respecto a la conducta infractora del Concesionario, sin que los argumentos del mismo hayan desvirtuado el cálculo de la multa base (8.4 UIT), ni la ponderación de agravantes y atenuantes que ha realizado la primera instancia que conllevó a sancionar al Concesionario con 12 UIT, razón por la cual el argumento del Concesionario en este extremo debe ser desestimado.



²⁰ INDECOPI. "Propuesta metodológica para la determinación de multas en el INDECOPI". Documento de Trabajo 001-2012/GEE. Versión abril 2013, pp. 24-25.

IV. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

97. La primera instancia ha evaluado correctamente los hechos que identifican el tipo infractor atribuido en el artículo 38° del RIS; habiéndose acreditado que el Concesionario no cumplió con remitir los proyectos de adendas para la renovación de los Contratos de Acceso dentro del plazo establecido, conforme a los artículos 72° y 76° del REMA, motivo por el cual no se aprecia una vulneración al Principio de Tipicidad.
98. Para hallar la cuantía de la multa impuesta al Concesionario por la primera instancia, se utilizó una metodología consistente al multiplicar el costo del trámite de un Procedimiento Administrativo Sancionador – PAS (7% UIT) por cada día calendario y el periodo de incumplimiento contabilizado también en días calendario (120), por lo que el argumento del Concesionario en este extremo debe ser desestimado.
99. El cálculo de la multa ha empleado una metodología que garantiza la proporcionalidad de la multa respecto a la conducta infractora del Concesionario, sin que los argumentos del mismo hayan desvirtuado el referido cálculo por lo que el argumento del Concesionario en este extremo debe ser desestimado.
100. Se recomienda declarar infundado el Recurso de Apelación interpuesto por el Concesionario contra la Resolución de Gerencia General N° 043-2017-GG-OSITRAN, por los fundamentos antes expuestos.

Atentamente,



JORGE HERNAN ARTOLA GRADOS
Gerente de Asesoría Jurídica (e)

Reg. Sal: 31135-17
Ref. 13595-JFI
jzr



PROVEIDO N°: 1568-2017-66

PARA :SCD

ACCIONES A SEGUIR :SE REMITE INFORME TÉCNICO PARA SU INCLUSIÓN EN AGENDA DEL CONSEJO DIRECTIVO

FECHA : 29/8/17

Adj: 01 File

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, XX de septiembre de 2017

Nº -2017-CD-OSITRAN

VISTOS:

El Recurso de Apelación presentado por Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. contra la Resolución de Gerencia General Nº 043-2017-GG-OSITRAN; el Informe Nº 109-17-GAJ-OSITRAN de fecha 29 de agosto de 2017, emitido por la Gerencia de Asesoría Jurídica; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 09 de setiembre de 2009 se suscribió el "Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Terminal Portuario de Paita" (en adelante, Contrato de Concesión) entre el Estado Peruano representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones - MTC (en adelante, el Concedente) y la empresa Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. (en adelante, el Concesionario);

Que, la Resolución de Gerencia General Nº 043-2017-GG-OSITRAN, que integra el Informe Nº 0028-2017-JFI-GSF-OSITRAN, notificada al Concesionario el 15 de marzo de 2017, a través del Oficio Nº 117-17-GG-OSITRAN, resolvió, entre otros, lo siguiente:

***Artículo 1.-** Declarar que la Sociedad Concesionaria Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. incumplió la obligación establecida en los artículos 76 y 72 del Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN, al haberse verificado que incurrió en 83 días hábiles de atraso en la remisión al OSITRAN de los proyectos de Adenda para la renovación de los Contratos de Acceso para la prestación del servicio de practicaje de las empresas Trabajos Marítimos S.A. (TRAMARSA, Ian Taylor Perú S.A.C. (IAN TAYLOR) y Triton Maritime Services S.A.C. (TRIMSER); conducta que constituye la infracción prevista en el artículo 38 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN; conforme a los fundamentos expuestos en el Informe Nº 0028-2017-JFI-GSF-OSITRAN, emitido por la Jefatura de Fiscalización, y de la Nota Nº 055-2017-GSF-OSITRAN de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización.*

***Artículo 2.-** Imponer a la empresa Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A., a título de sanción, la multa de 12 UIT, por el incumplimiento de la obligación establecida en los artículos 76 y 72 del Reglamento Marco de Acceso de OSITRAN, por las consideraciones precedentemente expuestas"*

Que, con fecha 03 de abril del 2017, el Concesionario interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General Nº 043-2017-GG-OSITRAN. En dicho recurso, el Concesionario solicitó el uso de la palabra ante el Consejo Directivo, en su calidad de superior jerárquico del órgano resolutor de primera instancia, esto es, de la Gerencia General. Cabe indicar que el referido recurso se interpuso en base al argumento que la primera instancia ha incurrido en una tipificación errónea al subsumir el incumplimiento de la obligación establecida en los artículos 72º y 76º del REMA, en el artículo 38º del RIS, puesto que este último hace referencia a las infracciones en el marco de las acciones de supervisión, y no a las infracciones relativas ante el incumplimiento del REMA, vulnerándose así el principio de tipicidad;

Que, con fecha 02 de agosto de 2017, se realizó la audiencia de uso de la palabra del Concesionario ante el Consejo Directivo, en el cual presentó sus argumentos que sustentan su recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General Nº 0043-2017-GG-OSITRAN;



Que, mediante Carta s/n de fecha 07 de agosto de 2017, el Concesionario presentó un escrito en el que da cuenta de los argumentos adicionales a su escrito de impugnación, expuestos en la audiencia de uso de la palabra, relativos al cálculo de la multa y del supuesto beneficio ilícito;

Que, luego del análisis efectuado, la Gerencia de Asesoría Jurídica (en adelante, GAJ) mediante el Informe N° XXX-17-GAJ-OSITRAN, recomendó declarar infundado el Recurso de Apelación presentado por el Concesionario, conforme a lo siguiente:

- La primera instancia ha evaluado correctamente los hechos que identifican el tipo infractor atribuido en el artículo 38° del RIS; habiéndose acreditado que el Concesionario no cumplió con remitir los proyectos de adendas para la renovación de los Contratos de Acceso dentro del plazo establecido, conforme a los artículos 72° y 76° del REMA, motivo por el cual no se aprecia una vulneración al Principio de Tipicidad.
- Para hallar la cuantía de la multa impuesta al Concesionario por la primera instancia, se utilizó una metodología consistente al multiplicar el costo del trámite de un Procedimiento Administrativo Sancionador – PAS (7% UIT) por cada día calendario y el periodo de incumplimiento contabilizado también en días calendario (120), por lo que el argumento del Concesionario en este extremo debe ser desestimado.
- El cálculo de la multa ha empleado una metodología que garantiza la proporcionalidad de la multa respecto a la conducta infractora del Concesionario, sin que los argumentos del mismo hayan desvirtuado el referido cálculo por lo que el argumento del Concesionario en este extremo debe ser desestimado.
- Se recomienda declarar infundado el Recurso de Apelación interpuesto por el Concesionario contra la Resolución de Gerencia General N° 043-2017-GG-OSITRAN, por los fundamentos antes expuestos.

Que, tal como lo manifiesta la GAJ en el Informe N° XXX-17-GAJ-OSITRAN, en el marco de las atribuciones otorgadas a través de la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 012-2015-PCM, que aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del OSITRAN, el Consejo Directivo de OSITRAN mediante el literal g) del Acuerdo N° 1820-546-15-CD-OSITRAN acordó disponer que las actuaciones y/o procedimientos iniciados en aplicación de los documentos normativos preexistentes al Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, culminarán su trámite de acuerdo a dichas disposiciones normativas, por lo que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 72 del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS), corresponde al Consejo Directivo evaluar los argumentos del recurso de apelación;

Que, luego de revisar el Informe de vistos, 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° del TUO LPAG;

Por lo expuesto, en virtud a las facultades conferidas en el artículo 5° de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN; el numeral 3.1 del artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos; el Reglamento de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2015-PCM y sus modificatorias; el literal g) del Acuerdo N° 1820-546-15-CD-OSITRAN; el Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN;



SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 043-2017-GG-OSITRAN, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- Declarar que la presente Resolución tiene carácter ejecutivo, siendo el plazo de Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A. para el pago de la sanción establecida en la Resolución de Gerencia General N° 043-2017-GG-OSITRAN, de quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente de notificada la presente Resolución, conforme a lo establecido en los artículos 74 y 75 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD-OSITRAN y sus modificatorias.

Artículo 3.- Notificar la presente Resolución, así como el Informe N° 109-17-GAJ-OSITRAN, a Terminales Portuarios Euroandinos Paita S.A.; asimismo, poner tales documentos en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente y, de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, para los fines correspondientes de acuerdo a ley.

Regístrese y comuníquese,

ROSA VERÓNICA ZAMBRANO COPELLO
Presidenta del Consejo Directivo

