



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Directiva

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, 31 de marzo de 2010

Nº 009-2010-CD-OSITRAN

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

VISTOS:

Informe Nº 016-10-GAL-OSITRAN, así como el Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia General Nº 009-2010-GG-OSITRAN;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

- 1.1 Con fecha 24 de octubre de 2007, se suscribió el Contrato de Concesión para la Construcción, Conservación y Explotación del Tramo Nº 5: Matarani – Azángaro e Ilo – Juliaca, del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú-Brasil (en adelante el Contrato de Concesión), entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en adelante el Concedente o MTC, y COVISUR.
- 1.2 Con fecha 26 de junio de 2008, se suscribió el Contrato de Supervisión del Tramo 5 del Corredor Vial Interoceánico del Sur, Perú – Brasil Nº 074-2008-OSITRAN entre OSITRAN y la empresa GMI S.A. Ingenieros Consultores, para que realice, entre otros, la verificación del Proyecto de Ingeniería de Detalle (PID) y la supervisión de la ejecución de las Obras de la Concesión.
- 1.3 En la misma fecha, se suscribió la Addenda Nº 01 al citado Contrato de Supervisión, estableciendo que GMI S.A. Ingenieros Consultores, en adelante el Supervisor, ya no se encargará de la supervisión y revisión del PID, ni de las actividades previstas en la Fase I "Actividades Preparatorias" del Contrato de Concesión.
- 1.4 Mediante Oficio Nº 1196-2008-MTC/25, de fecha 24 de noviembre de 2008, el Concedente indica que COVISUR podría dar inicio a la Fase de Ejecución de las Obras el día 27 de noviembre de 2008.



Av. República de Panamá Nº 3659
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-6115
Fax : (511) 421-4730
e-mail: info@ositran.gob.pe
www.ositran.gob.pe





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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



1.5 Los Planes de Tránsito Provisorio para los sectores en los que se iniciaron las Obras el 27 de noviembre de 2008, fueron presentados por el Concesionario al Supervisor de acuerdo con la siguiente secuencia:

- a) Carta N° 031-2008-CVIS-T5-SPF-GP de fecha 12 de diciembre de 2008
Presentación del Plan de Tránsito Provisorio del Sector Vía de Evitamiento de Azángaro
- b) Carta N° 038-2008-CVIS-T5-SPF-GP de fecha 15 de diciembre de 2008.
Presentación del Plan de Tránsito Provisorio del Sector 07, Santa Lucía - Juliaca.
- c) Carta N° 004-2009-CVIS-T5-RBG-IR de fecha 07 de enero de 2009.
Presentación del Plan de Tránsito Provisorio del Sector 12, Humajalso- Puente Gallatini.
- d) Carta N° 019-2009-CVIS-T5-RBG-IR de fecha 15 de enero de 2009.
Presentación del Plan de Tránsito Provisorio del Sector 14, Juliaca-Puno.

1.6 Mediante Informe N° 630-09-GS-OSITRAN, presentado a la Gerencia de Supervisión el 30 de julio de 2009, se da cuenta del presunto incumplimiento por parte de la empresa COVISUR de la Cláusula 6.22 del Contrato de Concesión.

1.7 En el citado informe, se indica lo siguiente:

- La fecha de inicio de la Fase de Ejecución de las Obras fue establecida por el Concedente para el día 27 de noviembre de 2008, debiendo iniciarse de manera obligatoria en los siguientes Sectores.
 - Santa Lucía-Juliaca
 - Juliaca-Puno
 - Puente Gallatini-Humajalso
 - Vía de Evitamiento de Azángaro
- La Cláusula 6.22 del Contrato de Concesión señala que 20 Días antes del inicio de cualquier Obra de construcción, el Concesionario debe presentar al Regulador, para su aprobación, un plan de tránsito provisorio para asegurar el tránsito fluido en todo el sector afectado por las Obras.
- En tal sentido, si la fecha de Inicio de la Etapa de Ejecución de Obras fue el día 27 de noviembre de 2008, la fecha límite para la presentación del Plan de Tránsito Provisorio debió ser el 30 de octubre de 2008.

1.8 Mediante Oficio N° 3338-09-GS-OSITRAN, recibido por el Concesionario el 24 de setiembre de 2009, se notificó el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia del Ejecutivo

por el presunto incumplimiento de la Cláusula 6.22 del Contrato de Concesión señalando que:

"Habría incumplido con lo establecido en la Cláusula 6.22 del Contrato de Concesión, al haber presentado fuera del plazo que se establece en ella, con tardanza significativa, los Planes de Tránsito Provisorios de los diferentes sectores que dieron inicio a su construcción el 27 de noviembre de 2008."

- 1.9 Con Carta N° 0706-2009-COVISUR, recibida el 12 de octubre de 2009, COVISUR solicita se le otorgue 5 días de plazo adicional para presentar los elementos probatorios suficientes que sustenten su escrito de descargos.
- 1.10 Mediante Oficio N° 3644-09-GS-OSITRAN, notificado el 14 de octubre de 2009, OSITRAN otorga la ampliación de plazo solicitado por COVISUR.
- 1.11 Con Carta N° 0728-2009-COVISUR, recibida el 19 de octubre de 2009, COVISUR remite a OSITRAN sus descargos.
- 1.12 Mediante Nota N° 1567-09-GS-OSITRAN, recibida el 16 de noviembre de 2009, se solicita la apertura de un periodo de pruebas para analizar los descargos presentados por el Concesionario.
- 1.13 Con Memorando N° 879-09-GS-OSITRAN, remitida a la Gerencia de Asesoría Legal con fecha 10 de diciembre de 2009, se solicita opinión respecto de la consideración de las Penalidades contractuales.
- 1.14 Mediante Oficio N° 4585-09-GS-OSITRAN se solicita al Supervisor la remisión de las copias de los libros de obras de los cuatro sectores materia del presente procedimiento administrativo sancionador.
- 1.15 Mediante Memorando N° 147-09-GAL-OSITRAN la Gerencia de Asesoría Legal responde lo solicitado.
- 1.16 Con Carta N° 280802-CG-1075, recibida el 06 de enero de 2010, el Supervisor remite la copia de los libros de obra de los sectores 07: Santa Lucía - Juliaca, 12: Humajalso - Puente Gallatini, 14: Juliaca - Puno y del Sector Vía de Evitamiento.
- 1.17 Con Oficio N° 022-10-GG-OSITRAN, recibido por COVISUR el 01 de febrero de 2010, se notificó la Resolución de Gerencia General N° 009-2010-GG-OSITRAN, que en base a lo señalado en el Informe N° 042-10-GS-OSITRAN, resolvió lo siguiente:

"PRIMERO: Declarar que la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A. incumplió con la obligación establecida en la Cláusula 6.22 del Contrato de Concesión, al haber presentado fuera del plazo que se establece en ella, con tardanza significativa, los Planes de Tránsito Provisorios de los diferentes sectores que





PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

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



dieron inicio a su construcción el 27 de noviembre de 2008; dicho incumplimiento está tipificado en el artículo 38º del el RIS como una infracción GRAVE.

SEGUNDO: Imponer a la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A., como sanción, por el incumplimiento referido en el artículo primero de la presente Resolución, una multa equivalente a sesenta (60) UIT, la misma que deberá ser pagada dentro del plazo establecido en el Artículo 75º de el RIS.

TERCERO: Notificar la presente Resolución a la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A.

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

1.18 Mediante Escrito s/n recibido con fecha 22 de febrero de 2010, COVISUR interpuso recurso de apelación en contra de la Resolución de Gerencia General N° 009-2010-GG-OSITRAN, en base a los siguientes principales argumentos:

- Respecto a la fecha desde la cual se debe contabilizar los 20 Días de anticipación con los que cuenta el Concesionario para presentar el Plan de Tránsito Provisorio, además de advertir que el Contrato de Concesión no establece el plazo exacto desde el cual se empieza a contabilizar el inicio de las Obras, considera que el Concedente era el llamado a precisar el momento del inicio de Obras debido a que es parte del Contrato y porque dicha determinación representa el ejercicio de su *ius imperium*.
- COVISUR estima que el Oficio N° 1196-2008-MTC/25 de fecha 24 de noviembre de 2008, remitido por el Concedente los indujo a error al precisar una fecha de inicio de Obras cuando aún no se había aprobado el PEO, conforme a lo indicado en el literal c) de la Cláusula 6.15 del Contrato de Concesión. Asimismo consideran que el error inducido por el MTC debe ser analizado según lo establecido en el Artículo 236º - A de la LPAG – Atenuantes de responsabilidad por infracción.
- En base a lo señalado y al hecho que COVISUR no tenía posibilidad de saber cuándo se podría iniciar la ejecución de las Obras, consideran que la fecha de inicio de obras es la fecha desde la que se debe computarse los 20 Días para la entrega de los Planes de Tránsito Provisorio.
- Tomando en cuenta que el 27 de noviembre de 2008 es la fecha desde la cual se debe contabilizar los 20 Días que tiene COVISUR para la entrega de los Planes de Tránsito Provisorio – PTP, en tanto que los Planes de Tránsito Provisorio de los Sectores Santa Lucía – Juliaca y de la Vía de Evitamiento de Azángaro se habrían presentado dentro del plazo; el retraso de siete (07) y trece (13) días para la entrega de los PTP de los Sectores Humajalco – Puente





PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

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

Presidente Ejecutivo

Gallatini y Juliaca – Puno no puede ser considerados como una tardanza significativa.

- El Concesionario señala que con la aplicación de la sanción no se ha respetado el Principio de Tipicidad establecido en el inciso 4 del Artículo 230° de la LPAG, toda vez que al momento que OSITRAN sanciona sobre la base de un artículo que no ha recogido claramente el supuesto de hecho de la infracción, dado que se ha presentado los PTP con tardanza que no puede ser considerada como significativa. En vista que el Principio de Tipicidad no admite interpretaciones extensivas o analogías, con fórmulas abiertas, en tanto que su utilización lleva consigo la apertura de un enorme margen de discrecionalidad a la hora de evaluar la existencia de conductas ilícitas, tal como se observa en la infracción contenida en el Artículo 38° del RIS.
- De igual manera consideran que se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad recogido en el inciso 3 del Artículo 230° de la LPAG, puesto que en la graduación de la sanción impuesta a COVISUR no tuvo en cuenta la proporcionalidad al incumplimiento calificado como infracción, más aun cuando no existen criterios objetivos que permitan determinar si hubo o no tardanza significativa en la entrega de información que contenía el PTP por parte de COVISUR.

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

- El Artículo 72° del RIS señala que el recurso de apelación se interpone en el plazo de 15 días hábiles contados desde la notificación de la Resolución de Gerencia General, a través de la cual se hubiese impuesto la sanción o resuelto la reconsideración.
- Los Artículos 207° y 209° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General – en adelante LPAG – establecen que el recurso de apelación se interpone cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación a la de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico.
- La Resolución de Gerencia General N° 009-2010-GG-OSITRAN, fue notificada a COVISUR a través del Oficio N° 022-10-GG-OSITRAN con fecha 01 de febrero de 2010.
- De conformidad con la documentación que obra en el expediente administrativo sancionador, COVISUR interpuso el recurso de apelación el día 22 de febrero de 2010, es decir, dentro del plazo legalmente establecido, sustentándose en cuestiones de puro derecho.





PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Principio de Efectividad

- 2.5 En consecuencia, consideramos que el recurso incoado debe ser admitido a trámite, correspondiendo efectuar en adelante la evaluación de fondo del mismo.

III. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- 3.1 De la lectura del recurso de apelación, así como de la revisión del Expediente, se desprende que las cuestiones en discusión son las siguientes:
- a) Si la comunicación del Concedente para señalar el inicio de Obras pudo inducir a error esencial al Concesionario
 - b) Sobre las facultades normativas, sancionadoras y fiscalizadoras de OSITRAN – aplicación del Principio de Tipicidad
 - c) Si la sanción aplicada a COVISUR cumple con el principio de Razonabilidad en materia administrativa.

IV. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

Si la comunicación del Concedente para señalar el inicio de Obras pudo inducir a error esencial al Concesionario

La posición del recurrente

- 4.1 El Concesionario afirma, entre otros, que: i) el Concedente era el llamado a precisar el momento del inicio de Obras debido a que es parte del Contrato y porque dicha determinación representa el ejercicio de su *ius imperium*; ii) que el Oficio N° 1196-2008-MTC/25 de fecha 24 de noviembre de 2008, remitido por el Concedente los indujo a error al precisar una fecha de inicio de Obras cuando aún no se había aprobado el PEO, conforme a lo indicado en el literal c) de la Cláusula 6.15 del Contrato de Concesión; y, iii) que al no tener la posibilidad de saber cuándo se podría iniciar la ejecución de las Obras, la fecha de inicio de obras es la fecha desde la que se debe computarse los 20 Días para la entrega de los Planes de Tránsito Provisorio.

Análisis

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

¹ Artículo 201.- Requisitos de error

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

Artículo 202.- Error esencial

El error es esencial:

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





PERU

Presidencia del Consejo de Ministros

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

Presidente

de lo cual se verificará en primer término si el Contrato de Concesión establece o no un procedimiento específico para considerar el inicio de obras, así como se analizará si la fijación de la fecha de inicio de Obras deba ser efectuada por alguna de las Partes y en base a ello observar si los elementos que el recurrente considera determinantes para incurrir en error resultan esenciales y conocibles.

4.3 Como primer elemento, no se considera válido el argumento del Concesionario referido a que para la determinación de atenuantes en la infracción cometida se debe tomar en cuenta lo señalado en el numeral 2) del Artículo 236º - A de la LPAG² puesto que el Oficio N° 1196-2008-MTC/25 emitido por el Concedente debe ser considerado como una comunicación que realiza en calidad de contraparte de una relación contractual y no en su calidad de Autoridad Administrativa, razón por la cual no resulta aplicable al presente caso el mencionado artículo. Hecha la aclaración, se pasará a analizar el Contrato de Concesión.

4.4 A efectos de entender la relevancia de la obligación contenida en la Cláusula 6.22 del Contrato de Concesión así como la necesidad de la entrega oportuna al Regulador del PTP, corresponde observar lo desarrollado en las Cláusulas 6.20 y siguientes del Contrato:

"Circulación del tránsito durante la Etapa de Ejecución de Obras

6.20.- El CONCESIONARIO queda obligado, mientras ejecute la Construcción y las labores de Conservación y la Explotación del Servicio, a cumplir las Leyes y Disposiciones Aplicables en materia de gestión de tráfico contenidas en las Especificaciones Técnicas Generales para la Construcción de Carreteras (EG - 2000), aprobada mediante R.D. 1146-2000-MTC/15.17 del 23 de diciembre del 2000; así como, seguir las indicaciones del Proyecto de Ingeniería de Detalle y a cumplir con las indicaciones y recomendaciones que al respecto determine el REGULADOR (...)

6.21.- Sin perjuicio de lo establecido en la cláusula que antecede, corresponde al CONCESIONARIO mantener transitables para todo tipo de vehículos, a su costo, los caminos públicos o variantes por los que fuera necesario desviar el tránsito a causa de la ejecución de Obras. Dichos caminos deberán permitir el tránsito y reunir todas las condiciones como para permitir un tráfico fluido, de acuerdo con lo establecido en el PID, de ser el caso, y teniendo en consideración lo señalado en la Cláusula 6.12 del Contrato.



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

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

Artículo 203.- Error conocible

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

² "Artículo 236-A.- Atenuantes de Responsabilidad por Infracciones

Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por la comisión de la infracción administrativa, las siguientes: (...)

2.- Error inducido por la administración por un acto o disposición administrativa, confusa o ilegal."





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia de la Nación

6.22.- Para el cumplimiento de la obligación descrita en la Cláusula anterior el CONCESIONARIO se obliga a presentar al REGULADOR para su aprobación, con veinte (20) Días de anticipación al inicio de cualquier tarea de Construcción, un plan de tránsito provisorio, con expresa mención de los métodos, procedimientos y tecnologías que aseguren el tránsito fluido en todo el sector afectado por las Obras. El REGULADOR emitirá su aprobación u opinión en un plazo no mayor a doce (12) Días. En caso de no emitir pronunciamiento se entenderá que el Plan de Tránsito Provisorio ha sido aprobado. El REGULADOR podrá verificar en cualquier momento el cumplimiento del plan de tránsito provisorio y aplicar las sanciones que corresponda en caso de comprobarse incumplimientos. Una vez puesto en práctica el plan, el REGULADOR podrá, previo acuerdo con el CONCESIONARIO, proponer modificaciones al mismo.

6.23.- De conformidad con la legislación vigente sobre la materia, el CONCESIONARIO está obligado a garantizar la seguridad del tránsito debiendo proveer, colocar y mantener letreros t señales de peligro, diurno y nocturno, en el lugar de la Obras y durante todo el periodo de ejecución de las mismas, y, en especial, durante las faenas de trabajo en la vía pública.”

(El subrayado y resaltado es nuestro)

4-5 Como se aprecia, el Contrato de Concesión establece la obligación del Concesionario de efectuar la ejecución de las Obras, no sólo de acuerdo a la normativa de la materia y a lo establecido en el Proyecto de Ingeniería de Detalle – PID, sino además debe velar porque dicha actividad permita un tráfico fluido, garantizando la seguridad del tránsito durante todo el periodo de ejecución de las Obras.

4-6 Para que el Regulador pueda verificar que el Concesionario cumpla con dicha obligación, la Cláusula 6.22 del Contrato de Concesión establece que COVISUR debe presentar a este Organismo el Plan de Tránsito Provisorio – PTP que permitirá observar que en el tramo afectado por las Obras se permita un tránsito fluido, de acuerdo a los métodos, procedimientos y tecnologías que el Concesionario considera necesarias para dicha labor. En caso se compruebe que COVISUR incumpla con dicha obligación, la precitada cláusula indica que será pasible de la sanción que le imponga el Regulador.

4-7 Respecto a este punto, como es fácil observar, el Contrato de Concesión determina i) la necesidad de contar con un PTP que permita al Regulador fiscalizar que la ejecución de las Obras no genera problemas de tránsito y seguridad en los sectores intervenidos; y ii), que dicho documento deba ser presentado con anterioridad al inicio de Obras.

4-8 De otro lado, corresponde revisar las cláusulas correspondientes para verificar el Inicio de la Etapa de Ejecución de Obras:





PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Pre

Definiciones

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

(...)

Inicio de la Construcción o fecha de Inicio de la Construcción

Es la fecha en la cual se inicia la Etapa de Ejecución de Obras, una vez verificados los supuestos establecidos en la Cláusula 6.15 del Contrato.

(...)

Inicio de la Etapa de Ejecución de Obras

6.15.- La ejecución de las Obras indicadas en el Anexo VIII del Contrato deberá iniciarse una vez que se haya dado cumplimiento a las siguientes exigencias:

a) Se haya aprobado el Proyecto de Ingeniería de Detalle (PID)

b) Se haya aprobado el Estudio de Impacto Ambiental (EIA)

c) Se haya aprobado el Programa de Ejecución de Obras

d) El CONCESIONARIO haya cumplido con entregar el o los contratos de ejecución de obras y la Garantía de Fiel Cumplimiento de Construcción de obras, lo cual deberá ocurrir a más tardar cinco (5) Días de realizado los eventos anteriores.

e) El CONCESIONARIO haya acreditado el Cierre Financiero.

Verificados los supuestos indicados en los Literales a), b), c) y e) el CONCESIONARIO deberá presentar en un plazo no mayor de cinco (05) Días, el o los contratos y garantía referidos en el Literal d) antes indicado.

4.9 Como se puede observar, el Contrato de Concesión es claro al determinar qué hechos determinan la fecha en la cual se da inicio a la etapa de Construcción, dando con ello inicio a las diversas obligaciones establecidas en la Sección VI del Contrato de Concesión.

4.10 Ha sido argumento del Concesionario el indicar que el Oficio N° 1196-2008-MTC/25 del Concedente lo indujo a error puesto que dicho documento le estableció una fecha de inicio de obra a pesar de no haberse presentado los supuestos establecidos en la Cláusula 6.15 del Contrato de Concesión.

4.11 Sobre el particular, si bien la presentación del PTP no representa un requisito para considerar el inicio de Obras (dado que no se encuentra dentro de las exigencias detalladas en la Cláusula 6.15), ello no exime de responsabilidad a COVISUR para elaborar y presentar oportunamente el mencionado documento.

4.12 Por ello, no es factible que el Concesionario no haya contemplado tomar las precauciones necesarias para elaborar un PTP ni tampoco puede aducir desconocimiento sobre la obligación contenida en la Cláusula 6.22, ni la oportunidad en la cual debe ser cumplida, más aun cuando, conforme lo señalado en las declaraciones que realizó el Concesionario al momento de suscribir el contrato, las mismas que se encuentran incluidas en la Cláusula 3.1 del Contrato de Concesión, éste





PERU

Presidencia del Consejo de Ministros

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

reconocía que el mencionado instrumento incorpora una serie de obligaciones legales y válidas que se comprometía a cumplir³.

4.13 Para considerar que la comunicación del Concedente indujo a error al Concesionario, debería considerarse el hecho que el Contrato de Concesión contemple la obligación del MTC de establecer la Fecha de Inicio de la Construcción. Sin embargo, de la sola revisión de las Cláusulas pertinentes, se observa que el Concedente no se encuentra facultado a determinar la Fecha de Inicio de la Construcción, puesto que la Cláusula 6.15 establece las exigencias que deben observar las Partes para entender que se ha dado comienzo a dicha etapa, por lo que no es posible pensar que una de las Partes tenga la capacidad de poder modificar las condiciones para dar Inicio a la Construcción sin que la otra no dé su consentimiento

4.14 De la revisión del Expediente, se tiene por descontado que las Partes dieron por iniciada la Construcción el 27 de noviembre de 2008, tal como consta en los libros de Obra de los Sectores 07, 12, 14 y de la Vía de Evitamiento de Azángaro. En dichos libros de obra, el Concesionario no hizo observación alguna respecto al Inicio de la Construcción, por lo que no es posible considerar fecha distinta desde la cual se determine el inicio de la etapa de Construcción, por lo que todos los derechos y obligaciones de las Partes contempladas en razón de dicha fecha son plenamente exigibles.

4.15 Asimismo, no es factible aceptar el argumento planteado por COVISUR de considerar como ejercicio del ius imperium del Concedente el inicio de las obras con el Oficio N°1196-2008-MTC/25, puesto que, conforme lo señala la resolución impugnada, dicha comunicación no es mandatoria, dado que el Contrato de Concesión no ha otorgado al Concedente la facultad de determinar el Inicio de la Construcción. Por tanto, el argumento del Concesionario que sobre este aspecto existe un cierto grado de desigualdad jurídica entre las Partes no puede ser compartido por este Organismo toda vez que lo señalado en la Cláusula 6.15 está pensado para que las Partes puedan exigirse entre sí y en igualdad de condiciones, el cumplimiento de los requisitos indicados en la precitada cláusula.

4.16 Por tanto, para que se pueda aceptar la posición del Concesionario no sólo se tendría que reconocer que COVISUR no conocía la obligación contemplada en la Cláusula 6.22, sino además el hecho que no conocía o no se encontraba en capacidad de conocer las exigencias de la Cláusula 6.15 para determinar el inicio de Obras. En vista que de la revisión del Contrato de Concesión y del Expediente no se genera la

³ Sobre este aspecto, el literal c) de la Cláusula 3.1 del Contrato de Concesión señala lo siguiente: "3.1.- El CONCESIONARIO garantiza al CONCEDENTE, en la Fecha de Suscripción del Contrato, la veracidad de las siguientes declaraciones:
(...)

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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

convicción suficiente para respaldar la posición del Concesionario, corresponde declarar infundado en este apartado, lo argumentado por el Recurrente.

4.17 En el mismo sentido, no resulta correcta la observación del Concesionario cuando manifiesta que no tenía capacidad de conocer el Inicio de la Construcción, puesto que la propia Cláusula 6.15 incorpora exigencias cuyo cumplimiento son de entera responsabilidad del Concesionario, tales como la acreditación del Cierre Financiero o la entrega de los contratos de ejecución de obras.

4.18 Adicionalmente, no resulta correcto el argumento planteado por el Concesionario respecto que el plazo de entrega del PTP se deba contabilizar desde la Fecha de Inicio de la Construcción ante la imposibilidad de saber cuándo se podría establecer dicha fecha, puesto que:

- a) Dicha interpretación no se extrae de la Cláusula 6.22 del Contrato de Concesión, y por tanto no es factible aceptar el argumento esgrimido, en el sentido que la fecha de presentación de los PTP sea el 22 de diciembre de 2008; y,
- b) Porque la Cláusula 6.12 del Contrato de Concesión⁴ establece un mecanismo de contabilización de plazos para la entrega del Plan de Ejecución de Obras – PEO que resulta similar al detallado en la Cláusula 6.22. Considerando que el Concesionario cumplió con presentar el PEO dentro de los plazos establecidos en el Contrato de Concesión, no es posible establecer un tratamiento distinto para dos obligaciones que cuentan con un procedimiento similar.

4.19 En este sentido, dado que el Contrato de Concesión establece de forma clara tanto el procedimiento a seguir para la presentación del PTP, así como el hecho que el Concedente no se encuentra facultado a determinar el Inicio de la Construcción, lo señalado por el Concedente mediante el Oficio N° 1196-2008-MTC/25 no resulta una información esencial para generar error en el Concesionario al momento de determinar el plazo con el que cuenta para presentar el PTP. Entender algo distinto, sería ir en contra de lo establecido expresamente en el Contrato de Concesión.

4.20 Por lo indicado, se puede concluir que, en este extremo, se debe declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por el supuesto error o confusión alegado por el Concesionario y siendo el caso que el incumplimiento a la presentación de información con tardanza significativa conforme a los plazos señalados en el Contrato de Concesión se encuentra expresamente tipificada como infracción en el Artículo 38° del RIS, corresponde la imposición de la sanción que amerita el hecho.

⁴ El primer párrafo de la Cláusula 6.12 del Contrato de Concesión señala lo siguiente:
"6.12.- El planteamiento de la organización de las Obras corresponde al CONCESIONARIO, el mismo que se reflejará en el Programa de Ejecución de Obras. Con una anticipación de veinte (20) Días al inicio de la Construcción, el CONCESIONARIO deberá presentar en medios magnéticos y físicos para conocimiento del REGULADOR, el Programa de Ejecución de Obras, que incluya tiempos de ejecución de todas las Subpartidas relativas a la Obra correspondiente para su culminación.
(...)"





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Sobre las facultades normativas, sancionadoras y fiscalizadoras de OSITRAN – aplicación del Principio de Tipicidad

La posición del recurrente

- 4.21 En su escrito de apelación, el Concesionario cuestiona que con la aplicación de la sanción se está afectando el Principio de Tipicidad establecido en el Artículo 230° de la LPAG puesto que la infracción que se ha tipificado no recoge claramente el supuesto de hecho presentado, y que toda evaluación que se realice representa un enorme margen de discrecionalidad al momento de evaluar la existencia de conductas ilícitas.

Análisis

- 4.22 Como primer aspecto a comentar, considerando expresamente que no se ha aceptado la interpretación del Concesionario de contabilizar el plazo para la entrega del PTP desde la Fecha de Inicio de la Construcción, puesto que dicho argumento no se extrae de la lectura de la Cláusula 6.22 del Contrato de Concesión, igualmente corresponde dejar en claro los alcances de la infracción indicada en el Artículo 38° del RIS, a la luz del Principio de Tipicidad establecido en el numeral 4 del Artículo 230° de la LPAG5.

- 4.23 Al respecto, el literal c) del 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,6 establece que la función normativa de los Organismos Reguladores comprende la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los

5 "Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

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

"Artículo 3 - Funciones

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

(...)

- c. Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulan los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;

Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones regulatorias y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador.

- d. Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión"

(El subrayado es nuestro)





contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por los propios Organismos Reguladores, en tanto el literal d) del precitado numeral precisa la facultad de éstos de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión.

4.24 Por ello, resulta claro que el legislador, al momento de conferir a los Organismos Reguladores la potestad de tipificar las infracciones que cometan los concesionarios y de sancionar dichas conductas, toma en cuenta la plena autonomía administrativa y funcional que detentan dichos organismos, para establecer dentro del reglamento de infracciones que implemente, no sólo aquellas infracciones establecidas en la normativa, sino además incorporar toda infracción cometida respecto a obligaciones establecidas en los contratos de concesión que se encuentran en su ámbito de competencia.

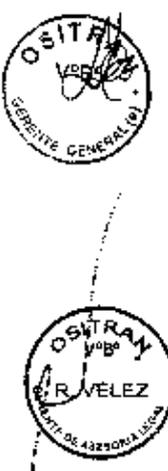
4.25 Por tanto, en consideración del carácter supletorio que tiene la LPAG⁷ respecto de aquellas facultades que, por ley, son conferidas a los organismos reguladores, se debe tener en cuenta que el Principio de Tipicidad definido en la LPAG se complementa con la atribución de los organismos reguladores, entre los que se encuentra OSITRAN, de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas en normas legales, normas técnicas, contratos de concesión y disposiciones reguladoras y normativas dictadas por OSITRAN.

4.26 Dicho esto, corresponde analizar los alcances de la infracción determinada en el Artículo 38° del RIS8. El mencionado artículo indica que se entenderá como infracción grave la entrega por parte del Concesionario de documentación con tardanza significativa, en relación a las condiciones o plazos establecidos en el Contrato de Concesión.

4.27 Para entender cuándo nos encontramos ante un supuesto de entrega de información con tardanza significativa, se debe tomar en cuenta no sólo el atraso cometido por el Concesionario, sino además la necesidad que dicha obligación deba ser efectuada, sin dejar de lado los perjuicios que dicho incumplimiento ocasione en las acciones de supervisión a cargo de OSITRAN.

⁷ El Artículo II del Título Preliminar de la LPAG señala que dicho cuerpo normativo rige de manera supletoria en aquellos aspectos no previstos en procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa. Si bien el citado artículo señala además que las autoridades administrativas que reglamenten los procedimientos especiales cumplirán con seguir los principios administrativos que se establecen en la LPAG, se debe comentar que ello debe realizarse tomando en consideración las potestades y funciones que la ley asigne a las entidades a las que se habilite la posibilidad de tipificar sanciones así como a las características que detentan dichos organismos.

⁸ 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."





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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



- 4.28 En el caso particular, la obligación de presentar a OSITRAN el PTP con anterioridad al inicio de la Construcción se sustenta en el hecho que con dicho documento el Regulador se encuentra en capacidad de poder contrastar y verificar que el Concesionario cumple con realizar las Obras en condiciones que permitan el tránsito fluido, así como observar que dichas medidas garantizan la seguridad del tránsito durante la etapa de Construcción.
- 4.29 Considerando que el Concesionario conocía perfectamente el procedimiento a seguir y la oportunidad en la cual debía presentar el PTP, así como la importancia que dicha documentación deba ser conocida por el Regulador, de la revisión del Expediente se verifica que COVISUR presentó de manera parcial la documentación requerida para los Sectores en los cuales se iniciaron las Obras superando, en todos los casos, los 30 días de atraso.
- 4.30 En ese lapso, el Regulador no se encontraba en capacidad de verificar de manera previa si las medidas consideradas por el Concesionario eran adecuadas, sino que, una vez iniciadas las Obras, no podía contrastar el cumplimiento de las condiciones necesarias para permitir un tráfico fluido. Tomando en cuenta lo antes mencionado, no sólo se puede observar que el retraso en que incurrió COVISUR resulta considerable sino que, en vista a la importancia que concita contrastar que los procedimientos, métodos y tecnologías empleador por el Concesionario garantizan un tráfico fluido durante la ejecución de Obras, no era posible verificar la idoneidad de la medidas efectuadas por el Concesionario.
- 4.31 En vista de lo mencionado, se considera que la infracción cometida por el Concesionario se encuentra tipificada en el Artículo 38° del RIS, y por tanto, es pasible de sanción administrativa; por lo que se debe declarar infundada, en este extremo, la impugnación formulada por el Concesionario.

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

La posición del recurrente

- 4.32 En su escrito de apelación, el Concesionario señala que con la Resolución de Gerencia General N° 009-2010-GG-OSITRAN no se ha tomado en consideración la proporcionalidad al incumplimiento calificado como infracción

Análisis

- 4.33 En vista que de manera previa se ha analizado los alcances de la tardanza injustificada en base a los argumentos presentados por el Concesionario, los cuales no han sido aceptados, a continuación se observará la cuantía de la sanción en base al Principio de Razonabilidad establecido en la LPAG.





PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia

4-34

Con la finalidad de evaluar si la sanción impuesta mediante la Resolución de Gerencia General N° 009-2010-GG-OSITRAN resulta acorde con el Principio de Razonabilidad previsto dentro de los Principios de la Potestad Sancionadora Administrativa, es necesario analizar los criterios objetivos que en orden de prelación se señalan en el numeral 3 del Artículo 230° de la LPAG9, a efectos de su determinación:

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

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

Con la Resolución de Gerencia General N° 009-2010-GG-OSITRAN se señala lo que *"En el presente caso, cabe tener en cuenta que de acuerdo al Informe de Hallazgos N° 630-09-GS-OSTRAN, el incumplimiento denunciado, afectó al Regulador debido a que no contó con el Plan de Tránsito Provisorio desde el inicio de las Obras. Dicho documento es necesario para el adecuado ejercicio de la función Supervisora, no pudiendo contrastarse los métodos y procedimientos aplicados en campo, con los señalados en el documento que debió ser previamente propuesto para su revisión y aprobación. En relación a los usuarios finales, el mismo informe señala que fueron afectados ya que no se contó con un Plan de Tránsito Provisorio, que es el documento establecido por el Contrato de Concesión, en el que se expresan los métodos, procedimientos y tecnologías que aseguren un tránsito fluido en dichos sectores y por lo tanto, su cumplimiento es de imperioso cumplimiento a fin de que no se atente contra la seguridad de los usuarios en la vía."*

Sobre el particular, se coincide plenamente con lo analizado por la Gerencia General.

De otro lado, la citada resolución indica lo siguiente.

"No obstante ello, para la graduación de la sanción pecuniaria, debe tenerse presente que no se ha cuantificado en los presentes autos el daño al interés público o bien jurídico protegido, ni el perjuicio económico a los usuarios finales, los usuarios intermedios ni al Estado Peruano representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de concedente."

⁹ Modificado por Decreto Legislativo N° 1029





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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



Por otro lado, se debe mencionar que de la revisión efectuada al Registro de Infracciones y Sanciones aplicadas a las empresas prestadoras, se ha verificado que no existe antecedente, de sanción o conducta similar en años anteriores, para con la empresa concesionaria COVISUR, por lo que se descarta que exista una conducta repetitiva."

En principio, se concuerda con el análisis realizado por la Gerencia General en el sentido que los criterios anteriormente señalados no se han presentado en el caso materia de la infracción, sin embargo, al momento de imponerse la sanción a COVISUR, se le ha aplicado la máxima sanción posible, según la escala de sanciones descrita en el Artículo 61º del RIS.

Al respecto, se considera que en el caso concreto no resulta factible aplicar la máxima sanción posible toda vez que se debe ponderar la cuantía en base a la existencia o no de todos los criterios señalados en el numeral 3 del Artículo 230º de la LPAG. Como en el presente caso se ha comprobado que no se han presentado ciertos criterios establecidos en el citado artículo, lo cual evidencia circunstancias atenuantes que deben ser consideradas al momento de graduar la sanción a imponer al Concesionario.

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

Sobre este punto, con la Resolución de Gerencia General N° 009-2010-GG-OSITRAN, se indica que "(...) en virtud a lo establecido en el Contrato de Concesión, la empresa concesionaria conocía perfectamente la fecha en que debía presentar los Planes de Tránsito Provisorio, y esta era, veinte (20) días antes del inicio de cualquier tarea de construcción. Si bien lo sucedido no nos permite afirmar si existió o no intencionalidad, lo que si se evidencia es que hubo negligencia inexcusable por parte de la empresa concesionaria COVISUR para el cumplimiento de la obligación contractual aludida."

Conforme se indicó anteriormente, se considera que el Concesionario no puede alegar como eximente de responsabilidad el supuesto error al que fue inducido por el Oficio N° 1196-2008-MTC/25 del Concedente, así como por el hecho que COVISUR conocía perfectamente tanto el procedimiento a seguir así como los plazos establecidos en la Cláusula 6.22 para presentar el PTP; razón por lo que se concuerda con lo analizado por la Gerencia General.

De otro lado, en cuanto a si hubo o no intencionalidad del infractor para incumplir con las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión, concordamos con lo señalado en la Resolución de Gerencia General N° 009-2010-GG-OSITRAN respecto a que no es posible advertir intención de COVISUR de cometer la infracción pero si se percibe negligencia de su parte, puesto que las condiciones y procedimientos para la presentación del PTP se encuentran claramente establecidos en el Contrato de Concesión.



Av. República de Panamá N° 3859
Urb. El Palomar - San Isidro
Tel : (511) 440-5115
Fax: (511) 421-4739
e-mail: info@ositrans.gob.pe
www.ositrans.gob.pe



Página 16 de 18



OSITRAN

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



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

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



4-35

De la evaluación de los criterios que determinan la cuantía de la sanción a imponer, se considera que la sanción debe partir de una multa base, de acuerdo a la Escala de Sanciones prevista en el Artículo 61º del RIS¹⁰, la misma que será graduada según los criterios descritos bajo el Principio de Razonabilidad; por lo que corresponde **REVOCAR** la multa impuesta a Concesionaria Vial del Sur S.A. a través de la Resolución de Gerencia General N° 009-2010-GG-OSITRAN, a efectos que se considere cincuenta (50) UIT's por concepto de sanción al haber incumplido con presentar el Plan de Tránsito Provisorio con tardanza significativa, conforme al procedimiento y plazo determinado en la Cláusula 6.22 del Contrato de Concesión.

POR LO EXPUESTO y en base al análisis contenido en el Informe N° 016-10-GAL-OSITRAN en aplicación de lo dispuesto en el Literal f) del Artículo 53º del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por D.S. N° 044-2006-PCM y modificado por el D.S. N° 057-2006-PCM, estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión N° 344 de fecha 30 de marzo de 2010;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar **FUNDADO EN PARTE** el recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 009-2010-GG-OSITRAN, en lo referido a la cuantía de la sanción a imponer a la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A., y **CONFIRMAR** en sus demás extremos la citada Resolución, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

SEGUNDO.- **REVOCAR** la multa impuesta con la Resolución de Gerencia General N° 009-2010-GG-OSITRAN reduciéndola de sesenta (60) UIT's a cincuenta (50) UIT's a imponer a la empresa Concesionaria Vial del Sur S.A.

10

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

1/ Incluye la posibilidad de amonestación pública.





PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia

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

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

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

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

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal. N° PD N° 6488-10



OSITRAN

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