



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

RESOLUCION DE CONSEJO DIRECTIVO

Lima, 04 de julio de 2011

Nº 026-2011-CD-OSITRAN

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

VISTOS:

Informe Nº 025-11-GAL-OSITRAN, así como el Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia General Nº 006-2011-GG-OSITRAN, y;

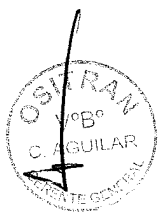
CONSIDERANDO:

Que, de conformidad con el Artículo 2º de la Ley Nº 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, en concordancia con lo señalado en los Artículos 31º y 32º de la Ley Nº 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, se señala que los Organismos Reguladores son Organismos Públicos Especializados creados para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional; que cuentan con independencia para ejercer sus funciones con arreglo a su Ley de creación; y se encuentran dotados de autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera;

Que, el literal c) del numeral 3.1 del Artículo 3º de la Ley Nº 27332 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 contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por los propios Organismos Reguladores;

Que, el literal d) del precitado numeral precisa la facultad de los organismos reguladores 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;

Que, con fecha 17 de junio de 2005, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A. suscribieron el Contrato de Concesión para la Construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Conservación, y Explotación de los tramos viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del "Plan de acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana – IIRSA";



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

Página 1 de 4

ISO 9001
BUREAU VERITAS
Certification





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

Que, mediante Acta N° 088-10, de fecha 17 de julio de 2010, se indicó que las fichas del programa de manejo ambiental referidas a las áreas a utilizar como DME's son aptas para su uso. Asimismo, en dicho documento se recomendó lo siguiente: "El Concesionario no usará las áreas hasta que se emita la conformidad respectiva a las fichas del programa de manejo ambiental";

Que, con Carta N° 1094-CINSA-OSITRAN, recibida con fecha 16 de julio de 2010, el Concesionario solicitó al Regulador, entre otros, la aprobación del Programa de Manejo Ambiental como DME en la zona ubicada en el km. 269+300 LD;

Que, mediante Oficio N° 3139-10-GS-OSITRAN, de fecha 27 de julio de 2010, se otorgó la conformidad de los Programas de Manejo Ambiental señalados en la Carta N° 1094-CINSA-OSITRAN;

Que, con Oficio N° 1106-2010-MTC/16, recibido con fecha 20 de agosto de 2010, la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales del MTC informó sobre la desaprobación del Programa de Manejo Ambiental para el DME a ser ubicado en el km. 269+300 LD, puesto que se verificó in situ que el Concesionario venía utilizando la zona antes mencionada como DME sin que tuviera la autorización correspondiente;

Que, con Informe N° 1267-10-GS-OSITRAN, de fecha 04 de octubre de 2010, la Gerencia de Supervisión tomó conocimiento del presunto incumplimiento por parte del Concesionario de las Cláusulas 11.22 y 11.23 del Contrato de Concesión, referidas a las normas medio ambientales contenidas en el Plan de Gestión Ambiental .Detallado del Tramo Rioja – Corral Quemado;

Que, con Resolución de Gerencia General N° 006-2011-GG-OSITRAN, debidamente notificada el 11 de enero de 2011, se resolvió, luego de revisado el Informe N° 1713-10-GS-OSITRAN, declarar que el Concesionario incumplió con lo establecido en las Cláusulas 11.22 y 11.23 del Contrato de Concesión, al haber utilizado la zona ubicada en el Km. 269+300 LD sin contar la autorización correspondiente como Depósito de Material Excedente, incumpliendo de esta forma la obligación de tutela en materia de protección de medio ambiente; hecho que se encuentra tipificado en el Artículo 13° del Reglamento de Infracciones y Sanciones – RIS de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN y sus modificaciones, como una infracción GRAVE, imponiendo una multa equivalente a quince (15) UIT's;

Que, mediante escrito s/n recibido con fecha 31 de enero de 2011, el Concesionario interpuso Recurso de Apelación contra de la Resolución de Gerencia General N° 06-2011-GG-OSITRAN;

Que, con fecha 13 de mayo de 2011; el Concesionario hizo uso de la palabra ante el Consejo Directivo de OSITRAN, reiterando los argumentos esgrimidos en su Recurso de Apelación;



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

Página 2 de 4





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

Que, el Artículo 207º de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, en el numeral 207.2, establece que el término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios;

Que, de la evaluación del expediente, se ha verificado que el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo establecido en el Artículo 207º de la Ley N° 27444 y que cumple con los requisitos establecidos en los Artículos 113º y 211º de la referida norma, por lo que corresponde emitir un pronunciamiento sobre el fondo del recurso;

Que, con Informe N° 025-11-GAL-OSITRAN, la Gerencia de Asesoría Legal, después de analizar la documentación contenida en el Expediente N° 020-2010-GS-OSITRAN, señala que se debe declarar improcedente la Acumulación solicitada y fundado en parte el Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 006-2011-GG-OSITRAN, formulado por la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A.; y por tanto REDUCIR la sanción de quince (15) UIT's, impuesta a la citada empresa a través de la mencionada Resolución de Gerencia General, a diez (10) UIT's, al haber utilizado la zona ubicada en el Km. 269+300 LD sin la autorización que corresponde como Depósito de Material Excedente, incumpliendo de esta forma la obligación de tutela en materia de protección de medio ambiente; hecho que se encuentra tipificado en el Artículo 13º del RIS como una infracción GRAVE;

Que, conforme al literal f) del Artículo 53º del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM y al Manual de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-2007-CD-OSITRAN, modificado por Resolución N° 009-2009-CD-OSITRAN, es función del Consejo Directivo de OSITRAN resolver en segunda y última instancia los recursos impugnativos que le corresponda conocer de conformidad con lo establecido en la Ley N° 26917, el citado Reglamento y en las normas que apruebe;

POR LO EXPUESTO y en base al análisis contenido en el Informe N°025-11-GAL-OSITRAN que el Consejo Directivo lo hace suyo y, en consecuencia, lo incorpora íntegramente a la parte considerativa de la presente Resolución; 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; y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión N° 391 de fecha 01 de julio de 2011;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar IMPROCEDENTE la Acumulación de expedientes solicitada por la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A. en su Recurso de Apelación.

[Firma manuscrita]



OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

Página 3 de 4





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

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

Presidencia Ejecutiva

SEGUNDO.- Declarar FUNDADO EN PARTE el Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 006-2011-GG-OSITRAN, interpuesto por la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A., por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

TERCERO.- REDUCIR la sanción impuesta por la Resolución de Gerencia General N° 006-2011-GG-OSITRAN, de quince (15) UIT's a diez (10) UIT's a la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A., al haber utilizado la zona ubicada en el Km. 269+300 LD sin la autorización que corresponde como Depósito de Material Excedente, incumpliendo de esta forma la obligación de tutela en materia de protección de medio ambiente; hecho que se encuentra tipificado en el Artículo 13° del Reglamento de Infracciones y Sanciones - RIS de OSITRAN, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN y sus modificaciones, como una infracción GRAVE.

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

QUINTO.- DISPONER que la Gerencia de Supervisión, una vez consentida la presente Resolución, remita los actuados a la Gerencia de Administración y Finanzas para que inicie las acciones de cobranza correspondientes.

SEXTO.- NOTIFICAR a la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A. la presente Resolución, así como el Informe N° 025-11-GAL-OSITRAN.

SETIMO.- PONER EN CONOCIMIENTO del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de Concedente, la presente Resolución.

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

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JESÚS TAMAYO PACHECO
Presidente (e) del Consejo Directivo

Reg. Sal. N° PD N° 14559-11

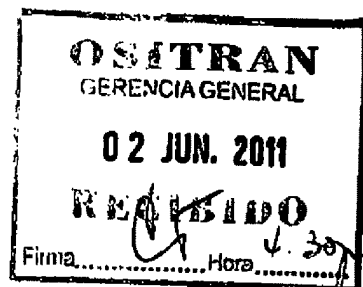


OSITRAN
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN
INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DE USO PÚBLICO

Página 4 de 4



INFORME N° 025-11-GAL-OSITRAN



A : **CARLOS AGUILAR MEZA**
Gerente General

C.c. : **LUIGI D'ALFONSO CROVETTO**
Gerente de Supervisión (e)

Asunto : Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia General
N° 006-2011-GG-OSITRAN (PAS)

Referencia : Expediente Sancionador N° 020-2010-GS-OSITRAN
Concesionaria IIRSA Norte S.A.

Fecha : 02 de junio de 2011

I. OBJETIVO:

El objetivo del presente Informe es emitir opinión legal sobre el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A., en adelante *el Concesionario*, en contra de la Resolución de Gerencia General N° 006-2011-GG-OSITRAN, que resolvió que la citada empresa incumplió con lo establecido en las Cláusulas 11.22 y 11.23 del Contrato de Concesión para la Construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Conservación, y Explotación de los tramos viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del "Plan de acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana – IIRSA" (en adelante el Contrato de Concesión) al haber utilizado la zona ubicada en el Km. 269+300 LD sin la autorización que corresponde como Depósito de Material Excedente, incumpliendo de esta forma, la obligación de tutela en materia de protección del Medio Ambiente, imponiendo una sanción equivalente a quince (15) UIT's.

II. ANTECEDENTES:

- 2.1. Con fecha 17 de junio de 2005, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC o Concedente) y el Concesionario suscribieron el Contrato de Concesión para la Construcción, Rehabilitación, Mejoramiento, Conservación, y Explotación de los tramos viales del Eje Multimodal del Amazonas Norte del "Plan de acción para la Integración de Infraestructura Regional Sudamericana – IIRSA" (en adelante el Contrato de Concesión).
- 2.2. Mediante Acta N° 088-10, de fecha 17 de julio de 2010, se indica que las fichas del Programa de Manejo Ambiental referidas a las áreas a utilizar como DME's, presentadas por el Concesionario, son aptas para su uso. Asimismo, en dicho documento se recomienda lo siguiente: *"El Concesionario no usará las áreas hasta que se emita la conformidad respectiva a las fichas del programa de manejo ambiental"*.
- 2.3. Con carta N° 1094-CINSA-OSITRAN, recibida con fecha 16 de julio de 2010, el Concesionario solicita al Regulador, entre otros, la aprobación del Programa de Manejo Ambiental como DME en la zona ubicada en el km. 269+300 LD.



2.4. Mediante Oficio N° 3139-10-GS-OSITRAN, de fecha 27 de julio de 2010, se otorgó la conformidad a los Programas de Manejo Ambiental señalados en la Carta N° 1094-CINSA-OSITRAN.

2.5. Con Oficio N° 1106-2010-MTC/16, recibido con fecha 20 de agosto de 2010, la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales del MTC informa la desaprobación del Programa de Manejo Ambiental para el DME a ser ubicado en el km. 269+300 LD, puesto que se verificó *in situ* que el Concesionario venía utilizando la zona antes mencionada como DME sin que tuviera la autorización correspondiente.

2.6. Mediante Informe N° 1267-10-GS-OSITRAN, de fecha 04 de octubre de 2010, la Gerencia de Supervisión toma conocimiento del presunto incumplimiento por parte del Concesionario de las Cláusulas 11.22 y 11.23 del Contrato de Concesión, referidas a las normas medio ambientales contenidas en el Plan de Gestión Ambiental Detallado del Tramo Rioja – Corral Quemado.

2.7. Con Oficio N° 4594-10-GS-OSITRAN, de fecha 03 de noviembre de 2010, la Gerencia de Supervisión notificó al Concesionario el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador, en base a lo señalado en el Informe N° 1267-10-GS-OSITRAN, en el sentido que::

"Habría incumplido con lo establecido en las Cláusula 11.22 y 11.23, al haber utilizado la zona ubicada en el Km. 269+300 LD sin la autorización que corresponde como Depósito de Material Excedente, incumpliendo de esta forma, una obligación de tutela en materia de protección del Medio Ambiente."

2.8. Mediante Carta N° 1267-CINSA-OSITRAN, recibida el 16 de noviembre de 2010, el Concesionario solicita la ampliación del plazo para la remisión de sus descargos, requerimiento que fue aceptado por la Gerencia de Supervisión mediante Oficio N° 4886-10-GS-OSITRAN.

2.9. Con escrito s/n, recibido con fecha 24 de noviembre de 2010, el Concesionario remitió a OSITRAN sus respectivos descargos.

2.10. Mediante Oficio N° 010-11-GG-OSITRAN, debidamente notificado el 11 de enero de 2011, OSITRAN remitió al Concesionario copia fedateada de la Resolución de Gerencia General N° 006-2011-GG-OSITRAN, en la cual, luego de revisado el Informe N° 1713-10-GS-OSITRAN se resuelve declarar que el Concesionario incumplió con las disposiciones contenidas en las Cláusulas 11.22 y 11.23 del Contrato de Concesión, al haber utilizado la zona ubicada en el Km. 269+300 LD sin la autorización que corresponde como Depósito de Material Excedente, incumpliendo de esta forma, la obligación de tutela en materia de protección de medio ambiente; imponiendo una multa equivalente a quince (15) UIT's.

2.11. Con escrito s/n, recibido con fecha 31 de enero de 2011, el Concesionario interpuso Recurso de Apelación en contra de la Resolución de Gerencia General N° 006-2011-GG-OSITRAN, en base a los siguientes principales argumentos:

- El incumplimiento del Concesionario no encaja dentro del supuesto de hecho de la infracción imputada, puesto que existe una indebida tipificación de la presunta infracción, por lo cual deviene en nulo. Para ello, sostienen que la utilización de la zona ubicada en el Km. 269+300 como Depósito de Material Excedente (en



adelante DME) se efectuó en base de la opinión técnica favorable otorgada en campo con el Acta N° 088-10, la cual fue posteriormente validada por OSITRAN, mediante el Oficio N° 3139-10-GS-OSITRAN.

- El Regulador se encuentra obligado de abstenerse de aplicar una sanción si resulta innecesaria, porque no hay un daño que reparar dado que, en base a los principios de proporcionalidad y razonabilidad consagrados en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, no se ha acreditado que el incumplimiento que se imputa al Concesionario haya causado daños o perjuicios al medio ambiente, al Concedente o a cualquier usuario de la infraestructura; situación que debió dar mérito al archivo del presente procedimiento o, en su defecto, a la abstención de imponer sanción al Concesionario.
- En el presente procedimiento administrativo sancionador no se ha valorado de manera correcta el presunto incumplimiento cometido por el Concesionario, observándose un inadecuado análisis del caso conforme a los elementos y principios consagrados en el RIS y en la LPAG para la graduación de una sanción administrativa.
- Conforme a lo indicado por el Consorcio Supervisor Nor Oriental, dicho supervisor respalda la posición del Concesionario y desvirtúa todos los fundamentos en virtud de los cuales se quiere imponer una sanción administrativa ascendente a quince (15) UIT's, dado que se certifica que no ha habido ningún incumplimiento de su parte, respecto de las obligaciones de tutela en materia de protección del Medio Ambiente que están a su cargo.

2.12. Con fecha 13 de mayo de 2011, el Concesionario hizo uso de la palabra ante el Consejo Directivo de OSITRAN, reiterando los argumentos esgrimidos en su Recurso de Apelación.

III. ANALISIS DEL CUMPLIMIENTO DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN:

- 3.1. El Artículo 72° del RIS señala que el Recurso de Apelación se interpone en el plazo de 15 días hábiles contados desde la notificación de la Resolución de Gerencia General, a través de la cual se hubiese impuesto la sanción o resuelto la reconsideración.
- 3.2. Los Artículos 207° y 209° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General –en adelante LPAG– establecen que el Recurso de Apelación se interpone cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación 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.
- 3.3. La Resolución de Gerencia General N° 006-2011-GG-OSITRAN fue debidamente notificada al Concesionario, a través del Oficio N° 010-11-GG-OSITRAN, con fecha 11 de enero de 2011.
- 3.4. De conformidad con la documentación que obra en el expediente administrativo sancionador, el Concesionario interpuso el Recurso de Apelación el día 31 de enero de 2011, es decir, dentro del plazo legalmente establecido, sustentándose en cuestiones de puro derecho.



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

IV. CUESTIÓN PREVIA:

- 4.1 Conforme a lo señalado en su escrito de apelación, el Concesionario solicita, en aplicación de lo señalado en los Artículos 116^{o1} y 149^{o2} de la LPAG, la acumulación de los procedimientos sancionadores, Expedientes N° 012 y 020-2010-GS-OSITRAN, puesto que consideran que existe evidente conectividad e identidad de los elementos de análisis en los referidos procedimientos sancionadores.
- 4.2 Sobre el particular, Morón señala que: "(...) *la acumulación de peticiones o de solicitudes, tiene el propósito que se les tramite en un mismo acto administrativo, de manera agregada y simultánea y, luego concluyan en un mismo acto administrativo, evitando traslados, notificaciones, simplificando la actuación de pruebas y limitando la proliferación de recursos.* (...)”³
- 4.3 Así, en base al principio de celeridad⁴, la acumulación consiste en juntar 2 o más solicitudes con el objeto de tratarlos conjuntamente y darles una solución única, aunque no necesariamente unitaria. Este tipo de solicitud, el que normalmente es solicitado por el administrado al comienzo de un proceso administrativo, puede sin embargo ser requerido de manera posterior, no existiendo mayor limitación para que dicha solicitud sea actuada en un procedimiento administrativo sancionador, en tanto se compruebe la conexión entre las pretensiones.
- 4.4 Como resulta claro entender, la principal finalidad de la acumulación de procesos es evitar que la Administración emita sentencias contradictorias, a pesar de la conexión entre las pretensiones.
- 4.5 No obstante ello, debe recordarse que el numeral 116.3 del Artículo 116° y el Artículo 149° de la LPAG establece que la acumulación será puesta a criterio de la autoridad administrativa, la cual, en caso verificara la no existencia de conexión entre las solicitudes u observara incompatibilidad entre las peticiones, podrá sustanciarlas individualmente si fueren separables.

¹ Artículo 116.- Acumulación de solicitudes

116.1 En caso de ser varios los administrados interesados en obtener un mismo acto administrativo sin intereses incompatibles, pueden comparecer conjuntamente por medio de un solo escrito, conformando un único expediente.

116.2 Pueden acumularse en un solo escrito más de una petición siempre que se trate de asuntos conexos que permitan tramitarse y resolverse conjuntamente, pero no planteamientos subsidiarios o alternativos.

116.3 Si a criterio de la autoridad administrativa no existiera conexión o existiera incompatibilidad entre las peticiones planteadas en un escrito, se les emplazará para que presente peticiones por separado, bajo apercibimiento de proceder de oficio a sustanciarlas individualmente si fueren separables, o en su defecto disponer el abandono del procedimiento.”

² Artículo 149.- Acumulación de procedimientos

La autoridad responsable de la instrucción, por propia iniciativa o a instancia de los administrados, dispone mediante resolución irrecusable la acumulación de los procedimientos en trámite que guarden conexión.”

³ MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica S.A., Octava Edición 2009, pp. 399-400.

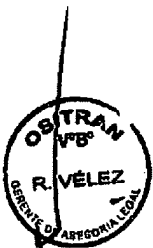
⁴ El Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG señala lo siguiente:

“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.9. Principio de celeridad.- Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.”



- 4.6 En el presente caso, luego de analizar adecuadamente cada uno de los expedientes que se han requerido acumular, se ha observado que las circunstancias en las cuales se configuraron los supuestos incumplimientos contractuales y, por ende, la tipificación de la infracción contemplada en el Artículo 13° del RIS difieren en cada caso, lo cual evidencia la falta de conexión de ambos procesos, por lo que resulta factible analizar y resolver por separado los expedientes sancionadores.
- 4.7 Si bien la pretensión de acumulación efectuada por el Concesionario tiene por efecto evitar que esta Administración pueda emitir pronunciamientos contradictorios sobre los expedientes sancionadores N° 012 y 020-2010-GS-OSITRAN, consideramos que las circunstancias que se establecen en cada caso no permiten que OSITRAN emita un pronunciamiento conjunto de los mismos.
- 4.8 De igual forma, no obstante que la posibilidad de acumulación que establece la LPAG se sustenta en el Principio de Celeridad contemplado en el numeral 1.9 del Artículo I del Título Preliminar de la citada norma, debe resaltarse que "(...) *en ningún caso este principio sirve para sustentar apresuramientos, precipitaciones u omitir reglas de debido procedimiento (...)*"⁶⁵; por ello, la pretendida dinámica que se lograría al acumular los dos procesos sancionadores abiertos al Concesionario podría representar una afectación al Principio de Debido Procedimiento que sustenta el procedimiento administrativo respecto a que la decisión motivada y fundada en derecho a la que se encuentra obligada la Administración puesto que "(...) *no significa que la Administración quede obligada a considerar en sus decisiones todos los argumentos expuestos o desarrollados por los administrados, sino solo aquellos cuya importancia y congruencia con la causa, tengan relación de causalidad con el asunto y la decisión a emitirse*"⁶⁶.
- 4.9 Por ello, y luego de analizar los expedientes sancionadores materia del pedido de acumulación, se considera que las circunstancias y los hechos presentados en cada expediente sancionador requieren que esta Administración emita un pronunciamiento por separado, en respeto a los principios del procedimiento administrativo que rigen a OSITRAN.
- 4.10 Por lo mencionado, se considera que, en este extremo, se debe declarar improcedente el requerimiento de acumulación efectuado por el Concesionario con su escrito de apelación, razón por la cual procede resolver de manera individual el Recurso de Apelación, materia del presente Informe.

V. ANÁLISIS LEGAL:

- 5.1. Siendo relevante para la resolución del presente caso tener claro los alcances de la función de tutela y protección del medio ambiente, resulta pertinente realizar un análisis legal, el cual iniciaremos con la revisión de la Constitucional y de los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional en materia medio ambiental.

⁶⁵ MORON URBINA, Juan Carlos. Ob. Cit., p. 81.

⁶⁶ Ibid., p. 67.



5.2 El numeral 22 del Artículo 2º de la Constitución Política del Perú señala lo siguiente:

"Artículo 2. - Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

(...)

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida."

5.3 Para entender los alcances que este derecho fundamental, consagrado en nuestra Carta Magna, tiene en materia medio ambiental, el Tribunal Constitucional, en diversas ocasiones ha desarrollado de manera clara y uniforme la importancia que concita la protección de la salud de las personas y la conservación de la diversidad biológica para un desarrollo sostenible del país.

5.4 Así, para definir el estatus del medio ambiente como un derecho fundamental, cuya protección resulta obligatoria para el Estado, el Alto Tribunal⁷ señaló lo siguiente:

"(...)

5. *El derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida se encuentra reconocido en el artículo 2º, inciso 22) de la Constitución. Según su enunciado toda persona tiene la facultad de poder disfrutar o gozar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollen e interrelacionen de manera natural y armónica. (...). En ese sentido; el derecho al medio ambiente equilibrado y adecuado se encuentra ligada a los derechos fundamentales a la vida y a la salud de las personas, pues por intermedio de él las personas humanas desarrollan su vida en condiciones dignas.*

6. *De otra parte este derecho también se concretiza en el derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado, que entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute, y para los particulares de proceder de modo similar cuando sus actividades económicas incidan, directa o indirectamente, en el medio ambiente.*

7. *De este modo, en el Estado Democrático y Social de Derecho no sólo se trata de garantizar la existencia de la persona o cualquiera de los demás derechos que en su condición de ser humano le son reconocidos, sino también de protegerla de los ataques al medio ambiente en el que esa existencia se desenvuelve, a fin de permitir que su vida se desarrolle normalmente en condiciones ambientales aceptables. En este contexto el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado debe considerarse como un componente esencial e indispensable para el goce efectivo de los demás derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos.*

(...)

9. *Así, la protección del medio ambiente sano y adecuado no solo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan. De este modo, la protección del medio ambiente pueda hacerse efectiva desde la provisión de medidas reactivas que hagan frente a los daños que ya se han producido, pasando por medidas que hagan frente a riesgos conocidos antes de que se produzcan (prevención), hasta medidas que prevean y eviten amenazas de daños desconocidos o inciertos (precaución).*



⁷ STC Exp. N° 03048-2007-PA/TC

(...)

11. En buena cuenta el Estado está obligado a velar por la conservación y debida protección del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado, procurando que el desarrollo económico y social sea compatible con las políticas que buscan salvaguardar las riquezas naturales y el medio ambiente de la Nación. Por ello, en el artículo 67º de la Constitución se reconoce que el Estado determina la política nacional del ambiente y promueve el uso sostenible de sus recursos naturales. Señala también la Constitución en su artículo 68.º, como deberes del Estado, entre otros, el de conservar la diversidad biológica y las áreas naturales.

Y es que la protección del medio ambiente involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica, la conservación de las áreas de especial importancia ecológica, el desarrollo sostenible y la calidad de vida del hombre en condiciones dignas."

(El subrayado y resaltado es nuestro)

- 5.5 Como claramente lo desarrolla el Tribunal Constitucional, el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado es un derecho fundamental de la persona, dado que un entorno sano y equilibrado incide directamente en la calidad de vida y en el desarrollo mínimamente aceptable que debe tener toda persona. Dado los altos valores que representa la protección del medio ambiente, existe un particular deber del Estado de cuidar.
- 5.6 A colación de lo señalado, dado que toda actividad humana afecta directamente al medio ambiente, es objetivo del Estado el permitir la consecución de los diversos derechos que tiene la persona no sin antes revisar que dichas afectaciones al medio ambiente puedan ser aceptables. Es por ello, que el tipo de protección que el Tribunal Constitucional obliga que el Estado brinde, está referido a un medio ambiente "equilibrado y adecuado", puesto que la defensa de este derecho fundamental debe ir de la mano con los otros derechos que consagra la Constitución.
- 5.7 Igualmente, el Tribunal Constitucional acertadamente señala que la protección del medio ambiente no es una tarea exclusiva de los poderes públicos, puesto que "(...) el medio ambiente equilibrado y adecuado, por ser un interés común para toda la sociedad, constituye un bien público que ha de ser evaluado y ponderado por todos y cada uno de los ciudadanos (...)">⁸. Dado el compromiso conjunto que sobre el particular tiene la sociedad en general y los diversos estamentos del Estado, resulta necesario que las actuaciones que realicen los diversos organismos públicos sobre dicha materia tengan como premisa básica evaluar detenidamente las actividades que los privados realicen y que puedan afectar real o potencialmente el medio ambiente.
- 5.8 En esa línea de argumentación, el Tribunal Constitucional⁹ ha desarrollado las principales manifestaciones con las cuales se protege el derecho a gozar de un medio ambiente adecuado y equilibrado, conforme se indica a continuación:

⁸ Idem.

⁹ STC Exp. N° 05387-2008-PA/TC

"(...)

9. En su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1º de la Constitución). De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido.
10. En relación con el segundo elemento del contenido esencial se establece que el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente.
11. En razón de ello, cuando entran en conflicto la generación lucrativa o la mayor rentabilidad de ciertos grupos económicos, con el bienestar colectivo o la defensa de los bienes que resultan indispensables para que la vida humana siga desarrollándose, la interpretación que de la Constitución se haga debe preferir el bienestar de todos y la preservación de todas las especies.
12. Para tal efecto, el intérprete constitucional cuenta con dos principios que le ilustran la salida a adoptar ante situaciones como la descrita supra, como son el principio de prevención y el principio precautorio. El primero exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca, realmente, el deterioro al medio ambiente; mientras que el segundo comporta adoptar medidas de cautela ante la amenaza de un daño a la salud o al medio ambiente pues la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos no es óbice para que se adopten las acciones tendentes a tutelar el derecho al medio ambiente y a la salud de las personas."

(El subrayado y resaltado es nuestro)

- 5-9 Como ha quedado demostrado, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado no sólo tiene el rango de derecho fundamental de toda persona sino además que, dicha calidad que se otorga al mencionado derecho genera un compromiso conjunto entre el Estado y los privados, siendo estos últimos especialmente responsables cuando, por el desarrollo de las diversas actividades económicas que realizan, inciden directa e indirectamente en el medio ambiente.
- 5.10 Asimismo, conforme a lo indicado por el Tribunal Constitucional, el derecho de protección materia de análisis se plasma en el respeto de dos principios básicos como son los principios de prevención y precautorio.
- 5.11 Respecto al principio de prevención, la obligación del Estado a ejecutar acciones y adoptar medidas técnicas que busquen evaluar posibles daños que se pueda ocasionar al medio ambiente. Por ello, "la conservación no puede realizarse si no se adoptan medidas protectoras que impidan el deterioro de los bienes ambientales cuya conservación se pretende. Son necesarios medios técnicos específicos que, generalmente, van asociados con limitaciones o con otras más específicas, como (...) la evaluación del impacto ambiental".



- 5.12 Lo antes mencionado resulta vital para entender la forma en la cual se busca proteger un medio ambiente equilibrado y adecuado. En efecto, considerando que las posibles afectaciones a las que puede estar sometido un ambiente en particular, cuya remediación puede ser muy costosa de conseguir, hace necesario que los diversos organismos del Estado deban evaluar, de manera previa, los eventuales impactos que genere cierta actividad económica. Por tanto, el deber que tiene el Estado de evaluar si debe o no permitirse una actividad específica o si las condiciones propuestas por los privados resultan adecuadas para preservar un equilibrio entre un medio ambiente sano y adecuado y la consecución de otros objetivos (sean estos intereses económicos, sociales o de cualquier otra índole), conllevan necesariamente a que la actuación sea, en la mayoría de los casos, previa a la realización misma de la actividad evaluada.
- 5.13 En el mismo sentido, cuando el Tribunal Constitucional desarrolla el contenido del principio precautorio, determina que el Estado puede exigir a los particulares la adopción de una serie de medidas de cautela *"ante la amenaza de un daño a la salud o al medio ambiente"*, es decir, no se requiere que la Administración necesite acreditar la certeza de que cierta actividad generará un daño, dado que se está tutelando por el respeto de derechos que afectan a la sociedad en general. De igual forma, el respeto a este principio se justifica en el hecho que, tal y como se comentó anteriormente, los grandes riesgos que generaría en la sociedad el verse expuesta a graves daños al medio ambiente puede hacer más costosa su reparación o remediación o, en algunos casos, la falta de una protección *ex ante* puede tornar en irreparable el daño ocasionado, dada la magnitud del mismo.
- 5.14 En vista a ello, resulta clara la forma en la cual el Estado, mediante sus diversos órganos, debe vigilar, proteger y prevenir que las diversas actividades que realicen los particulares respeten el derecho consagrado en el numeral 22 del Artículo 2° de la Constitución. Por añadidura, el deber antes mencionado resulta más relevante cuando se está frente a actividades que se encuentran relacionados con proyectos de gran envergadura, siendo en ese sentido que las actividades que realicen las empresas concesionarias producto del cumplimiento de obligaciones establecidas en los contratos de concesión suscritas por el Estado Peruano ser revisados con mayor minuciosidad, dado el alto grado de riesgo y de impacto que dichas actividades generan en el medio ambiente y en las personas.
- 5.15 Una vez revisado los alcances del derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida reconocido por la Constitución, así como la interpretación respecto de sus alcances y fines, efectuado por el Tribunal Constitucional, corresponde revisar la forma en la cual la normativa sectorial ha recogido dicho aspecto, en los preceptos desarrollados en el Título Preliminar de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente:

"(...)

Artículo I.- Del derecho y deber fundamental

Toda persona tiene el derecho irrenunciable a vivir en un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, y el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus componentes, asegurando particularmente la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país.



(...)

Artículo VI.- Del principio de prevención

La gestión ambiental tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, que correspondan.

Artículo VII.- Del principio precautorio

Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente.¹⁰

Artículo VIII.- Del principio de internalización de costos

Toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir el costo de los riesgos o daños que genere sobre el ambiente.

El costo de las acciones de prevención, vigilancia, restauración, rehabilitación, reparación y la eventual compensación, relacionadas con la protección del ambiente y de sus componentes de los impactos negativos de las actividades humanas debe ser asumido por los causantes de dichos impactos.

Artículo IX.- Del principio de responsabilidad ambiental

El causante de la degradación del ambiente y de sus componentes, sea una persona natural o jurídica, pública o privada, está obligado a adoptar inexcusablemente las medidas para su restauración, rehabilitación o reparación según corresponda o, cuando lo anterior no fuera posible, a compensar en términos ambientales los daños generados, sin perjuicio de otras responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiera lugar.

(...)

Artículo XI.- Del principio de gobernanza ambiental

El diseño y aplicación de las políticas públicas ambientales se rigen por el principio de gobernanza ambiental, que conduce a la armonización de las políticas, instituciones, normas, procedimientos, herramientas e información de manera tal que sea posible la participación efectiva e integrada de los actores públicos y privados, en la toma de decisiones, manejo de conflictos y construcción de consensos, sobre la base de responsabilidades claramente definidas, seguridad jurídica y transparencia.

(...)"

(El subrayado y resaltado es nuestro)

- 5.16 Como se aprecia, la Ley General del Ambiente ha determinado los alcances de la protección al medio ambiente conforme lo trata la Constitución, resaltándose el carácter preventivo que requiere una adecuada gestión ambiental, mecanismo que resulta el más adecuado para salvaguardar la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y el desarrollo sostenible del país.

¹⁰ Conforme a lo señalado en el Artículo 2° de la Ley N° 29050, se adecuó el texto del Artículo VII; en el sentido que la definición del Principio Precautorio será el establecido en el Artículo 5° de la Ley N° 28245, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 5.- De los Principios de la Gestión Ambiental

La gestión ambiental en el país, se rige por los siguientes principios:

(...)

k. Precautorio, de modo que cuando haya indicios razonables de peligro de daño grave o irreversible al ambiente o, a través de este, a la salud, la ausencia de certeza científica no debe utilizarse como razón para no adoptar o postergar la ejecución de medidas eficaces y eficientes destinadas a evitar o reducir dicho peligro. Estas medidas y sus costos son razonables considerando los posibles escenarios que plantea el análisis científico disponible. Las medidas deben adecuarse a los cambios en el conocimiento científico que se vayan produciendo con posterioridad a su adopción. La autoridad que invoca el principio precautorio es responsable de las consecuencias de su aplicación."



- 5.17 Asimismo, el citado Título Preliminar consigna de manera acertada que todas las personas (naturales o jurídicas) deben internalizar las externalidades negativas que se generen por la actividad realizada, por lo que se entiende que deberán asumir los costos que se requieran para mitigar, recuperar, restaurar y compensar toda degradación que su actuar haya ocasionado.
- 5.18 Además, de lo señalado en su Título Preliminar, el cual impone pautas generales sobre la protección del medio ambiente, la Ley General del Ambiente también establece otros importantes aspectos, tales como el carácter de las normas ambientales, su ámbito de aplicación y la asignación de responsabilidad general en materia ambiental:

"Artículo 7.- Del carácter de orden público de las normas ambientales

7.1 Las normas ambientales, incluyendo las normas en materia de salud ambiental y de conservación de la diversidad biológica y los demás recursos naturales, son de orden público. Es nulo todo pacto en contra de lo establecido en dichas normas legales.

7.2 El diseño, aplicación, interpretación e integración de las normas señaladas en el párrafo anterior, de carácter nacional, regional y local, se realizan siguiendo los principios, lineamientos y normas contenidas en la presente Ley y, en forma subsidiaria, en los principios generales del derecho.

(...)

Artículo 73.- Del ámbito

73.1 Las disposiciones del presente Capítulo son exigibles a los proyectos de inversión, de investigación y a toda actividad susceptible de generar impactos negativos en el ambiente, en tanto sean aplicables, de acuerdo a las disposiciones que determine la respectiva autoridad competente.

73.2 El término "titular de operaciones" empleado en los artículos siguientes de este Capítulo incluye a todas las personas naturales y jurídicas.

Artículo 74.- De la responsabilidad general

Todo titular de operaciones es responsable por las emisiones, efluentes, descargas y demás impactos negativos que se generen sobre el ambiente, la salud y los recursos naturales, como consecuencia de sus actividades. Esta responsabilidad incluye los riesgos y daños ambientales que se generen por acción u omisión.

(...)"

(El subrayado y resaltado es nuestro)

- 5.19 Como se advierte, la Ley General del Ambiente hace un mayor énfasis en el carácter de orden público que encierra la normativa ambiental, estableciendo la prevalencia de la normativa de la materia sobre otros ámbitos desarrollados en nuestro ordenamiento jurídico. En cuanto al ámbito en el cual se aplica la normativa ambiental, la citada ley establece de manera taxativa que los alcances de dicha norma son plenamente exigibles a los proyectos de inversión. Sobre este punto, cabe señalar que una de las formas en la cual se plasman proyectos de inversión es mediante las asociaciones público – privada que entable los diversos organismos del Estado con el sector privado.



- 5.20 De lo mencionado, se evidencia la importancia que concita la protección del medio ambiente, el rango especial que la Constitución le otorga, la forma en la cual la sociedad civil y el Estado debe actuar para evitar impactos lesivos con el ambiente, así como el grado de responsabilidad y ámbito de aplicación de toda la normativa de la materia.

VI. MARCO CONTRACTUAL:

- 6.1 También resulta pertinente revisar las disposiciones contenidas en el Contrato de Concesión, en materia de protección del medio ambiente:

"Definiciones

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

Especificaciones Socio Ambientales

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

Estudios de Impacto Ambiental

Es el conjunto de estudios técnicos de carácter interdisciplinario que tiene como objetivo identificar, predecir, interpretar, valorar y comunicar los impactos ambientales y sociales que la ejecución, Conservación y Explotación de la Concesión, podrían ocasionar en los diversos componentes del ambiente, calidad de vida, patrimonio cultural y arqueológico en las zonas de influencia de la Concesión (zonas establecidas por los requerimientos de impacto ambiental), así como el impacto de los mismos sobre la Concesión; así como el impacto de los mismos sobre la Concesión; además propone las medidas correctivas más apropiadas para evitar que la ocurrencia de impactos ambientales perjudique la salud y bienestar de las personas.

(...)

Leyes y Disposiciones Aplicables

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

(...)

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

(...)

- d) 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.

(...)

11.1.- Durante las etapas de Rehabilitación y Mejoramiento iniciales, Conservación y Explotación de la Concesión, el CONCESIONARIO deberá asumir la responsabilidad de protección del medio ambiente como una variable fundamental de su gestión, implementado las medidas necesarias que aseguren un exitoso manejo ambiental del proyecto y los mecanismos que permitan una adecuada comunicación con la comunidad.

(...)



11.3.- Con el propósito de minimizar los impactos negativos que se puedan producir al medio ambiente en el área de influencia de la Concesión, el CONCESIONARIO deberá cumplir, durante las etapas de Rehabilitación y Mejoramiento Iniciales, Conservación y Explotación, con las especificaciones y medidas definidas en el Estudio de Impacto Ambiental (EIA's) de cada tramo del Proyecto y en la Cláusula 11.8 y siguientes.

11.4.- El CONCESIONARIO será responsable de la mitigación de los problemas ambientales que se generen en el Área de la Concesión, Área de Servicios Opcionales y/u otras áreas utilizadas para la instalación y operación de Campamentos, Plantas de Asfalto y Chancadoras, Canteras y Depósitos de Material Excedente (DME), a partir de la Fecha de Suscripción del Contrato.

11.5.- (...)

La implementación de las condiciones y/o medidas establecidas en dichos Estudios de Impacto Ambiental, será de exclusiva responsabilidad del CONCESIONARIO, debiendo dar cumplimiento a toda la normativa ambiental vigente.

11.6.- El CONCESIONARIO, deberá presentar al CONCEDENTE y al REGULADOR para su aprobación, Un Plan de Gestión Ambiental para la etapa de Rehabilitación y Mejoramiento iniciales, desarrollado a nivel de detalle, sobre la base de los contenidos del Plan de Gestión Ambiental entregado como parte de la Propuesta Técnica presentada por el CONCESIONARIO al obtener la Buena Pro del Concurso, y que considere como mínimo:

(...)

b) Descripción de las metodologías y procedimientos que el CONCESIONARIO desarrollará durante esta etapa del proyecto, con la finalidad de implementar todas las medidas establecidas en el presente Contrato, y en los Estudios de Impacto Ambiental del proyecto y sus actualizaciones.

c) Las actividades y/o acciones específicas para la implementación de las medidas de mitigación, planes de prevención de riesgos, control de accidentes y plan de seguimiento ambiental, que el CONCESIONARIO adoptará durante la esta etapa, teniendo en cuenta las condiciones y requisitos establecidos en las Cláusulas 11.8 a 11.21 y 11.23 a 11.25 del presente Contrato y en los Estudios de Impacto Ambiental de cada tramo del proyecto, incluyendo un detalle de los plazos y responsables de dicha implementación.

d) Elaboración del conjunto de Programas de Manejo Ambiental para la instalación, uso u operación y cierre de Campamentos, Plantas de Asfalto y Chancadoras, Canteras y Depósitos de Material Excedente (DME), asociados a cada tramo. Dichos Programas deberán ser entregados en el formato indicado en la Cláusula 11.22.

(...)

Programas de Manejo Ambiental para actividades específicas durante las Obras de Rehabilitación y Mejoramiento

11.22.-Debido a los impactos ambientales negativos que pudiera generar la instalación, uso u operación y abandono de Campamentos, Plantas de Asfalto y Chancadoras, canteras y Depósitos de Material Excedente (DME), el CONCESIONARIO deberá elaborar para cada tramo y actividad, previo a su instalación u operación y como parte del Plan de Gestión Ambiental detallado indicado en la Cláusula 11.6, un conjunto de Programas de Manejo Ambiental. Dichos Programas deberán considerar los contenidos que se indican a continuación:

(...)

c. Programa de Manejo de Depósito de Material Excedente (DME)



El diseño del Programa de Manejo debe iniciarse una vez definido el lugar preciso de desarrollo de la actividad. Dicho Programa debe estar aprobado por el REGULADOR antes del inicio de la actividad, deberá contener como mínimo lo indicado en el Cuadro 11.3 adjunto:

**Cuadro 11.3: Contenido mínimo del Programa de Manejo
Para Depósitos de Material Excedente (DME)**

Capítulo	Contenido
1. Antecedentes Generales (...)	(...)
2. Caracterización del entorno (...)	(...)
3. Descripción de actividades (...)	(...)
3. Caracterización del entorno (...)	(...)
4. Identificación y evaluación de impactos	Se identificarán y evaluarán los impactos (por ejemplo, impacto bajo, medio o alto) de las tareas por etapa (operación y cierre)
5. Medidas de mitigación, compensación y otras	Identificación y aplicación de medidas para minimizar y compensar los impactos sobre el medio ambiente en cada etapa de la actividad. Se deberá señalar las características técnicas de las medidas, objetivo de éstas, lugar de aplicación, etc.
6. Medidas de Seguimiento y Monitoreo Ambiental	Seguimiento de las componentes ambientales a fin de verificar que se cumplan los efectos estimados y que las medidas de mitigación y/o compensación cumplan su cometido en términos de minimización de impactos. Deberá contener: - Descripción de los parámetros a controlar - Objetivo de control - Frecuencia y responsable del control - Sistema de registro de información
7. Análisis del Marco Jurídico Aplicable	

VII. CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

- 7.1 De la lectura del Recurso de Apelación, así como de la revisión del Expediente, se desprende que las cuestiones en discusión son las siguientes:
- Si el incumplimiento del Concesionario encaja dentro del supuesto de infracción establecido en el Artículo 13° del RIS o si existe una indebida tipificación que pueda determinar la Nulidad de Oficio del Procedimiento Administrativo Sancionador, y si la actuación del supervisor de Obras o del Regulador habrían podido inducir a error al Concesionario.
 - Si resulta necesaria la aplicación de la multa al Concesionario, puesto que la supuesta infracción no habría implicado daño alguno al medio ambiente.
 - Si la sanción aplicada al Concesionario cumple con el principio de Razonabilidad en materia administrativa.

VIII. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN:

- 8.1 Tomando en cuenta los aspectos antes mencionados, se pasará a evaluar cada uno de los cuestionamientos presentados por el Concesionario.



- a) Si el incumplimiento del Concesionario encaja dentro del supuesto de infracción establecido en el Artículo 13° del RIS o si existe una indebida tipificación que pueda determinar la Nulidad de Oficio del Procedimiento Administrativo Sancionador, y si la actuación del supervisor de Obras o del Regulador habrían podido inducir a error al Concesionario.

La posición del recurrente:

- 8.2 El Concesionario afirma, entre otros, que en el presente caso no se ha configurado la infracción tipificada en el Artículo 13° del RIS y, por ello, existe una indebida tipificación de la presunta conducta infractora, que determina la nulidad de oficio del procedimiento sancionador; así también, señala que no incumplió con su deber de tutela y protección del medio ambiente, habida cuenta que actuó en virtud de la opinión técnica favorable otorgada por el Supervisor de obra y a la aprobación efectuada con Acta No. 088-10, las mismas que fueron posteriormente validada por OSITRAN con el Oficio N° 3139-10-GS-OSITRAN.

Análisis:

- 8.3 De conformidad con lo establecido en el Artículo 13° del RIS de OSITRAN, el Concesionario incurrirá en infracción cuando incumpla con las obligaciones de tutela en materia de protección del medio ambiente contenidas en el Contrato de Concesión.

*"Artículo 13.- Incumplir obligaciones relativas a la Protección del Medio Ambiente
La Empresa Concesionaria que incumpla con las obligaciones de tutela en materia de protección del Medio Ambiente contenidas en el Contrato de Concesión respectivo incurrirá en infracción grave."*

- 8.4 Para que se configure la infracción contenida en el artículo 13 del RIS, bastará que el Concesionario incumpla alguna de las obligaciones de tutela, en materia de protección del medio ambiente, contempladas en el Contrato de Concesión.

- 8.5 En el presente proceso administrativo sancionador, la Resolución - objeto de apelación - sancionó al apelante por incumplir las obligaciones de tutela en medio ambiente, contenidas en las cláusulas 11.22 y 11. 23 del Contrato de Concesión, al haber utilizado la zona ubicada en el Km. 25+800 LD sin la autorización que corresponde como Deposito de Material Excedente.

- 8.6 Las cláusulas 11.22 y 11.23 del Contrato de Concesión se refieren, entre otros, al Programa de Manejo para Depósitos de Material Excedente (DME), disponiendo que dicho Programa deberá estar aprobado por el Regulador antes del inicio de la actividad.

- 8.7 Con Oficio No. 1106-2010-MTC/16, recibido el 20 de agosto de 2010, la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales del MTC informó que el Concesionario venía utilizando la zona ubicada en el Km. 269+300 como DME's sin que tuviera la autorización correspondiente, información que evidencia el incumplimiento del Concesionario de las obligaciones contenidas en las cláusulas 11.22 y 11.23 del Contrato de Concesión.

- 8.8 La conducta descrita, cometida por el Concesionario, representa el incumplimiento de una obligación relativa a la protección del medio ambiente, contenida en las cláusulas 11.22 y 11.23 del Contrato de Concesión, la misma que se encuentra expresamente tipificada como infracción en el Artículo 13° del RIS.



- 8.9 Por ello, se observa que no existe una indebida tipificación de la conducta infractora, que pueda determinar su Nulidad de oficio, como lo plantea el Concesionario en su apelación, puesto que no se ha incurrido en ninguno de los vicios de nulidad que se encuentran contemplados taxativamente en el artículo 10º de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley No. 27444, motivo por el cual consideramos no amparable dicho extremo de su impugnación; máxime si dicha declaración de nulidad, antes que de oficio, responde directamente a una solicitud de parte, tal y como consta del propio escrito del Concesionario.
- 8.10 Ahora, pasaremos a evaluar el argumento del Concesionario, referido a: "... que no incumplió con su deber de tutela y protección del medio ambiente, pues actuó en virtud de la opinión técnica favorable otorgada por el Supervisor de obra y en el Acta 088-10, las mismas que fueron posteriormente validada por OSITRAN con el Oficio N° 3139-10-GS-OSITRAN...".
- 8.11 De lo sustentado por el Concesionario, podría entenderse que la supuesta aprobación del supervisor de obras supondría una autorización, lo cual implicaría que el Concesionario fue inducido a error, según lo afirmado por el propio supervisor, conforme a lo señalado en el Código Civil¹¹, por lo que corresponde determinar si la actuación del Supervisor de Obras o del Regulador han podido inducir en error al Concesionario.
- 8.12 Como se ha podido observar el Contrato de Concesión, en particular su Sección XI, establece de manera profusa y detallada las obligaciones del Concesionario en materia medio ambiental.
- 8.13 De igual forma, resulta elocuente que no sólo las Cláusulas 11.22 y 11.23 del Contrato de Concesión definen la importancia en el manejo de los DME, puesto que en obras efectuadas en proyectos de infraestructura vial, el manejo y control de dichos depósitos resulta fundamental para prevenir, minimizar y/o evitar los impactos negativos sobre los medios físicos, biótico, humano y cultural que podrían ocurrir producto de las diversas actividades otorgadas al Concesionario.
- 8.14 En vista a ello, no puede considerarse que la conclusión señala en el Acta No. 088-10, representa de alguna manera una aplicación de lo señalado en el literal c) de la Cláusula 11.22 del Contrato de Concesión.
- 8.15 En efecto, en el citado documento se indica que las fichas del programa de manejo ambiental referidas a las áreas a utilizar como DME's son aptas para su uso. Sin embargo, en el mismo documento, la recomendación señala que "El Concesionario no usará las áreas hasta que se emita la conformidad respectiva a las fichas del programa de manejo ambiental". Como se aprecia, el Acta N° 088-10 sólo determina de manera preliminar que

¹¹ "Artículo 201.- Requisitos de error

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

Artículo 202.- Error esencial

El error es esencial:

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

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

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

Artículo 203.- Error conocible

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

(El subrayado es nuestro)



lo presentado por el Concesionario resulta apto, mas no implicaba la aprobación del mismo, conforme al procedimiento establecido en la Sección XI del Contrato de Concesión.

- 8.16 En concordancia con lo señalado, para el presente caso, de la sola revisión de la Cláusula 11.22 del Contrato de Concesión resulta evidente que es OSITRAN el encargado de aprobar, de acuerdo a las formalidades establecidas en el Contrato de Concesión y siempre de manera previa al desarrollo de la utilización de un DME, el Programa de Manejo de Depósito de Material Excedente, atribución que se encuentra en consonancia con lo establecido en la normativa de la materia así como en el Contrato de Concesión.
- 8.17 En el presente caso la aprobación correspondiente se efectuó con el Oficio N° 3139-10-GS-OSITRAN y no con el Acta N° 088-10, documento que, como señalamos anteriormente, no establecía algún tipo de permiso o aprobación específica.
- 8.18 Siendo el caso que el Concesionario, con la suscripción del Contrato de Concesión, se comprometió a cumplir con todas las obligaciones contenidas en dicho instrumento y a sujetarse en todo momento a las Leyes y Disposiciones Aplicables (entre las cuales se incluyen la normativa medio ambiental), el compromiso de tutela respecto de la protección del medio ambiente no sólo atañe al Estado, sino también a los privados, especialmente cuando éstos desarrollan actividades que inciden directa e indirectamente en el medio ambiente. Por ello, cuando el Concesionario utiliza un espacio físico como DME, sin contar con la autorización previa del Regulador, no sólo ha incumplido con lo establecido en el Contrato de Concesión, sino que además ha infringido sus deberes de protección al medio ambiente, establecido tanto en la Constitución como en la Ley General del Ambiente.
- 8.19 Por lo indicado, se puede concluir que, en este extremo, resulta infundado el supuesto cumplimiento de sus deberes de tutela en materia medio ambiental que alega el Concesionario al momento de determinar que la zona ubicada en el Km. 25+800 se encontraba habilitada como un DME por la opinión vertida mediante el Acta N° 088-10 y siendo el caso que se ha comprobado que la conducta cometida por el Concesionario representa un incumplimiento a una obligación relativa a la protección del medio ambiente contenida en el Contrato de Concesión, la misma que se encuentra expresamente tipificada como infracción en el Artículo 13° del RIS, corresponde la imposición de la sanción que amerita el hecho.
- 8.20 En virtud de lo expuesto, podemos concluir que el incumplimiento contractual cometido por el Concesionario resulta una infracción que se encuentra contemplada por la normatividad vigente, motivo por el cual recomendamos declarar Infundado el Recurso de Apelación interpuesto.
- 8.21 De otro lado, respecto a los supuestos beneficios que generaba para el Concedente el permitir la utilización prematura de la zona comprendida en el Km. 269+300 como DME, puesto que representaba un ahorro en los costos que implica la movilización del material excedente producto de la ejecución de las Obras, debe señalarse que este beneficio no corresponde con la función última del Estado de proteger el medio ambiente.
- 8.22 Sobre este punto, y a manera de ejemplo, resulta interesante señalar que el propio Contrato de Concesión establecía el compromiso del Concedente de asumir los sobrecostos que se generen por la toma de medidas ambientales no contempladas en el



Contrato. En efecto, la Cláusula 11.46 indica que: "si durante la vigencia de la Concesión, el **CONCEDENTE** determinara la necesidad de implementar medidas de mitigación y/o compensación ambientales adicionales a las contempladas en el presente Contrato, éstas serán consideradas como Obras Adicionales y, por lo tanto, se regirán por los procedimientos establecidos entre las Cláusulas 6.35 y 6.43 del Contrato".

- 8.23 Como se aprecia, la precitada cláusula denota que, incluso cuando la protección del medio ambiente que se encuentra en la zona de influencia de la Concesión requiera de mayores medidas de mitigación y compensación de las señaladas originalmente en el Contrato, el Concedente se ha comprometido a asumir los costos que se requieran, con lo cual se evidencia que el compromiso del Estado en materia medio ambiental está por encima de cualquier tipo de ahorro y/o beneficio económico que genere una actividad que pueda poner en riesgo el mantenimiento de un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de las personas.
- 8.24 Por lo mencionado, no se considera válido el argumento del Concesionario de los aparentes ahorros que generaba la utilización de la zona comprendida en el Km. 269+300 como DME, puesto que ello no se condice con las obligaciones que en materia medio ambiental, se ha comprometido a proteger el Estado.

b) Si es que resulta necesaria la aplicación de la multa al Concesionario, puesto que la supuesta infracción no ha implicado daño alguno al medio ambiente.

La posición del recurrente:

- 8.25 El Concesionario señala que no se ha causado daño alguno al medio ambiente y, por ello, OSITRAN debió abstenerse de sancionar, puesto que no hay daño que reparar, debiendo haber aplicado en el presente caso las disposiciones del Artículo 68 – A° del RIS.

Análisis:

- 8.26 Conforme a lo indicado por el Concesionario, en todo proceso sancionador, la Administración debe aplicar el Principio de Razonabilidad desarrollado en el numeral 3 del Artículo 230° de la LPAG.
- 8.27 Sin embargo, antes de analizar la referida afirmación, cabe indicar que lo consignado en el numeral 3 del Artículo 230° de la LPAG tiene por objeto determinar la gravedad de la sanción. En cambio, el citado principio no implica que, previamente a ello, deba exigirse el requisito de dolo o culpa en la conducta infractora. Lo dicho tiene sentido puesto que en el procedimiento administrativo sancionador, la responsabilidad es objetiva.
- 8.28 En efecto, esta regla se encuentra expresamente prevista en su Reglamento General de OSITRAN aprobado por el Decreto Supremo N° 044-2006-PCM que a la letra dice:

Artículo 74.- Responsabilidad del Infractor

La responsabilidad del infractor en caso de procedimientos administrativos sancionadores que se sigan ante el OSITRAN, debe distinguirse de la responsabilidad civil o penal que se origine, de los hechos u omisiones que configuren infracción administrativa. La responsabilidad administrativa es objetiva.



- 8.29 En el mismo sentido, el Artículo 5° del RIS también establece lo siguiente:

Artículo 5°.- Responsabilidad del Infractor

La responsabilidad administrativa es objetiva e independiente de la responsabilidad civil o penal que se origine por los hechos u omisiones que configure la infracción administrativa.

- 8.30 Sobre este punto, resulta importante lo señalado por la Doctrina comparada. Así, Cassagne¹² señala que:

"(...) en materia contravencional, las leyes especiales pueden legitimar un sistema de responsabilidad objetiva para ciertas infracciones donde el bien común reclama una solución diferente en orden a las mayores exigencias de la comunidad."

- 8.31 De igual forma, en el derecho español¹³, se señala lo siguiente:

"En el derecho penal es el repertorio de ilícitos lo suficientemente breve como para ser conocido por todos los ciudadanos y, además, coincide a grandes rasgos con la conciencia popular. De tal manera que es infrecuente cometer un delito sin conciencia de ello. Al menos así sucede con el Código penal, ya que los repertorios de las llamadas leyes penales especiales enturbian bastante el panorama.

En el derecho administrativo sancionador, en cambio, la situación es muy diferente. Aquí los repertorios de ilícitos son inabarcables y el estado no puede exigir a nadie que los conozca. Por tanto, si la culpabilidad se concibe como conciencia y voluntad de alcanzar un resultado ilícito y se ignora – de hecho – que es ilícito, el sistema se cae por su propia base. En consecuencia, si nos atenemos a la culpabilidad en sentido penal, el derecho administrativo sancionador se disuelve y queda sustituido por un juego de ficciones y presunciones.

El dilema no parece tener salida: o se protegen a ultranza los intereses públicos, sacrificando la culpabilidad personal mediante la presunción de que el infractor conoce la ilicitud de su acción; o se protege a ultranza la inocencia del autor a quien se absuelve de responsabilidad por el filtro de la culpabilidad que rechaza la existencia de infracciones cuya ilicitud no se conoce.

¿Cómo resolver el problema? El autor apunta un camino: la diligencia exigible. Y me parece que, efectivamente, es por este camino por donde se puede hallar la solución. Y claro es que, de admitir esto, la dificultad estaría salvada. Porque quien falta a la diligencia exigible está actuando negligentemente y en consecuencia la culpabilidad, como matriz disciplinar definidora de la infracción administrativa, puede seguir funcionando."

- 8.32 Por su parte, este aspecto también ha sido tratado por la doctrina para el caso peruano. Así, Guzmán Napuri¹⁴ señala:

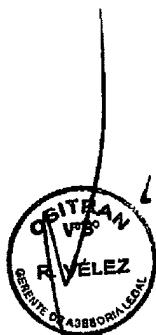
"(...) el rol eminentemente secundario que juega la intencionalidad del infractor en la determinación de la sanción nos muestra la optimización del legislador por un modelo más bien objetivo de responsabilidad administrativa de los particulares, en donde el dolo o la culpa no constituyen un factor atributivo de responsabilidad. Esto distingue con claridad la responsabilidad penal de la responsabilidad administrativa de los particulares, puesto que la primera es subjetiva, al amparo de lo dispuesto en el Código Penal."

- 8.33 Por lo señalado en las normas que rigen a OSITRAN en materia sancionadora, así como por lo expresado en la doctrina, resulta claro que en el derecho administrativo sancionador, la responsabilidad debe ser objetiva, razón por la cual se desvirtúa lo argumentado por el Concesionario, debiendo declararse infundado este extremo del Recurso de Apelación.

¹² CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo II. 6ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. P. 578.

¹³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús y GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Tomo II. 1ª ed. Madrid: Civitas, 1997. Pp. 1789-1790.

¹⁴ GUZMAN NAPURI: "Las Reformas al Procedimiento Administrativo Sancionador provenientes del Decreto Legislativo N° 1029". En: Manual de Actualización Administrativa. Gaceta Jurídica. Lima. 2010.



- 8.34 A su vez, respecto de la aplicación del Artículo 68-A° del RIS, cabe mencionar que la potestad de exceptuar el inicio de un procedimiento administrativo sancionador corresponde a la Gerencia General, instancia que estimó, en el presente caso, que existían suficientes elementos para sancionar al Concesionario. En ese sentido, no corresponde que el Consejo Directivo deba emitir mayor comentario sobre el particular.
- 8.35 Sin perjuicio de lo mencionado, y respeto al Principio de Razonabilidad que dispone el Artículo 230° de la LPAG, una vez esclarecido el sistema de atribución de responsabilidad objetivo que rige al procedimiento administrativo sancionador, a continuación se pasará a establecer la gradualidad de la sanción a ser aplicada.

c) Si la sanción aplicada al Concesionario cumple con el principio de Razonabilidad en materia administrativa.

- 8.36 Con la finalidad de evaluar si la sanción impuesta mediante la Resolución de Gerencia General N° 006-2011-GG-OSITRAN es acorde con el nivel de gravedad del incumplimiento por parte del Concesionario, así como también con el Principio de Razonabilidad previsto dentro de los Principios de la Potestad Sancionadora Administrativa, es necesario analizar los criterios objetivos que en orden de prelación que se señalan en el Numeral 3 del Artículo 230° de la LPAG¹⁵, a efectos de determinar:

- 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.

- **Respecto a la gravedad del daño al Interés público y/o bien jurídico protegido y al perjuicio económico causado.**

- 8.37 Sobre estos aspectos, el Informe N° 1713-10-GS-OSITRAN, que forma parte integrante de la Resolución de Gerencia General N° 006-2011-GG-OSITRAN, señaló lo siguiente:

"(...)

Lo mencionado en el párrafo anterior, configura un tema de Interés Público, toda vez que, conforme se señaló líneas arriba, no se ha cumplido con lo establecido en las Cláusulas 11.22 y 11.23, al haber utilizado la zona ubicada en el Km. 25+800 LD sin la autorización que corresponde como Depósito de Material Excedente, incumpliendo de esta forma, una obligación de tutela en materia de protección del Medio Ambiente. Es precisamente por eso, que el propio RIS tipifica el referido incumplimiento como una infracción grave.

Dentro de este contexto (...), para la aplicación de una sanción administrativa debe tenerse presente que en muchos supuestos, como es el caso no se requiere que una conducta genere un daño efectivo para que sea calificada como una infracción y sancionada como tal. Es decir que lo que se requiere para la aplicación de una Sanción Administrativa es la potencial afectación del bien jurídico protegido o bien público protegido, por la norma que justifica que se sancione la conducta (...)"

¹⁵ Modificada por Decreto Legislativo N° 1029

- 8.38 Respecto de lo argumentado en primera instancia, se concuerda plenamente con lo señalado en el precitado informe, debiendo agregar que en materia medio ambiental, la remediación de un medio ambiente afectado por una actividad específica puede ser muy costosa de conseguir, por ello, resulta necesario que los diversos organismos del Estado facultados deben evaluar, de manera previa, los eventuales impactos que genere cierta actividad económica.
- 8.39 Conforme a lo señalado en el presente Informe, el deber que tiene el Estado de evaluar si debe o no permitirse una actividad específica o si las condiciones propuestas por los privados resultan adecuadas para preservar un equilibrio entre un medio ambiente sano y adecuado y la consecución de otros objetivos (sean estos intereses económicos, sociales o de cualquier otra índole), conllevan necesariamente a que la actuación sea, en la mayoría de los casos, previa a la realización misma de la actividad evaluada.
- 8.40 En el mismo sentido, considerando los grandes riesgos que generaría en la sociedad el verse expuesta a graves daños al medio ambiente puede hacer más costosa su reparación o remediación o, en algunos casos, la falta de una protección *ex ante* puede tornar en irreparable el daño ocasionado, dada la magnitud del mismo.
- 8.41 Por lo tanto, al momento que el Concesionario decidió utilizar la zona comprendida en el Km. 269+300 como DME sin la autorización previa del Regulador, conforme a las formalidades establecidas en el Contrato de Concesión, ha implicado una afectación a su deber de tutela en materia ambiental, máxime si el Contrato de Concesión resulta claro respecto del procedimiento a seguir en materia de DME'S.
- 8.42 En base a lo mencionado, en este apartado también se verifica la afectación de un bien jurídico protegido por parte del Concesionario.
- 8.43 Con relación al perjuicio económico causado, el Informe N° 1713-10-GS-OSITRAN señaló que no se habría evidenciado un perjuicio económico por la conducta del Concesionario, con lo cual dicha situación representó un atenuante a la sanción impuesta. Sobre el particular, se concuerda plenamente con lo señalado en el citado Informe.

- **Respecto a la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción.**

- 8.44 En lo referido a si hubo repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, en el Informe No. 1713-10-GS-OSITRAN se consideró al procedimiento sancionador (Expediente No. 012-2010-GS-OSITRAN) como la prueba de una conducta repetida por parte del Concesionario.
- 8.45 Al respecto, debe indicarse que del desarrollo del citado expediente administrativo, la Gerencia General emitió la Resolución de Gerencia General N° 097-2010-GG-OSITRAN, la cual resolvió declarar que el Concesionario había incumplido con lo establecido en las Cláusulas 11.22 y 11.23 del Contrato de Concesión, al haber utilizado la zona ubicada en el Km. 25+800 LD sin la autorización que corresponde como Depósito de Material Excedente, incumpliendo de esta forma la obligación de tutela en materia de protección de medio ambiente; hecho que se encuentra tipificado en el Artículo 13° del RIS como una infracción GRAVE.



8.46 A su vez, la citada Resolución fue objeto de Recurso de Reconsideración, el mismo que fue declarado improcedente con la Resolución de Gerencia General N° 005-2011-GG-OSITRAN; debiendo precisarse, que actualmente dicho proceso sancionador se encuentra en trámite, dado que con fecha 31 de enero de 2011, el Concesionario interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 097-2010-GG-OSITRAN.

8.47 Por ello, estimamos que el incumplimiento del Concesionario, objeto del Expediente N° 012-2010-GS-OSITRAN, no puede ser calificado como una repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, dado que dicha situación no se encuentra establecida dentro de los supuestos contemplados en el Numeral 7 del Artículo 230° de la LPAG¹⁶, por lo que correspondía tomar en cuenta ese criterio, como atenuante al imponer la sanción, situación que se deberá tener en cuenta al momento de resolverse el Recurso de Apelación, materia del presente informe.

- **Respecto a las circunstancias de la comisión de la infracción.**

8.48 En este apartado, el Informe N° 1713-10-GS-OSITRAN señala:

"(...) de acuerdo a lo señalado en el Informe N° 1267-10-GS-OSITRAN, se desprende que la empresa concesionaria conocía perfectamente las obligaciones contenidas en las Cláusulas 11.22 y 11.23 del Contrato de Concesión. Por lo tanto, se advierte que en todo momento el Concesionario no tuvo voluntad de cumplir con solicitar la autorización correspondiente a OSITRAN, situación que sin duda evidencia un quebrantamiento al principio de buena fe contractual, lo cual debe ser tomado en cuenta al momento de graduar la sanción. En ese sentido, dicho aspecto también es un agravante en la graduación de la sanción."

8.49 Sobre este aspecto, de lo evidenciado en el Acta No. 088-10, la recomendación efectuada en su momento señalaba claramente que el hecho de declarar aptas las zonas en las cuales se establecerían DME's no implicaba una aprobación conforme a los mecanismos establecidos en el Contrato de Concesión. Por ello, el hecho que la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales del MTC con su Oficio No. 1106-2010-MTC/16 informará que el Concesionario venía utilizando la zona ubicada en el Km. 269+300 como DME's sin que tuviera la autorización correspondiente, desvirtúa cualquier tipo de objeción sobre la conducta del recurrente.

8.50 Por lo mencionado, se considera que las circunstancias en la cuales se verificó la comisión de la infracción, por parte de la Dirección General de Asuntos Socio Ambientales del MTC,

¹⁶ Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

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

a) Cuando se encuentre en trámite un recurso administrativo interpuesto dentro del plazo contra el acto administrativo mediante el cual se impuso la última sanción administrativa.

b) Cuando el recurso administrativo interpuesto no hubiera recaído en acto administrativo firme.

c) Cuando la conducta que determinó la imposición de la sanción administrativa original haya perdido el carácter de infracción administrativa por modificación en el ordenamiento, sin perjuicio de la aplicación de principio de irretroactividad a que se refiere el inciso 5."



representa un agravante, el mismo que debe ser considerado al momento de graduar la sanción.

- **Respecto al beneficio ilegalmente obtenido**

- 8.51 Al respecto, coincidimos en este extremo con la decisión adoptada, mediante la Resolución de Gerencia General N° 006-2010-GG-OSITRAN, en vista que el Concesionario no obtuvo beneficio ilícito con la realización de la conducta objeto del presente proceso, situación que fue debidamente considerada al momento de determinar la cuantía de la sanción.

- **Respecto de la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor**

- 8.52 En cuanto a la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor, no resulta trascendente, pues el Concesionario no puede alegar desconocimiento de lo desarrollado de manera clara en la Sección XI del Contrato Concesión, ni tampoco puede desconocer sus obligaciones de protección del medio ambiente, establecidas en el mismo.

POR TANTO, de lo alegado por el Concesionario y de la evaluación del expediente, se recomienda declarar **FUNDADO EN PARTE** el Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 006-2011-GG-OSITRAN presentado por la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A.; y por tanto **REDUCIR** la sanción de quince (15) UIT's, impuesta a la citada empresa, a través de la mencionada Resolución de Gerencia General, a diez (10) UIT's, por el incumplimiento de las Cláusulas 11.22 y 11.23 del Contrato de Concesión, al haber utilizado la zona ubicada en el Km. 269+300 como Depósito de Material Excedente – DME, sin la autorización correspondiente por parte del Regulador, incumpliendo de esa forma con su obligación de tutela en materia de protección del medio ambiente, supuesto que se encuentra tipificado en el Artículo 13° del RIS como infracción GRAVE.

IX. CONCLUSIONES:

- 9.1 En razón de lo anotado en los puntos precedentes, corresponde declarar **FUNDADO EN PARTE**, el Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 006-2011-GG-OSITRAN, por las razones expuestas en el presente informe.
- 9.2 De la evaluación de los criterios que determinan la cuantía de la sanción a imponer al infractor, se recomienda **REDUCIR** la sanción de quince (15) UIT's, impuesta por la Resolución de Gerencia General N° 006-2011-GG-OSITRAN, a diez (10) UIT's, a la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A.
- 9.3 Declarar agotada la vía administrativa, no procediendo por tanto ningún recurso por esta vía.



X. RECOMENDACIÓN:

- 10.1 Se recomienda que el Presidente del Consejo Directivo de OSITRAN suscriba el proyecto de Resolución de Consejo Directivo que se adjunta, y disponga su correspondiente registro y comunicación a la empresa Concesionaria IIRSA Norte S.A. y al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en calidad de Concedente.

Atentamente,



ROBERTO VÉLEZ SALINAS
Gerente de Asesoría Legal



JAVIER MIRÓ QUESADA PONCE
Asesor Legal I

Adj. Expediente N°20-2010-GS-OSTRAN

JMQ/gvz
REG.SAL.GAL N° 11912-11
Ref. N° 3579-11-GG
HR.N° 3552-11
Ref. 3659-12-GS