



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 marzo de 2011

Nº 006-2011-CD-OSITRAN

VISTO:

El Informe N°007-11-GAL-OSITRAN, de fecha 28 de febrero de 2011 emitido por la Gerencia de Asesoría Legal de OSITRAN; y,

CONSIDERANDO:

Que, con fecha 15 de julio de 2010, la Gerencia General emitió la Resolución N° 061-2010-GG-OSITRAN, resolviendo, entre otras cosas, lo siguiente:

PRIMERO: Declarar que la empresa concesionaria DP World Callao S.R.L. incumplió al no contar con los expedientes técnicos debidamente aprobados antes de iniciar la ejecución de las modificaciones sustanciales (obras distintas) correspondientes al Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur, que debieron ejecutarse conforme al Expediente Técnico aprobado por la APN, tal como lo establece la Cláusula 6.8 del Contrato de Concesión.

SEGUNDO: Imponer a la empresa concesionaria DP World Callao S.R.L., como sanción, por el incumplimiento referido en el artículo primero de la presente Resolución, una multa equivalente a cincuenta (50) UIT, la misma que deberá ser pagada dentro del plazo establecido en el Art. 75 de el RIS.

Que, con fecha 17 de agosto de 2010, DPWC presentó recurso de apelación contra la Resolución N° 061-2010-GG-OSITRAN.

Que, con fecha 07 de febrero de 2011, la empresa concesionaria DPWC realizó informe oral ante el Consejo Directivo de OSITRAN.

Que, luego de revisar y discutir el Informe de Vistos, el Consejo Directivo manifiesta su conformidad con los fundamentos y conclusiones de dicho Informe, razón por la cual lo constituye como parte integrante de la presente Resolución, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 6.2 del Artículo 6 de la Ley N° 27444.

Página 1 de 2



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

Presidencia Ejecutiva

POR LO EXPUESTO y en virtud de sus funciones previstas en el Artículo 53° Literal F) del Reglamento General de OSITRAN, aprobado mediante 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° 379 de fecha 03 de marzo de 2011 y, sobre la base del Informe N° 007-11- GAL-OSITRAN;

SE RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar INFUNDADA la apelación interpuesta por la empresa concesionaria DP World Callao S.R.L. contra la Resolución N° 061-2010-GG-OSITRAN.

SEGUNDO.- CONFIRMAR la Resolución N°061-2010-GG-OSITRAN que DECLARÓ que la empresa concesionaria DP World Callao S.R.L. incumplió lo dispuesto en el artículo 44° del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN- RIS, al no contar con los expedientes técnicos debidamente aprobados antes de iniciar la ejecución de las modificaciones sustanciales (obras distintas) correspondientes al Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur, incurriendo en una infracción GRAVE, e IMPUSO a la empresa concesionaria, una multa equivalente a cincuenta (50) UIT's, la misma que deberá ser pagada dentro del plazo establecido en el Art. 75 de el RIS.

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

CUARTO.- ENCARGAR a la Gerencia de Supervisión de OSITRAN para que una vez consentida la multa, se remitan los actuados a la Gerencia de Administración y Finanzas, a fin de que implemente las acciones de cobranza que correspondan.

QUINTO.- NOTIFICAR la presente Resolución y el Informe N° 007-11- GAL-OSITRAN a la empresa Concesionaria DP World Callao S.R.L., así como al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, en su calidad de entidad Concedente.

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

Regístrese y comuníquese.

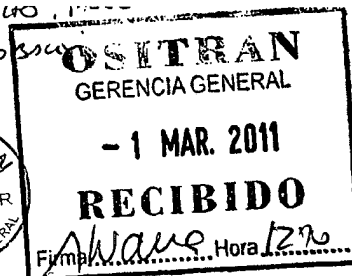
JUAN CARLOS ZEVALLOS UGARTE
Presidente del Consejo Directivo

Reg. Sal. PD N°5057 -11



Con la CONFERENCIA DE ESN DESMUCHO, PMS AROBSSU
A SESION DE CONSEJO DIRECTIVO, PMS AROBSSU
02.03.01

INFORME N° 007-11- GAL-OSITRAN



Para : **Carlos Aguilar Meza**
Gerente General

Asunto : Recurso de Apelación interpuesto por DP World Callao S.R.L. contra la Resolución de Gerencia General N° 061-2010-GG-OSITRAN

Fecha : 28 de febrero de 2011

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 24 de Julio de 2006, el Estado Peruano suscribió con la empresa Dubai Ports World Callao S.A. (hoy DP World Callao S.R.L., en adelante, el Concesionario o DPWC), el Contrato de Concesión para el Diseño, Construcción, Financiamiento, Conservación y Explotación del Nuevo Terminal de Contenedores ubicado adyacente al rompeolas del Terminal Portuario del Callao – Zona Sur, en adelante, el Contrato de Concesión.
2. Al respecto, la Cláusula 6.8 del Contrato de Concesión establece la obligación del Concesionario de ejecutar las obras correspondientes, conforme al Expediente Técnico Aprobado:

"6.8 El Concesionario se obliga a ejecutar las Obras correspondientes al Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur, conforme al Expediente Técnico aprobado por la APN, sin perjuicio de las actividades de Conservación a que se refiere la Sección VII."

3. Concordante con ello, el Artículo 44° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (en adelante, RIS)¹, establece lo siguiente:

"Artículo 44°.- Iniciar obras sin expediente técnico aprobado

La Empresa Concesionaria que inicie la ejecución de las obras sin contar con el expediente técnico de obras debidamente aprobado, incurrirá en infracción grave."

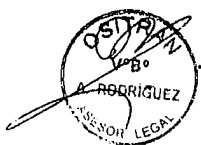
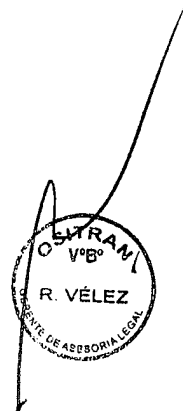
4. Para efectos de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, en relación a la ejecución de las obras, OSITRAN -luego de realizado el correspondiente Concurso Público Internacional-, suscribió contrato de supervisión de las obras con el Consorcio Peruano – Japonés Nippon Koei Co. Ltd.-CESEL S.A. (en adelante, NKC). Al respecto, debemos precisar que la supervisión de las obras corresponde a la construcción de la primera fase del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur.



Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN (publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 24 de diciembre de 2003; y, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 077-2005-CD-OSITRAN (publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 15 de diciembre de 2005; y, por Resolución de Consejo Directivo N° 005-2007-CD-OSITRAN, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 18 de enero de 2007.

II. HECHOS

5. Mediante Oficio N° 124-2008-APN/PD del 03 de abril de 2008, notificado a OSITRAN el 07 de abril de 2008, la APN comunicó OSITRAN que ***“... está aprobando el Expediente Técnico en forma integral correspondiente al Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur”***.
6. Mediante Carta N° GG.DPWC.105.08 de fecha 04 de julio de 2008, DPWC solicitó a OSITRAN una denominada ***“optimización”*** del proyecto (Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal portuario del Callao – Zona Sur), en el rubro correspondiente al muelle.
7. Mediante Oficio N° 305-08-GG-OSITRAN, recibido el 10 de julio de 2008, OSITRAN solicitó a la Autoridad Portuaria Nacional (en adelante, APN), en su calidad de entidad responsable de la supervisión del diseño, emita opinión técnica sobre el documento denominado “Optimización del Expediente Técnico del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur”, elaborado por DPWC.
8. En el mes de noviembre del 2008, la empresa supervisora de las obras NKC anotó en el Libro de Obra, asientos en los que advierte sobre la ejecución de obras con una configuración distinta a la aprobada en el Expediente Técnico y sin su autorización (asientos N° 162 del 10.Nov.08, 168 del 13.Nov.08, 171 del 13.Nov.08, 174 del 18.Nov.08, 176 del 19.Nov.08 y 179 del 27.Nov.08), principalmente relacionadas con procedimientos constructivos distintos a los señalados en las especificaciones técnicas ó pruebas.
9. Asimismo, en el mes de diciembre de 2008, la empresa supervisora dejó constancia de los siguientes hechos:
 - Con asiento N° 188, de fecha 03 de diciembre de 2008, la empresa supervisora señaló que el día 02 de diciembre de 2008, el Concesionario dio inicio a la construcción de obras que considera definitivas, las mismas que implican una configuración diferente a la aprobada por el Concedente en el Expediente Técnico, esto es; la instalación de pilotes para el muelle con dimensiones diferentes a las indicadas en los planos, precisando que este hecho, constituye un incumplimiento del Contrato de Concesión y que de continuar será de total responsabilidad del Concesionario.
 - Con asiento N° 203, de fecha 18 de diciembre de 2008, la empresa supervisora señaló que desde el día 17 de diciembre de 2008, el Concesionario había dado inicio a la construcción de pilotes de concreto armado, en la zona correspondiente a la cimentación del Edificio Administrativo, con dimensiones y características diferentes a las previstas en el Expediente Técnico aprobado por el Concedente, no obstante el Concesionario anunció que se trataba de cuatro pilotes de prueba que en un primer momento fue aceptado por la supervisión. En la misma anotación, la empresa supervisora ratifica que mientras no medie autorización expresa del Concedente, la ejecución de obras con características diferentes a las aprobadas en el Expediente Técnico es de total responsabilidad del Concesionario. Pese a la advertencia efectuada por la empresa supervisora, el Concesionario de manera unilateral continuó con los trabajos de pilotaje de la cimentación del edificio, bajo su propia cuenta y riesgo, sin esperar la aprobación previa del Concedente.



10. Con Oficio N° 3664-08-GS-OSITRAN recibido con fecha 09 de diciembre de 2008, el Regulador solicitó al Concesionario explicaciones sobre la anotación N° 188 mediante la cual se indica que se inician los trabajos de hincado de pilotes en mar, exigiéndole a éste, la presentación de un informe que permita realizar las evaluaciones correspondientes a fin de establecer responsabilidades.
11. Mediante Anotación de Libro de Obra N° 193, de fecha 04 de diciembre de 2008, el Concesionario respondió que de acuerdo a las buenas prácticas de la ingeniería portuaria, instruyó a su contratista CDB Callao a llevar a cabo pruebas de pilotaje en mar, con la finalidad de determinar la capacidad portante del suelo en donde se construirá el Muelle^{2 3}.
12. Mediante Oficio N° 210-2009-APN/GG de fecha 02 de febrero de 2009, la APN comunicó a OSITRAN que con fecha 11 de diciembre de 2009 ha recibido el documento denominado "Alternativa de Cimentación de Pilotes Pre Fabricados – Edificio Administrativo", razón por la cual ha procedido a convocar a los consultores, a fin que revisen y emitan la respectiva opinión técnica.
13. Mediante Oficio N° 772-09-GS-OSITRAN, de fecha 09 de marzo de 2009, OSITRAN manifestó su preocupación al Concedente, por la demora en la aprobación del Expediente Técnico denominado "Optimización de la Sub Estructura del Muelle", teniendo en cuenta que este hecho está afectando a la empresa supervisora NKC, al no poder valorizar sub partidas no aprobadas, que corresponden al Expediente Técnico de "Optimización", por lo que se solicitó los avances de la revisión, así como la fecha de aprobación.
14. En mayo de 2009, la Dirección Técnica de la APN emitió Informe respecto de las **"Alternativas de Cimentación de Pilotes Prefabricados – Edificio Administrativo – Expediente Técnico Definitivo"**, del Terminal de Contenedores del Callao, Muelle Sur.
15. En Junio de 2009, la Comisión Técnica de la APN, a fojas 03 (tres) del documento denominado "Apéndice 7- Diseño de Muelle" del Terminal de Contenedores, Informe de Optimización del Expediente Técnico, señaló que existe:

*"... la necesidad de que el diseño propuesto por DP WORLD CALLAO S.A. originalmente, sea **REEMPLAZADO** por el **NUEVO DISEÑO**, que posibilita disponer de mejores ventajas desde el punto de vista sísmico, constructivo, económico y de mantenimiento."*

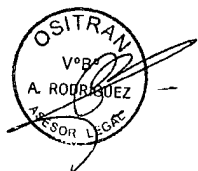
[Subrayado y mayúsculas son nuestros]



Dicha respuesta, en un primer momento, satisfizo las exigencias de la empresa Supervisora, por cuanto al igual que en la cimentación del edificio se creía que se trataba de cuatro (04) pilotes de prueba, sin embargo posteriormente se siguieron hincando mas pilotes sin que se explique las razones por las que el Concesionario y su Contratista tomaban tal determinación

3

Posteriormente, se fueron sucediendo anotaciones en el Libro de Obra donde la empresa supervisora continuo advirtiendo al Concesionario sobre la ejecución de obras con una configuración distinta a las aprobadas en el Expediente Técnico aprobado por el Concedente, recibiendo como respuesta que la aprobación de estas nuevas obras se encontraba en trámite ante el Concedente.



16. Concordante con ello, a fojas 05 (cinco) del documento mencionado, la Comisión Técnica de la APN indicó lo siguiente:

"1.3 ANALISIS COMPARATIVO DEL PROYECTO DEL MUELLE APROBADO POR LA APN Y LA NUEVA ALTERNATIVA PROPUESTA POR DP WORLD CALLAO S.A.

Con la finalidad de establecer una diferencia de los aspectos conceptuales (diseño), constructivo, mantenimiento y económico, entre el diseño del muelle aprobado por la APN el 03.04.2009 (sic⁴) y la nueva alternativa propuesta por DPWC, se dispone de los siguientes comentarios:

La nueva alternativa de diseño del muelle, presenta diferencias respecto al proyecto aprobado por la APN originalmente, en los siguientes aspectos: estructural, mantenimiento, ejecución de obra."

[Subrayado y negrillas son nuestros]

17. De esta manera, mediante Oficio N° 766-2009-APN/GG de fecha 03 de julio de 2009, la APN comunicó a OSITRAN que el documento correspondiente a la "Optimización de la Plataforma del Muelle", fue revisado por la Comisión Técnica, considerándola válida, habiendo por tanto, recién solicitado a DPWC la presentación del Expediente Técnico respectivo.
18. Con fecha 15 de julio de 2010, la Gerencia General emitió la Resolución N° 061-2010-GG-OSITRAN, resolviendo, entre otras cosas, lo siguiente:

PRIMERO: Declarar que la empresa concesionaria DP World Callao S.R.L. incumplió al no contar con los expedientes técnicos debidamente aprobados antes de iniciar la ejecución de las modificaciones sustanciales (obras distintas) correspondientes al Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur, que debieron ejecutarse conforme al Expediente Técnico aprobado por la APN, tal como lo establece la Cláusula 6.8 del Contrato de Concesión.

SEGUNDO: Imponer a la empresa concesionaria DP World Callao S.R.L., como sanción, por el incumplimiento referido en el artículo primero de la presente Resolución, una multa equivalente a cincuenta (50) UIT, la misma que deberá ser pagada dentro del plazo establecido en el Art. 75 de el RIS.

19. Con fecha 22 de julio de 2010, la Resolución mencionada fue notificada a la empresa concesionaria.
20. Con fecha 17 de agosto de 2010, DPWC presentó recurso de apelación contra la Resolución N° 061-2010-GG-OSITRAN.
21. Con fecha 07 de febrero de 2011, la empresa concesionaria DPWC realizó informe oral ante el Consejo Directivo de OSITRAN, en el cual entre otras cosas manifestó lo siguiente:
- DPWC no incumplió lo establecido por la cláusula 6.8 del contrato de concesión.
- Como sustento de ello, señaló que mediante Carta N° 009-2008-APN/PD, de fecha 11 de enero de 2008, la ANP comunicó la aprobación del Expediente Técnico; asimismo, indicó que con fecha 04 de abril de 2008, OSITRAN,

⁴ Conforme a lo indicado en el ítem 5 del presente documento la fecha correcta es el 03 de abril de 2008.

- DPWC y la empresa Supervisora suscribieron el acta de inicio de la construcción de las obras del Muelle Sur.
- De igual forma indicó que aún en el supuesto que DPWC hubiera incumplido con dicha cláusula ello no otorga facultades a OSITRAN para imponer una sanción administrativa amparándose en el artículo 44 del RIS.
 - Finalmente, reiteró su pedido de reducción de la sanción.

III. DE LA IMPUGNACIÓN

22. La recurrente fundamentó la presentación de su recurso en base a los siguientes principales argumentos:

Respecto de la tipificación:

<<5.4 La Resolución impugnada no ha motivado los argumentos por los cuales considera que DPWC ha incurrido en la infracción tipificada en el artículo 44 del RIS.

La Resolución Impugnada únicamente menciona, en su numeral 37 que "se han ejecutado obras distintas a las aprobadas inicialmente, puesto que las modificaciones involucran cambios sustanciales en el Expediente Técnico original."

Sin embargo este hecho no guarda ninguna correspondencia con la tipificación regulada en el artículo 44°. La tipificación del artículo 44° es clara en mencionar que la infracción es "iniciar obras sin el Expediente Técnico aprobado" y no es "ejecutar obras distintas al Expediente Técnico aprobado">>

<<6.1 Nuestra empresa en ningún momento incumplió con el numeral 6.8 el Contrato de Concesión. Cabe indicar que ni el Concedente ni la APN jamás nos reclamaron o imputaron un incumplimiento contractual. Todo lo contrario, la APN se mostró conforme con los (sic) obras de optimizaciones y con las modificaciones al Expediente Técnico presentadas por nuestra empresa, lo cual permitió terminar las obras del Muelle Sur anticipadamente.>>

<<6.5 ... sin perjuicio de que nuestra empresa no incumplió con el mencionado numeral 6.8, lo cierto es que el incumplimiento de dicho numeral de ninguna manera tiene como consecuencia la imposición de una sanción administrativa>>

<<7.5 ... no puede aplicarse el artículo 44 del RIS de manera analógica para interpretarse que éste es aplicable al hecho de que el Concesionario inicie la construcción sin la aprobación del Expediente Técnico sino que, además, se aplique también erróneamente en aquellos supuestos vinculados a la modificación de dichas obras>>.

Sobre la graduación de la sanción:

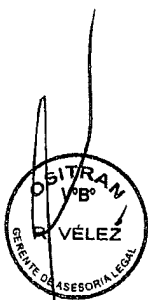
La RESOLUCIÓN IMPUGNADA ha listado una serie de agravantes en aplicación del principio de razonabilidad. (...) [las cuales] consideramos que ... ha[n] sido efectuada[s] incorrectamente.

8.2 La gravedad del daño al interés público.

(i) [Perjuicio en la labor de supervisión a cargo de OSITRAN]

(...) Los Expedientes Técnicos ya están aprobados por lo que no se ha producido ningún daño. En el supuesto negado que los expediente Técnicos no estuvieran aprobados, la Resolución impugnada no detalla cuáles son esos daños, cómo se traducen ni qué perjuicios tangibles se han generado para OSITRAN

(ii) [Perjuicio para el Concedente]



(...) No existe ninguna prueba ... [que acredite] perjuicio para el Concedente. No existe tampoco ni una sola carta del Concedente manifestando el supuesto perjuicio.

(iii) [Revisión del diseño]

(...) Los recursos para nuevas revisiones fueron provistos íntegramente por DPWC. No hubo ninguna afectación económica al Concedente.

(iv) [Recarga logística]

(...) El concedente no ha señalado en ningún momento que ello le haya generado una recarga logística. En todo caso, este supuesto perjuicio nada tiene que ver con el artículo 44° del RIS.

(v) [Perjuicio al consorcio supervisor]

(...) Las obras han sido entregadas y aceptadas por el Estado. No se ha producido ningún daño. Todo lo contrario[,] [s]e ha producido un beneficio dado que las obras han sido entregadas antes de lo esperado por el Contrato de Concesión.

(vi) [No se ha podido valorizar los avances de obra]

(...) El contrato de concesión no exige el cumplimiento de montos de inversión mínimos, por lo que no es necesario que el Supervisor verifique valorizaciones de los avances de obras. En consecuencia, no existe ningún perjuicio.

8.3 El perjuicio económico

[Respecto de la complicación para la cuantificación del avance de inversión para efectos del pago del supervisor de obras].

(i) ...el Supervisor no está facultado a inspeccionar avances de inversiones, toda vez que el Contrato de Concesión de DPWC no exige montos mínimos de inversión.

(ii) ... si OSITRAN diseñó un esquema de pagos al Supervisor basándose en parámetros de valorización aun cuando estos parámetros no se ajustan al Contrato de Concesión, entonces DPWC no puede de ninguna manera ser responsable de que OSITRAN no pueda calcular los pagos al Supervisor. El problema es el diseño del esquema de pagos al Supervisor y no la modificación de las obras.

8.4 Circunstancias de la comisión de la infracción

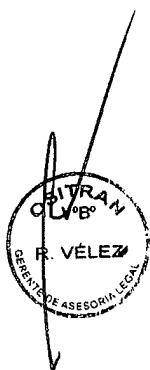
[Concesionario no tuvo la voluntad de cumplir con los requerimientos formulados]

El Concesionario ejecutó las obras adicionales para terminar más prontamente con las obras del Muelle Sur. Es un hecho que estas obras terminaron mucho antes de lo previsto por el Contrato de Concesión y, en consecuencia, se generó un beneficio para el país, toda vez que el primer puerto del Perú empezó a operar anticipadamente. No entendemos cómo OSITRAN alega que este es un incumplimiento de los compromisos contractuales asumidos

IV. OBJETO DEL INFORME

23. Teniendo en consideración los argumentos esgrimidos por la recurrente, en el presente informe corresponde analizar lo siguiente:

- (i) La tipificación efectuada por la primera instancia administrativa.
- (ii) La graduación de la sanción efectuada en el acto administrativo impugnado.



V. ANÁLISIS

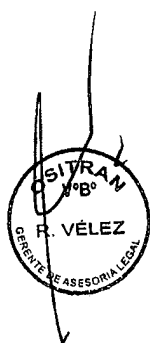
24. Dado que nos encontramos ante la presentación de un recurso impugnativo, corresponde analizar, en primer lugar, si dicho recurso ha cumplido con los requisitos de admisibilidad y procedencia dispuestos por el marco legal vigente para, posteriormente, analizar los argumentos de fondo del recurso.

V.1 DE LA ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

25. Conforme a lo establecido por el Artículo 72 del RIS "...[e]n caso de que el interesado opte por interponer el recurso de apelación, lo hará en el plazo de quince (15) días contados desde la notificación de la Resolución de la Gerencia General a través de la cual se hubiese impuesto la sanción..."
26. De acuerdo a los antecedentes que obran en el expediente administrativo sancionador, la Resolución N° 061-2010-GG-OSITRAN fue notificada a la empresa concesionaria con fecha 22 de julio de 2010, en tanto que con fecha 17 de agosto de 2010, DPWC presentó recurso de apelación contra la Resolución mencionada, razón por la cual podemos afirmar que el recurso impugnativo ha sido presentado por el concesionario dentro del plazo legal establecido.
27. En consecuencia, observamos que la impugnación interpuesta cumple con los requisitos de admisibilidad del recurso.
28. De otro lado, conforme a lo establecido por el artículo 209 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), el " ... recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico."
29. En consecuencia, de una simple observación de los argumentos esgrimidos por la recurrente, podemos constatar que se han cumplido con los requisitos de procedencia del recurso de apelación.
30. Habiendo constatado que se han cumplido con los requisitos de admisibilidad y procedencia del recurso de apelación, a continuación procederemos a analizar los argumentos de fondo del recurso interpuesto: la tipificación y la graduación de la sanción.

V.2 DE LOS HECHOS MATERIA DE TIPIFICACIÓN

31. Mediante Oficio N° 124-2008-APN/PD del 03 de abril de 2008, notificado a OSITRAN el 07 de abril de 2008, la APN comunicó OSITRAN que "**... está aprobando el Expediente Técnico en forma integral correspondiente al Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur**".



32. Conforme se puede apreciar del documento anexo a dicha comunicación, las obras materia del expediente técnico⁵, correspondientes a la Fase 1 de las obras, fueron las siguientes:

➤ OBRAS

- Demolición de obras terrestres
- Demolición de Obras Marinas y Remoción de Objetos Hundidos
- Rompeolas / Protección de taludes
- Obras de Dragado
- Muelle
- Relleno
- Edificaciones
- Pavimento
- Obras reléctricas y suministro eléctrico
- Redes exteriores de agua, desagüe y agua contra incendios

➤ OBRAS CIVILES

- Demolición de obras terrestres.
- Demolición de Obras Marinas y Remoción de Objetos Hundidos.
- Rompeolas /Proyección de taludes.
- Obras de Dragado.
- Muelle.
- Relleno.
- Edificio Administrativo – Arquitectura.
- Puertas de Ingreso – Arquitectura.
- Taller de Mantenimiento – Arquitectura.
- Estación de Combustible – Arquitectura.
- Estación de Lavado RTG – Arquitectura.
- Zona de Aforo Aduanero – Arquitectura.
- Edificio Administrativo – Cimentaciones.
- Edificio Administrativo – Estructuras.
- Bloque de Amenidades – Estructuras.
- Balanzas – Cimentaciones.
- Caseta de Balanzas – Estructuras.
- Taller de Mantenimiento – Cimentaciones.
- Taller de Mantenimiento – Estructuras.
- Estación de Combustible – Cimentaciones.
- Estación de Combustible – Estructuras.
- Obras Menores – Cuarto de Basura 1 y 2 – Estructuras.
- Obras Menores – Cerco Perimétrico Ladrillo Total – Estructuras.
- Obras Menores – Cisterna – Cimentaciones.
- Edificio Administrativo – Instalaciones Eléctricas.
- Edificio Administrativo – Estacionamiento – Instalaciones Eléctricas.
- Balanzas – Instalaciones Eléctricas.
- Talleres – Instalaciones Eléctricas.
- Zona de Aforo – Instalaciones Eléctricas.
- Estación de Combustible – Instalaciones Eléctricas.
- Estación de lavado RTG – Instalaciones Eléctricas.

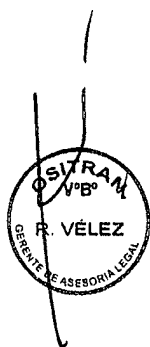


5

En su versión originalmente aprobada.

- Ad. Adm. – Instalaciones Eléctricas -Aire Acondicionado.
- Taller de Mantenimiento – Aire Acondicionado.
- Ed. Adm. Y Amenidades 1er Piso – Inst. Sanitarias.
- Ed. Adm. y Amenidades 2° Piso – Instalaciones Sanitarias.
- Ed. Adm. y Amenidades 3° Piso – Instalaciones Sanitarias.
- Ed. Adm. y Amenidades 4° Piso – Instalaciones Sanitarias.
- Taller de Mantenimiento 1° Piso – Instalaciones Sanitarias.
- Taller de Mantenimiento 2° Piso – Instalaciones Sanitarias.
- Depósitos para contenedores con derrames.
- Plataformas para contenedores refrigerados.
- Estación de Lavado RTG – Instalaciones Sanitarias.
- Pavimento.
- Obras eléctricas y Suministro Eléctrico.
- Redes Exteriores de agua, desagüe y agua contra incendios.
- Conexiones con SEDAPAL.

33. Mediante Carta N° GG.DPWC.105.08 de fecha 04 de julio de 2008, DPWC solicitó a OSITRAN una denominada **“optimización”** del proyecto (Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal portuario del Callao – Zona Sur), en el rubro correspondiente al muelle.
34. Mediante Oficio N° 305-08-GG-OSITRAN, recibido el 10 de julio de 2008, OSITRAN solicitó a la APN, en su calidad de entidad responsable de la supervisión del diseño, emita opinión técnica sobre el documento denominado “Optimización del Expediente Técnico del Nuevo Terminal de Contenedores en el Terminal Portuario del Callao – Zona Sur”, elaborado por DPWC.
35. Conforme ha quedado acreditado mediante anotaciones efectuadas (entre los meses de noviembre y diciembre de 2008) por la empresa supervisora NKC en el libro de obras, con fecha posterior a la aprobación del expediente técnico integral, y sin que mediará autorización alguna, es que la empresa concesionaria DPWC:
- Ejecutó obras con una configuración distinta a la aprobada en el expediente técnico (asientos 162, 168, 171, 174, 176 y 179, del libro de obras, efectuadas en el mes de noviembre de 2008), principalmente relacionadas con procedimientos constructivos distintos a los señalados en las especificaciones técnicas.
 - Instaló de pilotes para el **muelle** con dimensiones diferentes a las indicadas en los planos (asiento 188 del libro de obra, efectuada en el mes de diciembre de 2008).
 - Inició a la construcción de pilotes de concreto armado, en la zona correspondiente a la cimentación del **edificio administrativo**, con dimensiones y características diferentes a la prevista en el expediente técnico (asiento 203 del libro de obra, efectuada en el mes de diciembre de 2008).
36. En mayo de 2009, la Dirección Técnica de la APN emitió Informe respecto de las **“Alternativas de Cimentación de Pilotes Prefabricados – Edificio Administrativo – Expediente Técnico Definitivo”**, del Terminal de Contenedores del Callao, Muelle Sur.



37. En junio de 2009, la Comisión Técnica de la APN, a fojas 03 (tres) del documento denominado "**Apéndice 7- Diseño de Muelle**" del Terminal de Contenedores, Informe de Optimización del Expediente Técnico, señaló que existe:

"... la necesidad de que el diseño propuesto por DP WORLD CALLAO S.A. originalmente, sea REEMPLAZADO por el NUEVO DISEÑO, que posibilita disponer de mejores ventajas desde el punto de vista sísmico, constructivo, económico y de mantenimiento."

[Subrayado y mayúsculas son nuestros]

38. Concordante con ello, a fojas 05 (cinco) del documento mencionado, la Comisión Técnica de la APN indicó lo siguiente:

"1.3 ANALISIS COMPARATIVO DEL PROYECTO DEL MUELLE APROBADO POR LA APN Y LA NUEVA ALTERNATIVA PROPUESTA POR DP WORLD CALLAO S.A.

Con la finalidad de establecer una diferencia de los aspectos conceptuales (diseño), constructivo, mantenimiento y económico, entre el diseño del muelle aprobado por la APN el 03.04.2009 (sic⁶) y la nueva alternativa propuesta por DPWC, se dispone de los siguientes comentarios:

La nueva alternativa de diseño del muelle, presenta diferencias respecto al proyecto aprobado por la APN originalmente, en los siguientes aspectos: estructural, mantenimiento, ejecución de obra."

[Subrayado y negrillas son nuestros]

39. Como puede observarse es la APN quien ha reconocido expresamente que la denominada **optimización** del diseño del muelle, no se trata de una simple modificación, sino que en realidad constituye una NUEVA ALTERNATIVA, un NUEVO DISEÑO (del Muelle), respecto del diseño aprobado originalmente por la APN y consecuentemente se trata de un nuevo Expediente Técnico, el cual estaba en proceso de aprobación por la APN cuando DPWC decidió iniciar las obras, no acorde al expediente técnico aprobado originalmente sino siguiendo el nuevo expediente (situación que impidió la supervisión por parte de la empresa supervisora NKC respecto del diseño del Muelle, así como con respecto de las alternativas de cimentación de pilotes prefabricados del edificio administrativo).

40. Por lo tanto, en lo que respecta a los hechos materia de tipificación, resulta claro que los mismos versaron exclusivamente respecto de:

- Las obras mencionadas en el ítem 31 del presente documento (versión original del expediente técnico),
- Así como en su relación con los nuevos expedientes técnicos (a las que DPWC denominó "optimizaciones"), relativos al diseño del muelle, así como al expediente técnico definitivo de las alternativas de cimentación de pilotes prefabricados del edificio administrativo.



V.3 RESPECTO DE LA TIPIFICACIÓN

41. Sobre el particular, DPWC señaló en su informe oral que no incumplió con lo establecido en la cláusula 6.8 del contrato de concesión, dado que la APN aprobó el Expediente Técnico y que con fecha 04.04.2008 OSITRAN, DPWC y la empresa supervisora NKC suscribieron el acta de inicio de construcción de las obras de la 1ra. Etapa del Muelle Sur.

Al respecto, debemos mencionar lo siguiente:

- (i) La aprobación del Expediente Técnico INTEGRAL por la APN se dio con fecha 03.04.2008, razón por la cual el acta de inicio de la construcción se celebró con fecha 04.04.2008.
 - (ii) Sin embargo, tal como se puede observar del ítem V.2 del presente documento, el procedimiento administrativo sancionador se inició debido a que la empresa supervisora constató que precisamente las obras iniciadas tenían una configuración distinta a la aprobada por el expediente técnico original, principalmente relacionadas con procedimientos constructivos distintos a los señalados en las especificaciones técnicas, lo cual implicaba la aprobación de un nuevo expediente técnico.
42. De otro lado, la recurrente señala que la tipificación contenida en la Resolución impugnada es errónea puesto que no ha incumplido con lo dispuesto por la cláusula 6.8 del Contrato de Concesión y que, en todo caso, el incumplimiento de dicha cláusula no se encuentra tipificado por norma sancionadora alguna, siendo que la aplicación del artículo 44 del RIS constituye, en consideración del Concesionario, una aplicación analógica.

Sobre el particular, debemos precisar lo siguiente:

- (i) Conforme a lo dispuesto por el Artículo 66 del RIS de OSITRAN, corresponde a la entidad prestadora efectuar sus descargos con respecto a los hechos tipificados en el escrito de notificación de inicio del procedimiento sancionador.
- (ii) En efecto, el Artículo 66 del RIS de OSITRAN establece que:

Artículo 66.- Procedimiento Sancionador

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

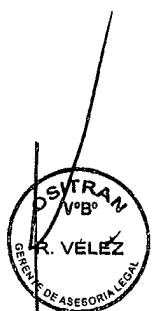
(...)

66.3 (...)

En caso que se decida iniciar el Procedimiento Administrativo Sancionador deberá notificarlo a la empresa prestadora que corresponda. Esta notificación contendrá:

66.3.1 *Los hechos que se le imputen a título de cargo.*

66.3.2 *La calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir.*



66.3.3 *La expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudieran imponer.*

66.3.4 *La autoridad para imponer la sanción.*

66.3.5 *La norma que atribuya tal competencia.*

- (iii) Como puede observarse, de una revisión de los actuados en el expediente administrativo sancionador, la recurrente tuvo la oportunidad de realizar sus descargos, y los efectuó, respecto de las imputaciones mencionadas en el escrito de notificación de inicio del procedimiento sancionador.

En consecuencia, respecto de este extremo del recurso impugnativo, lo que corresponde es determinar si la tipificación efectuada por la administración – a través del escrito de notificación de inicio del procedimiento⁷ - fue la correcta y si la misma guarda concordancia con la tipificación mencionada en el acto administrativo impugnado, ello con el fin de verificar la observancia del derecho de defensa del administrado.

43. Teniendo en cuenta lo indicado precedentemente, iniciaremos nuestro análisis partiendo del marco legal involucrado en el presente procedimiento sancionador.

V.3.1 Del marco legal

44. Tal como puede observarse de los antecedentes del expediente administrativo, la tipificación de la conducta sancionada se efectuó teniendo en consideración las siguientes disposiciones: la cláusula 6.8 del Contrato de Concesión y el artículo 44 del Reglamento de Infracciones y Sanciones de OSITRAN.

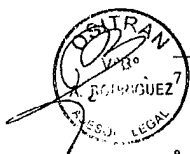
45. Sobre el particular, la Cláusula 6.8 del Contrato de Concesión establece la obligación del Concesionario de ejecutar las obras correspondientes, conforme al Expediente Técnico Aprobado:

"6.8 El Concesionario se obliga a ejecutar las Obras correspondientes al Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur, conforme al Expediente Técnico aprobado por la APN, sin perjuicio de las actividades de Conservación a que se refiere la Sección VII."

46. De otro lado, el Artículo 44^o del Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS)⁸, establece lo siguiente:

"Artículo 44^o. - Iniciar obras sin expediente técnico aprobado

La Empresa Concesionaria que inicie la ejecución de las obras sin contar con el expediente técnico de obras debidamente aprobado, incurrirá en infracción grave."



Notificación efectuado al Concesionario, con fecha 10 de mayo de 2010 por "presunto incumplimiento contractual de la Cláusula 6.8 del Contrato de Concesión ...",

Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 023-2003-CD/OSITRAN (publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 24 de diciembre de 2003; y, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 077-2005-CD-OSITRAN (publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 15 de diciembre de 2005; y, por Resolución de Consejo Directivo N° 005-2007-CD-OSITRAN, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 18 de enero de 2007.

V.3.2 De la tipificación efectuada en la notificación de inicio del procedimiento sancionador

47. Mediante Oficio N° 1852-10-GS-OSITRAN, notificado al Concesionario el 10 de mayo de 2010, la Gerencia de Supervisión determinó la tipificación de los hechos sancionados en los siguientes términos:

- ...conforme a los hechos descritos en el informe adjunto, conllevan a que DP World:
 - Habría incumplido con la obligación de contar con expedientes técnicos debidamente aprobados antes de iniciar la ejecución de las modificaciones de las obras correspondientes al Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur, que debieron ejecutarse conforme al Expediente Técnico aprobado por la APN, tal como lo establece la cláusula 6.8 del Contrato de Concesión
- Dicho incumplimiento está tipificado en el artículo 44 del Reglamento de infracciones y Sanciones (RIS)
[El subrayado es nuestro]

V.3.3 De la tipificación considerada en la Resolución impugnada

48. Respecto de la tipificación determinada por la Resolución impugnada observamos que el considerando 23 del acto administrativo recurrido estableció lo siguiente:

<<- De la tipificación efectuada por OSITRAN:

23. Mediante el Oficio N° 1852-10-GS-OSITRAN se le notificó al Concesionario, el presunto incumplimiento de lo establecido en la Cláusula 6.8 del Contrato de Concesión, ya que habría incumplido la obligación de contar con los expedientes técnicos debidamente aprobados antes de iniciar la ejecución de las obras con una configuración distinta a la aprobada en el Expediente Técnico original, lo que denotaba una obra distinta a la originalmente aprobada respecto del Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur, que debieron ejecutarse conforme al Expediente Técnico aprobado por la APN, tal como lo establece la Cláusula mencionada".>>

49. De igual forma, el considerando 55 de la Resolución impugnada estableció lo siguiente:

<< 55. Tal como se ha podido apreciar en el desarrollo del presente informe, se advierte que la conducta del Concesionario es contraria a compromisos contractuales específicos, al no haber cumplido con la obligación de contar con los expedientes técnicos debidamente aprobados antes de iniciar la ejecución de las obras correspondientes al Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur, que debieron ejecutarse conforme al Expediente Técnico aprobado por la APN, tal como lo establece la Cláusula 6.8 del Contrato de Concesión.>>

[El subrayado es nuestro]

50. En virtud de lo expuesto, podemos señalar lo siguiente:

- (i) Existe una concordancia entre la tipificación efectuada por la notificación de inicio del procedimiento sancionador y la tipificación recogida en la Resolución impugnada.
- (ii) En ambos casos, la autoridad administrativa determinó que los hechos materia del procedimiento sancionador consistían en que el Concesionario

había iniciado la ejecución de las obras sin contar con el expediente técnico aprobado, es decir, ejecutó obras que contaban con una configuración distinta a la aprobada por el expediente técnico, incumpliendo así la obligación de contar con expedientes técnicos debidamente aprobados antes de iniciar la ejecución de las modificaciones de las obras.

- (iii) En consecuencia, resulta claro que los hechos acreditados en el expediente administrativo se encuentran tipificados por el Artículo 44° del RIS, puesto que el Concesionario inició obras, distintas al expediente técnico originalmente aprobado, sin contar la aprobación correspondiente, razón por la cual corresponde declarar en este extremo infundada la apelación interpuesta.

V.4 RESPECTO DE LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

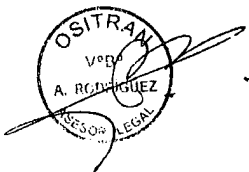
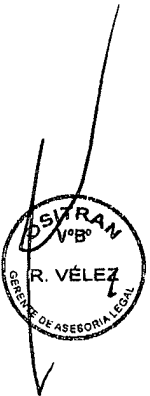
51. Sobre el particular, la recurrente señala que la graduación de la sanción establecida por la Resolución impugnada, ha sido efectuada incorrectamente.
52. Al respecto, observamos que en los considerandos 60 y siguientes de la Resolución impugnada, se encuentra la fundamentación de la graduación establecida para la sanción dispuesta por dicho acto administrativo:

60. Para efectos de graduar la cuantía* de la sanción, el numeral 3 del Artículo 230° de la Ley N° 27444, establece en orden de prelación, que se deben observar los siguientes criterios: a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido. b) El perjuicio económico causado. c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción. d) Las Circunstancias de la comisión de la infracción. e) El beneficio ilegalmente obtenido. f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor. De los argumentos advertidos en el escrito de descargos se puede señalar lo siguiente:

- i) **La gravedad del daño al interés público o bien jurídico protegido, el perjuicio económico causado, la repetición de la comisión de infracción, las circunstancias de la comisión de la infracción y el beneficio ilegalmente obtenido.**- En el presente caso, cabe tener en cuenta que de acuerdo al Informe de Hallazgos N° 219-10-GS-OSTRAN, se ha evidenciado que "la ejecución de obras con una configuración distinta a la aprobada por el Concedente en el Expediente Técnico, ha sido perjudicial para el Regulador por cuanto limita su labor de supervisión, al no contar con expedientes aprobados de las modificaciones y en algunos casos registrar los hechos según expedientes que no cuentan con la conformidad del Concedente."

De igual forma, "el Concedente se perjudica porque deja evidencia que el Expediente Técnico inicial aprobado por este, no era suficiente para la ejecución de las obras en algunos casos. Asimismo esta situación de revisar nuevamente un diseño no estaba prevista en el Contrato de concesión, lo que ha generado que se tenga que suscribir un convenio de fideicomiso para conseguir los recursos que le permitan al concedente contratar a los especialistas que se encargaron de las nuevas revisiones. Finalmente le ha generado una recarga logística importante, ya que se tiene conocimiento que los cambios a presentar serían alrededor de ochenta (80), recarga logística interna, que el propio Concedente debe financiar con sus recursos."

Asimismo, "El Consorcio Supervisor también se ha perjudicado, por no poder efectuar una verificación adecuada de la ejecución de obras en función del Expediente aprobado, Asimismo no ha podido valorizar los avances de las obras ejecutadas con una configuración distinta a la



aprobada en el Expediente Técnico, sin embargo se le ha exigido que supervise estas obras. Por otro lado, pese a las advertencias efectuadas tanto en el Libro de Obras como en reuniones de coordinación semanales y las comunicaciones efectuadas al Concesionario, no se ha podido evitar que este último ejecute obras no aprobadas en el Expediente Técnico, soslayando la autoridad del Supervisor y del Regulador", lo cual configura un tema de Interés Público*, toda vez que, conforme se señaló líneas arriba, no se ha cumplido con la obligación de contar con los expedientes técnicos debidamente aprobados antes de iniciar la ejecución de las modificaciones de las obras correspondientes al Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur. Es precisamente por eso, que el propio RIS tipifica el referido incumplimiento como una infracción grave.

Asimismo, cabe recordar que, conforme al Principio de Vinculación Contractual previsto en el Artículo 1361° del Código Civil, los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. En esta medida, se advierte que la conducta del Concesionario es contraria al principio de obligatoriedad del contrato y buena fe contractual y que recogen los Artículos 1361° y 1362° del Código Civil, según los cuales, los contratos son expresión del acuerdo de voluntad común de las partes, mediante los cuales se crean obligaciones de cumplimiento obligatorio en cuanto se haya expresado en ellos, en aplicación del principio pacta sunt servanda. Por tanto, se advierte que la conducta de la empresa concesionaria es contraria al orden contractual establecido, lo cual ha perturbado al Regulador, por cuanto al no haber cumplido con la obligación de contar con los expedientes técnicos debidamente aprobados antes de iniciar la ejecución de las modificaciones de las obras correspondientes al Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur, que debieron ejecutarse conforme al Expediente Técnico aprobado por la APN, tal como lo establece la Cláusula 6.8 del Contrato de Concesión, se ha vulnerado la buena fe contractual del Estado, hecho que hace imperativa la intervención de OSITRAN. Por ello, la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, constituye un agravante al momento de graduar la sanción.

En lo concerniente al perjuicio económico causado, es propio anotar que en el Informe de Hallazgos N° 219-10-GS-OSITRAN, se desprende que al tratarse de obras nuevas cuyo presupuesto no coincide con el presupuesto inicial, complica la cuantificación del avance de la inversión para efectos del pago al Supervisor de Obras. En tal medida ello constituye un agravante al momento de graduar la sanción.

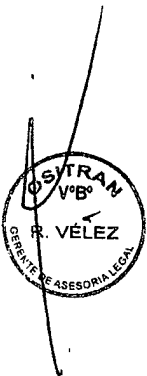
En relación a la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, se debe señalar que a tenor de lo señalado en el Informe de Hallazgos N° 219-10-GS-OSITRAN y de la verificación efectuada al Registro de Infracciones y Sanciones aplicadas a las empresas prestadoras, se descarta la existencia de una conducta repetitiva de la Entidad Prestadora. En ese sentido, dicho aspecto también es un atenuante en la graduación de la sanción.

En cuanto a las circunstancias de la comisión de la infracción, se desprende que ella se ha debido a que el Concesionario, pese a los requerimientos efectuados por el Supervisor de Obras, no ha cumplido con sus compromisos contractuales, por tanto se advierte que en todo momento el Concesionario no tuvo voluntad de cumplir con los requerimientos formulados, 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.

Por otra parte, cabe puntualizar que tanto Informe N° 219-10-GS-OSTRAN y del Expediente Administrativo, no se evidencian beneficios ilegalmente obtenidos por el Concesionario. En ese sentido, dicho aspecto también es un atenuante en la graduación de la sanción, por el cual cabe prueba en contrario.

Asimismo, con respecto a los **beneficios ilegalmente obtenidos** en el, no se hace referencia a ellos.

- ii) **Teniendo en cuenta la existencia o no de intencionalidad.-** Como se podrá observar, en virtud a lo establecido en el Contrato de Concesión, el Concesionario conocía las obras que debía ejecutar, tanto en el diseño como en los materiales a utilizarse.



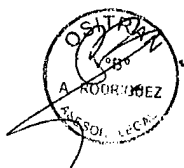
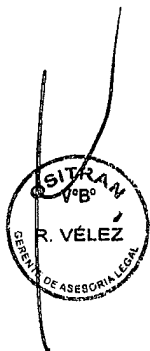
Si bien es cierto, la confrontación de los términos contractuales ya descritos frente a los actos materializados al interior del Concesionario, que han generado o han tenido como grave resultado el injustificable hecho de haber incumplido con la obligación de contar con los expedientes técnicos debidamente aprobados antes de iniciar la ejecución de las modificaciones de las obras correspondientes al Nuevo Terminal de Contenedores – Zona Sur, que debieron ejecutarse conforme al Expediente Técnico aprobado por la APN, tal como lo establece la Cláusula 6.8 del Contrato de Concesión, nos permite afirmar si existió intencionalidad, por lo que se advierte un injustificable desconocimiento de los compromisos asumidos.

*En esta línea, debe entenderse a la negligencia inexcusable⁹ como la falta de cuidado en el obrar, la no diligencia en el no obrar en que incurre un hombre que no es diligente, de suerte que el daño causado fuera previsto o pudo ser previsto, constituyendo un acto de ilicitud civil el no cumplir con los procedimientos establecidos en el Contrato de Concesión. Siendo que la imputabilidad de los hechos descritos en el presente informe demuestran que el Concesionario tenía conocimiento de las normas contractuales previstas en el Contrato de Concesión. Por ello, dicha Empresa no podría alegar desconocimiento de que tenía que contar con las aprobaciones respectivas de los expedientes técnicos de las obras que se ejecutaron. **En ese sentido, dicho aspecto también es un agravante en la graduación de la sanción***

- iii) **La finalidad de la Sanción Pecuniaria.-** Tal como se ha mencionado anteriormente para la aplicación de una sanción administrativa, como son las multas, debe tenerse en cuenta que la sanción debe cumplir la finalidad de desincentivar la conducta infractora, por lo que en el presente caso corresponde imponer una multa que sea capaz de disuadir al Concesionario a cumplir oportunamente y sin necesidad de requerimiento previo alguno, las obligaciones contractuales asumidas.

53. Con relación al establecimiento de la multa, debemos mencionar lo siguiente:

- (i) Conforme al Art. 44 del RIS, la infracción cometida por DPWC es GRAVE.
- (ii) De acuerdo con lo establecido por el Art. 61 del RIS el primer criterio de graduación de la sanción se establece en función del nivel de ingresos operativos anuales de la empresa concesionaria.
De esta manera, para las empresas a las cuales les correspondía la aplicación de una sanción GRAVE, los topes de las multas se establecen en función de los siguientes tramos de ingresos:
- Para ingresos operativos anuales menores o iguales a 20,000 UIT's, corresponde aplicar una **multa de hasta 60 UIT's.**
 - Para ingresos operativos anuales mayores a 20,000 UIT's pero menores o iguales a 50,000 UIT's, corresponde aplicar una **multa de hasta 180 UIT's.**
 - Para ingresos operativos anuales mayores a 50,000 UIT's, corresponde aplicar una **multa de hasta 450 UIT's.**
- (iii) Sobre el particular, la Resolución N° 061-2010-GG-OSITRAN del 15 de julio de 2010 consideró que correspondía ubicar a DPWC en el primer tramo, es decir en el tramo con los topes de multa más bajos (multas no mayores a



60UIT's), puesto que se proyectó¹⁰ que el Concesionario tendría ingresos menores a las 20,000 UIT's¹¹.

54. De otro lado, tal como puede observarse del ítem (i) del párrafo 60 de la Resolución impugnada, daría la impresión que respecto de OSITRAN se estaría graduando en virtud del perjuicio causado al Regulador:

"...se ha evidenciado que "la ejecución de obras con una configuración distinta a la aprobada por el Concedente en el Expediente Técnico, ha sido perjudicial para el Regulador por cuanto limita su labor de supervisión ..."

55. Sin embargo, resulta claro que dicho análisis se encuentra relacionado con la afectación al interés público por cuanto las acciones del Concesionario afectaron el cumplimiento de las funciones encargadas al Regulador.

56. Concordante con ello, es que al finalizar el análisis respecto de dicho extremo, la Resolución impugnada dispuso que:

"... la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, constituye un agravante al momento de graduar la sanción."

57. Respecto los alcances del interés público, es preciso mencionar que el fundamento 11 de la Resolución recaída en el Expediente N° 090-2004-AA, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

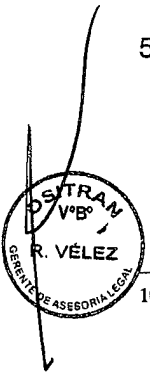
"El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, **es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad**. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa.

(...)

El interés se expresa concluyentemente como **el valor que una cosa posee en sí misma y como la consecuencia de la inclinación colectiva hacia algo que resulta atractivo, apreciable y útil**. De allí que Fernando Sainz Moreno (...) plantee la que la noción de interés público se entienda como expresiones del valor público que en sí mismo tienen ciertas cosas; o bien como expresión que interesa al público.

Dicho interés es tan relevante que el Estado lo titulariza, incluyéndolo entre los fines que debe perseguir necesaria y permanentemente." [Resaltado y Subrayado agregado]

58. En virtud de lo expuesto, consideramos que los argumentos esgrimidos por la recurrente no desvirtúan los considerandos de la Resolución impugnada respecto de la graduación de la sanción, razón por la cual corresponde declarar infundado en este extremo la apelación interpuesta.



10

A la fecha, OSITRAN cuenta con información proveniente de la misma empresa concesionaria, respecto del nivel de ingresos operativos de DPWC en lo que va del transcurso del primer año de operaciones, que concluye recién la última semana de mayo de 2011, y en donde podemos observar lo siguiente:

- En el mes de diciembre de 2010 DPWC obtuvo ingresos ascendentes a S/. 6'892,606.00, siendo el acumulado de S/.35'685,364.00.
- En el mes de enero del presente año el ingreso ascendió a S/. 6'244,208.00; de esta manera, el acumulado al mes de enero de 2011 asciende a S/. 41'929,572.00.

11

Al respecto, conforme a lo establecido por el artículo 62 del RIS, la UIT aplicable para la determinación de la escala es el valor de la UIT vigente al final del año anterior a la comisión de la infracción.

En ese sentido, tenemos que para el ejercicio 2007 el valor de la UIT se fijó en S/. 3,450.00, conforme a lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 213-2006-EF, publicado el 28.12.2006.



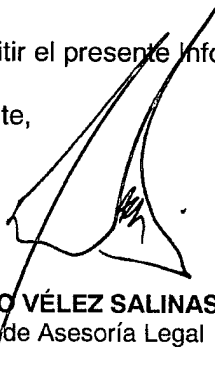
VI. CONCLUSIÓN

1. En virtud de lo expuesto somos de la opinión que se declare INFUNDADO el Recurso de Apelación y, en consecuencia, CONFIRME la Resolución impugnada.

VII. RECOMENDACIÓN

Remitir el presente Informe al Consejo Directivo para su consideración.

Atentamente,



ROBERTO VÉLEZ SALINAS
Gerente de Asesoría Legal

ARM/gvz
Reg. Sal.GAL N°4464-11
HR. 10401-10 / 10358 -10 /17551-10
21786-10 / 25816-10
HR. 1325-11



ANTONIO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ
Asesor Legal I

- Adj.: - Proyecto de Resolución
- Expediente Administrativo
 - Los siguientes documentos:
 1. Oficio N° 124- 2008-APN/PD emitida el 03/04/2008
 2. Oficio N° 521-2010-APN/GG del 27/05/2010
 3. Acta de recepción de obras del primer amarradero, suscrito el 22/05/2010
 4. Oficio N° 771-2010-APN/GG del 27/08/2010
 5. Acta de recepción de obras del segundo amarradero suscrito el 18/08/2010
 6. Oficio N° 967-2010-APN/GG del 22/10/2010
 7. Actas de recepción de obras, tercera recepción del 11/10/2010.
 8. Oficio N° 5115-10-GS-OSITRAN del 06/12/2010
 9. Carta GG.DPWC.264.10 del 14/12/2010.
 10. Carta N°001-2011-APN/CRO-NTC-TPC, recibida el 19/01/2011.
 11. Apéndice 7-Diseño de Muelle, Junio 2009 (fojas 1 a 7)
 12. Expediente Técnico Definitivo, Alternativas de Cimentación de Pilotes Prefabricados, Edificio administrativo, mayo 2009 (fojas 03 a 21)
 13. Correos electrónicos de fechas 21 de enero y 18 de febrero de 2011.
 14. Carta GG.DPWC.103.10 del 27 de mayo de 2010.