

Resolución de Gerencia General

Nº 015 -2008-GG-OSITRAN

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

PROCEDENCIA : Gerencia de Supervisión (GS)
ENTIDAD PRESTADORA : Concesionaria Vial del Perú S.A.
MATERIA : Incumplimiento de lo establecido en la Cláusula 6.11 y 6.14 del Contrato de Concesión

Lima, 02 de abril de 2008

VISTOS:

El Expediente Sancionador Nº 04-2007-GS-OSITRAN remitido por la Gerencia de Supervisión mediante Informe Nº 161-08-GS-OSITRAN de fecha 24 de marzo de 2008, a través del cual se evalúan los descargos presentados por la entidad prestadora Concesionaria Vial del Perú S.A. (en adelante, COVIPERU o la Sociedad Concesionaria);

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES.-

Que, el 20 de septiembre de 2005 se suscribió el Contrato de Concesión para la Construcción y Explotación de la Infraestructura que forma parte del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica de la Carretera Panamericana Sur – R01S (en lo sucesivo, el Contrato de Concesión), entre el Estado de la República del Perú, a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) y COVIPERU;

Que, con fecha 12 de enero de 2007, OSITRAN celebró un Contrato de Locación de Servicios con la empresa C.P.S. de Ingeniería S.A.C (en adelante, el Supervisor), teniendo, entre otras, la obligación de realizar la medición de los parámetros de condición y niveles de servicio definidos en el Anexo I del Contrato de Concesión, después de la culminación de los trabajos de Puesta a Punto, comprendidos en las actividades preparatorias y en la primera etapa de las obras;

Que, mediante Resolución Ministerial Nº 210-2000-MTC/15.02, el MTC aprobó el Manual de Dispositivos de Control del Tránsito Automotor para Calles y Carreteras (en adelante, el Manual). El Capítulo IV de éste Manual, contiene las disposiciones respecto a los Dispositivos de Control del Tránsito a través de Zonas en Trabajo;

Que, el Anexo II del Contrato de Concesión establece las obras que la Sociedad Concesionaria está obligada a realizar en la Primera Etapa de Obras, entre las que se incluye la Puesta a Punto del Sub Tramo 4: Pampa Clarita – Intercambio Chíncha Alta (en adelante, el Sub Tramo 4), cuya ejecución se inició el 20 de septiembre de 2007;

Que, mediante Asiento Nº 07 del Libro de Obra, de fecha 24 de septiembre de 2007, el Supervisor indica que COVIPERU está obligada a garantizar la seguridad del tránsito, debiendo proveer, colocar

y mantener letreros y señales de peligro diurno y nocturno durante la ejecución de la obra, conforme lo dispuesto por el numeral 6.14 del Contrato de Concesión;

Que, con fecha 28 de septiembre de 2007, en el Asiento N° 08 del Cuaderno de Obra, el Supervisor señala que: “[P]ara la seguridad de los usuarios, el Concesionario debe proceder a la colocación de la pintura de las señales horizontales a las 24 horas de colocada la recapa”, tal como lo habían solicitado con la Carta N° 124-07-CPS/PUC-ICA/JS;

Que, con fecha 30 de septiembre de 2007, a través del Asiento N° 11 del Cuaderno de Obra, el Supervisor señala que han transcurrido diez (10) días desde el inicio de la colocación de la mezcla asfáltica en calzada con avance a la fecha de 4.7 Km. y, sin embargo, el Concesionario no ha dado inicio a la pintura de las señales horizontales, señalándose, además, que “[L]a falta de señales constituyen un grave peligro para el usuario especialmente en el tránsito nocturno teniendo en consideración las condiciones topográficas y la presencia de neblina (...)”;

Que, con fecha 09 de octubre de 2007, mediante el Asiento N° 18 del Libro de Obra el Supervisor amplía lo indicado en los Asientos N°s 07, 08 y 11 señalando que “(...) ningún sector del tramo en construcción debe estar en operación sin la señalización horizontal”; agregando que: “[L]a falta de estas señales constituye un grave peligro para el usuario especialmente durante el tránsito nocturno, por lo que se dispone que el Concesionario debe proceder a la colocación de la pintura una vez colocada la carpeta asfáltica, haciendo uso de pintura adecuada y de aplicación rápida (...)”

Que, con fecha 23 de octubre de 2007 en el Asiento N° 25 del Libro de Obra, La Sociedad Concesionaria indica: “(...) que el inicio de la colocación de la señalización horizontal (marcas permanentes en el pavimento) será colocada de acuerdo al proceso constructivo establecido para la construcción de carreteras en el Perú y a la recomendación del fabricante de la pintura de tráfico (30 días de colocada la carpeta asfáltica)”;

Que, mediante Asiento N° 26 del Libro de Obra, del 24 de octubre de 2007, la Sociedad Concesionaria señala que: “(...) en la fecha se ha dado inicio de la señalización horizontal (marcas permanentes sobre el pavimento) desde el Km. 186+950 al Km. 182+000 (...)”;

Que, con Carta C.711.07, del 30 de octubre de 2007, COVIPERU comunica al Supervisor, que se han implementado en obra ocho (8) señales informativas móviles de 1.2m x1.2m, las que fueron colocadas a 1000 mts, 500, mts, 300 mts y 150 mts; respecto de la colocación de la pintura de las señales horizontales a las 24 horas de colocada la recapa, manifiesta que “(...) el pintado de la vía se esta realizando según lo indicado en el Capítulo 8, Sección 8.10 Ítem 810.04 de las Especificaciones Técnicas del MTC y las Especificaciones del Fabricante”;

Que, a través de la Carta N° 164-07/CPS/PUC-ICA/JS, del 07 de noviembre de 2007, el Supervisor le indica a la Sociedad Concesionaria, en el cuarto párrafo, que: “[C]on los asientos N° 07, N° 08, N° 11, N° 18, N° 20 y N° 29 del Libro de Obra en lo que se refiere a la pintura de tráfico sobre la carpeta asfáltica, ha requerido que ésta se aplique inmediatamente después de colocada esta (sic) y que no quede ninguna área sin pintar”;

Que, con fecha 07 de noviembre de 2007, mediante Carta N° 165-07/CPS/PUC-ICA/JS, el Supervisor indica a la Sociedad Concesionaria que no está cumpliendo con las Condiciones del Tránsito descritas en los numerales 6.11 y 6.13 del Contrato de Concesión, incumpliendo las medidas de seguridad vial requeridas en los Asientos del Libro de Obra y documentación cursada;

Que, COVIPERU su Carta C.752.07, del 14 de noviembre de 2007, tercer párrafo, indica que se les “(...) quiere imponer en forma coercitiva la colocación de pintura de tráfico a las 24 horas de colocado el asfalto en caliente en la obra de Puesta a Punto, cuando un principio es respetar el tiempo de evaporación de los elementos volátiles de la mezcla en caliente para proceder con la demarcación, así como los tiempos definidos por el fabricante de la pintura”;

Que, en el siguiente párrafo del documento precitado la Sociedad Concesionaria agrega lo siguiente:

“Consideramos que esta posición de la supervisión es inaceptable porque carece de sustento técnico, sustento legal y va más allá de las atribuciones de supervisor, al no entender que cualquier intervención que se realice en la vía el que acepta el riesgo es el concesionario; además COVIPERU no está obligado ni por el Contrato de Concesión ni por la normativa vigente a realizar la demarcación del pavimento a las 24 horas de colocada la mezcla asfáltica en caliente.”

(Subrayado agregado)

Que, Con fecha 29 de noviembre de 2007 la Gerencia de Supervisión, recibe el Informe N° 537-07-GS-OSITRAN, en el cual se pone en conocimiento el hallazgo del incumplimiento de las cláusulas 6.11 y 6.14 del Contrato de Concesión, durante ejecución de obra de Puesta a Punto del Sub Tramo 4: Pampa Clarita – Intercambio Chíncha Alta, recomendándose el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador en contra de COVIPERU;

Que, con el Oficio N° 327-08-GS-OSITRAN, recibido el 08 de febrero de 2008, se notificó a COVIPERU, el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, PAS) prescrito en el artículo 66.3° del Reglamento de Infracciones y Sanciones (en lo sucesivo, el RIS) de OSITRAN, y en base al Informe N° 537-07-GS-OSITRAN, se le notifica a COVIPERU que:

“Habría Incumplido con lo establecido en las cláusulas 6.11 y 6.14 del Contrato de Concesión al no haber cumplido con las normas contenidas en el Capítulo IV de el Manual de Dispositivos de Control del Tránsito Automotor para Calles y Carreteras”, (sic) aprobado mediante Resolución Ministerial N° 210-2000-MTC/15.02 del 03-05-00, de conformidad con el Decreto Ley N° 25862 y la Ley N° 27181, titulado: DISPOSITIVOS DE CONTROL DE TRÁNSITO A TRAVÉS DE ZONAS DE TRABAJO, lo que pone en grave riesgo la seguridad o integridad de las personas.”

Que, asimismo, se le informó a la Sociedad Concesionaria que el incumplimiento descrito calificaba en la categoría de Muy Grave de acuerdo al artículo 14° –Incumplir obligaciones relativas a la seguridad– del RIS, y que, en aplicación del artículo 61° del mismo Reglamento, correspondería como sanción una multa de hasta 140 UIT;

Que, con fecha 22 de febrero de 2008 se recibe de COVIPERU los descargos al Oficio N° 327-08-GS-OSITRAN, que comunicó el inicio del procedimiento administrativo sancionador; adicionalmente, con fecha 11 de marzo de 2008, presentó un escrito ampliatorio de los descargos mencionados;

II. ANÁLISIS.-

Que, corresponde evaluar los descargos presentados por la Entidad Prestadora COVIPERU, en respuesta al Oficio N° 327-08-GS-OSITRAN, mediante el cual se le comunicó el inicio del correspondiente PAS por el incumplimiento de las Condiciones del Tránsito establecidas en las

Cláusula 6.11 y 6.14 del Contrato de Concesión, durante la construcción de la obra de Puesta a Punto del Sub Tramo 4: Pampa Clarita – Intercambio Chinchá Alta;

Que las cláusulas 6.11, 6.12, 6.13 y 6.14 del Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica, establecen las “*Condiciones del Tránsito*”, que deben ser cumplidas por la SOCIEDAD CONCESIONARIA mientras ejecute la Construcción de las Obras de la Concesión;

Que, al respecto, el Contrato de Concesión en su cláusula 6.11° señala que “(...) La SOCIEDAD CONCESIONARIA queda obligada, mientras ejecute la Construcción de las Obras, a cumplir las indicaciones que el Supervisor de Obras determine en materia de gestión de tráfico, sin que esto signifique compensación o indemnización alguna para la SOCIEDAD CONCESIONARIA, y a seguir las indicaciones y recomendaciones de los Estudios Técnicos y las Normas vigentes sobre la materia.”;

Que, asimismo, el mismo contrato en su cláusula 6.14° señala que “(...) De conformidad con la legislación vigente sobre la materia la SOCIEDAD CONCESIONARIA está obligada a garantizar la seguridad del tránsito para los Usuarios, debiendo proveer, colocar y mantener letreros y señales de peligro, diurno y nocturno, durante todo el periodo de ejecución de la Obra, y, en especial, durante las faenas de trabajo en la vía pública.”;

Que, en el informe de hallazgos, Informe N° 537-07-GS-OSITRAN, sobre el cual se sustenta el inicio del PAS, y que fue notificado conjuntamente con el Oficio N° 327-08-GS-OSITRAN, se establecen, entre otras, las siguientes conclusiones:

- "6.3. El Contratista podrá optar por las alternativas que se proponen en las Especificaciones Técnicas EG – 2000, ó (sic) en las Especificaciones Técnicas del Estudio de Ingeniería e Impacto Ambiental, para la Ampliación, Construcción y Conservación de la Autopista Cerro Azul – Ica de Ayesa Alpha – Consult S.A., en tanto se cumpla con lo indicado en el punto anterior;
- 6.4. El Sub Tramo 4 se encuentra abierto al tránsito, sin la señalización horizontal concluida, como lo establece el Manual. Esta circunstancia que atenta contra la seguridad del tránsito para los usuarios de la vía, tal como se evidencia en las Fotos (sic) del panel fotográfico.
- 6.5. Durante la ejecución de la Obra ‘Puesta a Punto del Sub Tramo 4: Pampa Clarita – Chinchá Alta’, LA SOCIEDAD CONCESIONARIA no ha seguido las indicaciones y recomendaciones dadas por la Supervisión de Obra, lo que se evidencia en el Panel Fotográfico contenido en el Anexo 10.
- 6.6. LA SOCIEDAD CONCESIONARIA al abrir al tránsito el Sub Tramo 4 con la calzada sin señalización horizontal (marcas en el pavimento), ha puesto en riesgo la seguridad de los usuarios de un tramo de la Carretera Panamericana Sur. Para los casos como el presente, en el que los trabajos de Puesta a Punto se han realizado manteniendo la vía en operación, existen productos (pinturas) en el mercado nacional, adecuados para realizar las marcas en el pavimento en forma inmediata a la colocación de la carpeta asfáltica.
- 6.7. Existe suficiente evidencia sobre el incumplimiento de las cláusulas 6.11 y 6.14 del Contrato de Concesión del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica, por

parte de la SOCIEDAD CONCESIONARIA durante la ejecución de la obra de Puesta A Punto del Sub Tramo 4: Pampa Clarita – Chíncha Alta.”

Que, la Sociedad Concesionaria, mediante escrito, de fecha 22 de febrero de 2008, formuló sus descargos, los mismos que fueron ampliados mediante escrito de fecha 11 de marzo de 2008;

Que, los principales argumentos de los descargos de COVIPERU son los siguientes:

- ✓ No existe disposición en la normativa aplicable ni regulación en el Contrato de Concesión que obligue a la concesionaria a utilizar una técnica particular de pintado en pavimento;
- ✓ COVIPERU efectuó la colocación de señalización horizontal de conformidad con lo dispuesto en el Contrato de Concesión y la normativa aplicable y cumplió con garantizar la seguridad de los usuarios;
- ✓ Sobre la contravención de los principios de legalidad y tipicidad y la vulneración del principio de predictibilidad;

Respecto de la existencia o no de disposiciones en la normativa aplicable o en en el Contrato de Concesión que obligue a la concesionaria a utilizar una técnica particular de pintado en pavimento

Que, respecto de este primer argumento, la Sociedad Concesionaria sostiene lo siguiente:

- ✓ En términos prácticos, lo que OSITRAN cuestiona es la técnica que COVIPERU ha utilizado para el pintado del Sub Tramo 4, no existiendo mayor asidero legal ni contractual para ello. No existe disposición en la normativa aplicable ni regulación en el Contrato de Concesión que obligue a la Sociedad Concesionaria a utilizar un tipo o técnica particular de pintura, como la termoplástica. COVIPERU tampoco ha presentado a OSITRAN o al MTC algún expediente técnico o propuesta por la cual se haya obligado a utilizar dicha pintura;
- ✓ No existe disposición en la normativa aplicable ni regulación en el Contrato de Concesión que fije la oportunidad para el pintado de marcas en el pavimento. Agrega que este es un aspecto fundamentalmente de carácter técnico que depende de las especificaciones del fabricante de la pintura utilizada;
- ✓ De la gama de posibilidades de pintura que ofrece el Manual y las Especificaciones Técnicas para la Construcción de Carreteras 2000 del MTC (en lo sucesivo, EG 2000), COVIPERU utiliza pintura acrílica a base de agua, cuyos costos, condiciones de aplicación y especificaciones técnicas difieren de aquellas que corresponden a otro tipo de pinturas, tales como las termoplásticas, tantas veces sugerida por el Regulador. Según las especificaciones del fabricante de la pintura que viene utilizando COVIPERU “[N]o se debe aplicar en temperaturas menores a los 50 F durante la aplicación o en las siguientes 24 horas después de aplicada”; esto conforme a la ficha técnica del fabricante de la PINTURA DE TRAFICO - ENNIS PAINT, que adjunta como medio de prueba;
- ✓ Sorprende que el Regulador haya acogido el criterio de fijar el plazo de veinticuatro (24) horas para la colocación marcas en el pavimento, ya que si el Manual, las EG 2000 y las Especificaciones Técnicas del Estudio de Ingeniería e Impacto Ambiental para la Ampliación, Construcción, y Conservación de la Autopista Cerro Azul - Ica, elaborado por Consorcio

Ayesa - Alpha Consult S.A (en lo sucesivo, ET Ayesa - Alpha Consult), reconocen distintas alternativas de pintura a ser utilizadas, es porque se reconoce que cualesquiera de ella cumplirá –de acuerdo a sus particulares condiciones y términos de aplicación de fabricante– con el objeto al cual se le destina;

- ✓ En el mercado existen una serie de técnicas recomendadas y admitidas para el pintado de marcas en el pavimento, siendo potestad de la Sociedad Concesionaria elegir aquella que sea de su interés, siempre que se de cumplimiento a los parámetros y exigencias técnicas contenidas en el Contrato de Concesión. En este sentido, cuando OSITRAN pretende fijar la oportunidad y técnica de pintado pese a que el Contrato de Concesión y la normativa aplicable otorgan un amplio margen para ello, se aparta de su función supervisora para irrogarse la dirección de la estructura de costos de la empresa;
- ✓ Ha quedado supuestamente demostrado que COVIPERU ha dado cumplimiento a las normas técnicas sobre señalización horizontal previstas en la legislación, al haber utilizado una de las alternativas aceptadas y reconocidas por el MTC para este tipo de trabajos en la infraestructura vial. En ese sentido, al permitirse en nuestra legislación la aplicación de la técnica de la pintura acrílica a base de agua, prevista en el Manual y las EG 2000, la cual requiere de por lo menos treinta (30) días del sellado de la capa asfáltica para su aplicación, no puede desconocerse ni cuestionarse la técnica utilizada por COVIPERU;
- ✓ De conformidad con la Cláusula 6.11 del Contrato de Concesión, durante la ejecución de las obras, la SOCIEDAD CONCESIONARIA debe seguir las indicaciones y considerar las recomendaciones de los Estudios Técnicos y las normas vigentes sobre la materia;
- ✓ Siendo aceptable la técnica de aplicación de la pintura acrílica utilizada por COVIPERU, lo que debe evaluarse es el hecho que, si dentro del plazo en el cual no se aplicó la pintura, COVIPERU cumplió con velar que en la carretera existieran, –ante la falta de señalización horizontal (pintura)– otra señalización, sea vertical u horizontal, a los efectos de advertir a los usuarios de la falta de pintura en la carretera;

Que, sobre lo argumentado por la Sociedad Concesionaria debemos manifestar que OSITRAN no cuestiona, en “*términos prácticos*”, tal como señala COVIPERU, la técnica que ésta ha utilizado para el pintado del Sub Tramo 4;

Que, el cuestionamiento y la razón del presente procedimiento administrativo sancionador, tal como se estableció en el Informe N° 537-07-GS-OSITRAN y en el Oficio N° 327-08-GS-OSITRAN, es el riesgo potencial al que se expuso a los usuarios, atentando contra la seguridad de los mismos; asimismo, se le cuestiona a la Sociedad Concesionaria, el no haber seguido las indicaciones y recomendaciones dadas por el Supervisor de la Obra, incumpliendo con ello lo dispuesto en las Cláusulas 6.11 y 6.14 del Contrato de Concesión, tipificándose de esta manera la vulneración del artículo 14° del RIS;

Que, en tal sentido, si bien resulta cierto lo dicho por COVIPERU respecto de que no existe disposición en nuestro ordenamiento jurídico ni en el Contrato de Concesión que la obligue a utilizar un tipo o técnica particular de pintura, como la termoplástica, ni tampoco existe algún expediente técnico o propuesta de ésta empresa, por la cual se haya obligado a utilizar dicha pintura, debe considerarse que la libertad de elección de la Sociedad Concesionaria respecto de la técnica o la pintura a utilizar en el pintado de las señalizaciones horizontales (marcas permanentes en el

pavimento) debe concordarse con la obligación de ésta de salvaguardar y garantizar la seguridad de los usuarios de la Red Vial N° 6 durante todo el periodo de ejecución de la Obra, y, en especial, durante las faenas de trabajo en la vía pública, proveyendo, colocando y manteniendo para ello, los letreros y señales de peligro, diurno y nocturno, esto conforme con la Cláusula 6.14 del Contrato de Concesión;

Que, COVIPERU después de culminadas los trabajos de colocación de mezcla asfáltica, o recapeo, en la calzada del Sub tramo 4, puso en operación el mismo sin que cuente con las señales horizontales correspondientes, y, tampoco se contaba con algún dispositivo o señal que pueda advertir a los usuarios de la carretera de la ausencia de las señales horizontales, lo que queda demostrado con las fotografías adjuntas con el Informe de Hallazgos del Supervisor remitido mediante Carta N° 184-04/CP/PUC-ICA/JS, donde se verifica claramente que los trabajos de calzada y berma estaban completos pero no se contaba con la mencionada señalización horizontal. Sobre esta situación la Sociedad Concesionaria tenía pleno conocimiento, tal como se demuestra con las anotaciones hechas por el Supervisor en los Asientos N°s 07, 08, 11°, 18° del Cuaderno de Obra, y donde se le manifiesta que se está poniendo en grave peligro a los usuarios, atentando contra la seguridad de los mismos, indicándole que la señalización horizontal debe ser colocada a las 24 horas de ejecutado el recapeo;

Que, asimismo, se tiene que tener en consideración que, conforme con el Expediente Técnico para la Puesta a Punto del Sub tramo N° 4, presentado por la misma Sociedad Concesionaria, la Intensidad Media Diaria (IMD) del tránsito en el 2006 fue de 3700 vehículos diarios, de los cuales el 64% fueron vehículos pesados. Esto significa que, el volumen de vehículos que circulan por este Sub tramo es alto, con predominancia de vehículos pesados, aunándose a ello la presencia de neblina en la zona, con lo cual, tal como señala el informe de Hallazgo de la Supervisora, se eleva “(...) *significativamente la ocurrencia de accidentes en este subtramo (...)*”, siendo este riesgo aún mayor durante el tránsito nocturno, por lo que la Sociedad Concesionaria se encuentra obligada a tomar medidas que prevengan la ocurrencia de los mismos, siendo la señalización horizontal una medida necesaria para salvaguardar la seguridad de los usuarios, lo que quiere decir que, *contrario sensu*, la falta de señalización horizontal aumenta la posibilidad de la ocurrencia de accidentes de tránsito, poniendo en peligro la integridad física y la seguridad de los usuarios;

Que, en ese orden de ideas, lo argumentado por COVIPERU respecto de su decisión de utilizar la pintura acrílica a base de agua por que no existe disposición contractual ni legal que la obligue utilizar la termoplástica, carece de asidero legal y contractual, porque si la decisión de la Concesionaria de usar determinada técnica en la señalización horizontal, como en este caso la pintura acrílica a base de agua y no haber hecho uso de otro tipo de señalización que sustituya la horizontal o que advierta de la falta de esta a los usuarios, atenta contra la seguridad de los mismos, en consecuencia se está vulnerando lo establecido en la Cláusula 6.14 del Contrato de Concesión. En efecto, si conforme señala COVIPERU en sus descargos, la pintura que usaron recién se colocó treinta (30) días después del recapeo, porque así lo indicaban las especificaciones del fabricante, quiere decir que durante dicho periodo de tiempo (treinta días) no existieron señales horizontales en el Sub Tramo 4, ni tampoco otro tipo de señales que ayuden a disminuir el riesgo de accidentes, a pesar del conocimiento de la Concesionaria que dicho riesgo en la zona, como ya se señaló en los considerandos que anteceden, es bastante alto; con lo cual se demuestra, tal como ya hemos señalado, que la técnica o el tipo de pintura usado por la Sociedad Concesionaria sin haber sido complementado con otro tipo de señales o dispositivos que sustituyan las horizontales durante el tiempo que la carretera operó sin las mismas, atenta contra la seguridad de los usuarios en la vía, violándose de esta manera el Contrato de Concesión;

Que, en esta línea de argumentación, tampoco resulta correcto lo sostenido por COVIPERU respecto de que no existe obligación legal ni contractual que fije la oportunidad para el pintado de marcas en el pavimento, y que, por ser un aspecto fundamentalmente de carácter técnico sólo depende de las especificaciones del fabricante de la pintura utilizada. Sobre el particular, si bien no hay una disposición contractual o legal expresa, debe considerarse que la oportunidad de ejecutar dichas señalizaciones es aquella que disminuya el riesgo de accidentes, garantizando la seguridad del tránsito para los usuarios, no pudiéndose permitir que la vía opere sin señalización durante treinta (30) días, tal como sucedió en el presente caso. En tal sentido, si resultaba inevitable que la carretera entre en operación después del recapeo, la Sociedad Concesionaria debió utilizar aquellas pinturas que le permitan efectuar las marcas en el pavimento dentro de las veinticuatro (24) horas de terminada la colocación de la carpeta asfáltica en caliente, o en su defecto, debió utilizar otro tipo de señales que las normas técnicas le permitan a efectos de salvaguardar la seguridad de los usuarios;

Que, por otro lado, si bien es cierto que el Manual, las EG 2000 y las ET Ayesa – Alpha reconocen distintas alternativas de pintura a ser utilizadas, se debe considerar que estas opciones, tal como se ha manifestado, deben estar en concordancia con las obligaciones que tiene COVIPERU, lo cual no sucedió en el presente caso, porque, como se ha determinado, la opción que se eligió para ejecutar las señales horizontales, sin emplear señalización alternativa y provisional a la horizontal, vulneró el Contrato de Concesión (seguridad de los usuarios), por lo cual se le exigió a través del Supervisor, criterio también asumido por OSITRAN, que debería colocar las marcas dentro de las veinticuatro (24) horas, pudiendo utilizar para ello otras opciones, como las pinturas termoplásticas;

Que, asimismo en las especificaciones técnicas del fabricante de la pintura acrílica a base de agua que presenta la Empresa Concesionaria como medio de prueba, se señala que la mencionada pintura no “(...) se debe aplicar en temperaturas menores a los 50 F durante la aplicación o en las siguientes 24 horas”; sobre el particular, de la lectura del párrafo citado, las veinticuatro (24) horas que se mencionan son respecto a la existencia de temperaturas menores de 50 F, no siendo cierto, como quiere hacer ver la Empresa Concesionaria que las veinticuatro (24) horas a las que se hace mención son respecto de la culminación del recapeo, no existiendo ninguna referencia al respecto;

Que, no obstante lo dicho, en el supuesto negado que las veinticuatro (24) horas sean respecto de la culminación del recapeo, tampoco existe precisión alguna dentro de las mencionadas especificaciones, que señale o establezca que dicha pintura debe ser aplicada a los treinta (30) días de culminada la colocación de la carpeta asfáltica en caliente, tal como ha sostenido COVIPERU a lo largo del presente procedimiento; a mayor abundamiento, en las condiciones de uso de estas especificaciones técnicas se considera la posibilidad de aplicar la pintura usada sobre el pavimento asfáltico recién colocado¹, con lo cual no resulta cierto lo argumentado en los descargos, respecto de que las especificaciones técnicas de la pintura que se utilizó, lo que demuestra que con la pintura acrílica en base de agua se pudo haber señalizado el Sub Tramo N° 4 apenas culminado el recapeo, situación que no se ha verificado en el caso actual, poniendo en operación dicho sub tramo de la carretera sin la correspondiente señalización;

Que, en la misma línea de argumentación, si bien resulta cierto que en el mercado existen una serie de técnicas recomendadas y admitidas para el pintado de marcas en el pavimento, siendo potestad de la Sociedad Concesionaria elegir aquella que sea de su interés, siempre que se de cumplimiento a los parámetros y exigencias técnicas contenidas en el Contrato de Concesión, no es menos cierto, en la elección que realice también debe tener en cuenta el cumplimiento de las disposiciones

¹ **EP SERIES – PINTURA ACRÍLICA BASE AGUA – PINTURA DE TRÁFICO**

“CONDICIONES DE APLICACIÓN: (...) Si se aplica sobre pavimento asfáltico recién colocado, la primera capa de pintura deberá ser de no mas de 7 mils de espesor. (...)”

relativas a las condiciones del tránsito, tal como la seguridad de los usuarios o el seguir las indicaciones del supervisor sobre dicho tema, situación que no se ha cumplido en el caso bajo análisis;

Que, asimismo, se debe dejar establecido que OSITRAN no pretende fijar la oportunidad y técnica de pintado, lo único que se exige es que la elección que realice la Sociedad Concesionaria no vulnere el Contrato de Concesión respecto de la seguridad de los usuarios y el cumplimiento de las indicaciones del Supervisor de Obras, por lo que, el exigir la señalización dentro de las veinticuatro (24) horas del recapeo, está justificada en la medida que es obligación de OSITRAN proteger el interés general, lo cual se manifiesta en la facultad de supervisión del Contrato de Concesión y en la posibilidad de sanción si se incumple el mismo, como ha sucedido en el presente caso, al vulnerarse las condiciones de tránsito que exige el contrato;

Que, en tal sentido, si bien se puede decir, tal como se sostiene en los descargos, que COVIPERU ha utilizado un tipo de pintura aceptada y reconocida por el MTC para este tipo de trabajos en la infraestructura vial, también ha quedado demostrado que con la opción elegida se ha vulnerado el Contrato de Concesión, poniendo en riesgo los usuarios, atentando contra su seguridad, y omitiendo implementar las indicaciones del Supervisor de Obras;

Que, de acuerdo con la Cláusula 6.11 del Contrato de Concesión, durante la ejecución de las obras, COVIPERU debe seguir las indicaciones y considerar las recomendaciones de los Estudios Técnicos y las normas vigentes sobre la materia, sin embargo, esta cláusula también establece que la Sociedad Concesionaria debe cumplir las indicaciones que el Supervisor de Obras determine en materia de gestión de tráfico, situación que se ha incumplido en el caso bajo análisis;

Que, en efecto, tal como consta en los Asientos N°s 07, 08, 11 y 18 del Cuaderno de Obra, así como en la Carta N° 113-2007/CPS/PUC-ICA/JS, de fecha 21 de septiembre de 2007, la Carta N° 124-2007/CPS/PUC-ICA/JS, del 28 de septiembre de 2007 y la Carta N° 137-2007/CPS/PUC-ICA/JS, de fecha 15 de octubre de 2007; el Supervisor de Obra requirió en múltiples oportunidades que se cumpla con efectuar las respectivas señalizaciones horizontales dentro de las veinticuatro (24) horas de haberse efectuado el recapeado, puesto que la ausencia de señales aumenta el riesgo de accidentes en la zona, considerando el volumen de vehículos y la existencia de neblina, poniendo en riesgo la seguridad de los usuarios. En resumen, el Supervisor le hizo indicaciones respecto de la señalización horizontal, las mismas que la Sociedad Concesionaria no ejecutó, bajo el argumento que el ordenamiento legal le permite usar un tipo de pintura que, según sostiene sin fundamento alguno, se aplica a los treinta (30) días del recapeado, y poniendo en operación la vía sin las respectivas señales que el Supervisor de Obras había determinado, a efectos de salvaguardar la seguridad de las personas que usan dicha vía, con lo cual no sólo se ha vulnerado la Cláusula 6.14 del Contrato de Concesión, sino también la 6.11 del mismo;

Que, por otro lado, las recomendaciones del Supervisor contratado por OSITRAN no son simples recomendaciones que no tienen el carácter de obligatorias, puesto que como se ha establecido, las recomendaciones o indicaciones que realice el Supervisor de Obras en materia de gestión de tráfico, como son las indicaciones respecto de la señalización horizontal, son de obligatorio cumplimiento, esto en concordancia con lo dispuesto con la Cláusula 6.11 ya mencionada, con lo cual, el no ejecutar las recomendaciones o indicaciones del Supervisor configura un incumplimiento de dicha cláusula, lo cual ha sucedido en el presente analizado;

Respecto del cumplimiento de la Sociedad Concesionaria con garantizar la seguridad de los usuarios.-

Que, con relación a este punto COVIPERU sostiene lo siguiente:

- ✓ Teniendo en cuenta que la señalización en el pavimento no podía colocarse de manera inmediata a la colocación de la carpeta asfáltica, durante la ejecución de las obras en el Sub Tramo 4, implementó mecanismos alternativos para garantizar la seguridad de los usuarios mediante la colocación de señalización que advertía de la existencia de tramos sin señalizar, y la colocación de postes retroreflectivos. a fin de dar cumplimiento a sus obligaciones relativas a la seguridad;
- ✓ La colocación de carteles con la leyenda "PRECAUCION - TRAMOS SIN SEÑALIZAR" respondió a lo recomendado por OSITRAN en el Acta 021-06 del 01 de marzo de 2006 (materia de un procedimiento anterior, Exp. Sancionador No. 02-2006-GS-OSITRAN), en la cual se sugirió la elaboración de dichos carteles por considerarlos como idóneos para advertir al usuario sobre la falta de señalización horizontal;
- ✓ Durante la ejecución de obras en el Sub Tramo 4, la Sociedad Concesionaria, siguiendo anteriores recomendaciones de OSITRAN como la del Acta N° 021-06 del 1° de marzo de 2006 (y pese a no estar obligada por la normativa técnica o legal), colocó los carteles con la leyenda "PRECAUCION - TRAMOS SIN SEÑALIZAR", en su afán de velar por la mayor seguridad de los usuarios;
- ✓ En base a lo expuesto COVIPERU señala que utilizó una técnica de pintura aceptada técnica y legalmente por nuestra legislación, y que cumplió con colocar durante la ejecución de las obras, la señalización necesaria para advertir a los usuarios de los trabajos en ejecución;
- ✓ Evidencia sus argumentos con fotografías que adjunta como medios probatorios;
- ✓ En su escrito ampliatorio señala que en ciertos tramos de la carretera (donde técnicamente era viable hacerlo) se colocó la señalización horizontal; y, en las partes donde, según precisa, no era factible técnicamente colocar señalización horizontal, se dispuso la colocación de postes reflectivos y señales de leyenda, siguiendo las recomendaciones del Regulador, sustentando lo dicho con seis (6) fotografías que adjunta como medios de prueba;

Que, sobre el particular, las fotos que alcanza la Sociedad Concesionaria tanto en su escrito de descargos como en el ampliatorio, son del 30 de noviembre de 2007, con lo cual no se ha desvirtuado las pruebas que demuestran que entre el 24 de septiembre de 2007 y el 24 de octubre de 2007 se puso en operación el Sub Tramo 4 después de colocada la carpeta asfáltica y sin haber efectuado las señalizaciones horizontales, poniendo en peligro a los usuarios de la carretera, al aumentar el riesgo de accidentes;

Que, como se ha mencionado mediante los Asientos N°s 07, 08, 11 y 18 del Cuaderno de Obra, así como en diversos documentos, el Supervisor de Obra requirió en múltiples oportunidades que se cumpla con efectuar las respectivas señalizaciones horizontales, encontrando una respuesta negativa del Concesionario, tal como queda demostrado con los en el Asientos N°s 10 y 25 de Cuaderno de Obras, y con la cartas C.711.07, de fecha 30 de octubre de 2007, C.752.02, del 14 de

noviembre de 2007; asimismo, mediante las fotografías anexadas en el Informe de Hallazgos del Supervisor de Obras, se demuestra que en la zona en que se efectuaron los trabajos de puesta a punto no existían señales (Progresiva 165+00, Progresivas 169+000, 170+000, 171+000 y 176+000) o las mismas estaban incompletas o discontinuas (Progresivas 178+000 y 181+000);

Que, de lo expuesto se desprende que COVIPERU no cumplió de manera oportuna con los requerimientos del Supervisor de Obras, referidos a la señalización del Sub tramo N° 4 dentro de las veinticuatro (24) horas de haberse efectuado la colocación de la carpeta asfáltica, incumpliendo con ello con las Cláusulas 6.11 y 6.14 del Contrato de Concesión;

Sobre la supuesta contravención de los principios de legalidad y tipicidad y la vulneración del principio de predictibilidad.-

Que, en los descargos con relación a este punto se alega lo siguiente:

- ✓ El presupuesto de la infracción y sanción que serían aplicables a COVIPERU (la obligación de pintado de marcas en el pavimento en el plazo recomendado por el Supervisor de Obra) no se encuentra regulado. Como consecuencia de ello, mal podría sostenerse que, su incumplimiento haya sido sancionado mediante norma con rango de ley o que la supuesta infracción atribuida a COVIPERU se encuentre regulada en la ley;
- ✓ El incumplimiento que se le pretende atribuir, afecta la predictibilidad que debe regir las decisiones del Regulador, puesto que COVIPERU ha utilizado la pintura acrílica antes mencionada en varios sub tramos, lo cual no ha sido objetado anteriormente por la supervisión;
- ✓ Como sustento del argumento anterior se ofrecen el Acta de Recepción de Obras de Puesta a Punto del Sub Tramo 1 Puente Pucusana al Ingreso Cerro Azul y del Empalme San Andrés – Guadalupe, así como el Acta de Levantamiento de este último, que demuestran que OSITRAN recibió los sub tramos sin levantar observaciones sobre la técnica de pintado que utilizó la Sociedad Concesionaria;
- ✓ Otro hecho que demuestra la vulneración del principio de predictibilidad, según COVIPERU es que en anteriores oportunidades, el Regulador supuestamente ha reconocido la posibilidad de que existieran “tramos sin señalizar”, es decir, que no pudieran ser señalizados a las veinticuatro (24) horas luego de efectuado el trabajo de recapeo. Apoya lo dicho en Acta N° 021-06, donde se evidencia que OSITRAN sugirió la colocación de carteles con la leyenda “PRECAUCIÓN –TRAMOS SIN SEÑALIZAR”, en el entendido que la señalización debe ser efectuada de manera progresiva conforme a lo que es técnicamente viable;

Que, el principio de tipicidad se encuentra regulado por el artículo 230° inciso 4 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) de la siguiente manera: *“Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.”*

Que, de la norma citada se desprende que la regla general es que las infracciones únicamente pueden establecerse por normas con rango de ley, sin embargo, el mismo principio de tipicidad permite que las sanciones puedan ser tipificadas reglamentariamente, siempre y cuando, la ley autorice expresamente dicha permisión;

Que, en este orden de ideas, la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, en su artículo 3°, numeral 3.1 inciso c) regula la función normativa de los Organismos Reguladores, entre los que se encuentra OSITRAN. En este inciso se establece expresamente que la función normativa, comprende la facultad de tipificar infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas en las normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los Contratos de Concesión;

Que, en virtud de la reserva legal de la Ley N° 27332, OSITRAN, en ejercicio de su función normativa, mediante Resolución N° 023-2003-CD-/OSITRAN, promulgó el Reglamento de Infracciones y Sanciones (RIS), que en su artículo 14° prescribe lo siguiente: *"La Empresa Concesionaria que durante la operación incumpla con las obligaciones directas o de tutela en materia de seguridad establecidas en el Contrato de Concesión poniendo en grave riesgo la seguridad o integridad de las personas o infraestructura, o cuando el referido incumplimiento se produzca durante la ejecución de obras, incurrirá en infracción muy grave. En el supuesto que el incumplimiento genere consecuencias negativas distintas a las señaladas en el párrafo anterior o se produzca fuera del contexto de ejecución de obras, incurrirá en infracción grave."*;

Que, como puede apreciarse, OSITRAN ha tipificado expresamente que cuando las Empresas Concesionarias vulneran reglas de seguridad, pueden cometer falta muy grave o grave, según sea el caso. Esta tipificación, hecha mediante reglamento, está plenamente conforme al ordenamiento jurídico vigente, puesto que el principio de tipicidad permite conductas sancionables vía reglamento, siempre y cuando, exista autorización expresa de la Ley, tal y como sucede en el presente caso, que la Ley N° 27332 faculta a OSITRAN tipificar vía reglamento;

Que, en el presente caso, la Cláusula 6.11 del Contrato de Concesión obliga a la Sociedad Concesionaria a cumplir las indicaciones que el Supervisor de Obras determine en materia de gestión de tráfico; adicionalmente, la Cláusula 6.14 establece la obligación de COVIPERU de garantizar la seguridad del tránsito para los usuarios;

Que, el incumplimiento de la Cláusula 6.11 y 6.14 del Contrato de Concesión se encuentra debidamente tipificada en el artículo 14° de RIS que regula el incumplimiento de obligaciones relativas a la seguridad;

Que, conforme al principio de legalidad regulado en el artículo 230° inciso 1 de LPAG, únicamente por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado;

Que, al respecto, OSITRAN se encuentra debidamente autorizado por el artículo 3° numeral 3.1 de la Ley N° 27332 como por el numeral 6.3 de la Ley N° 26917, Ley de Creación de OSITRAN, para ejercer la potestad sancionadora, en tal sentido, la aplicación de sanciones relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones contenidas en los Contratos de Concesión, tal como la establecida en el artículo 14° del RIS, se encuentra acorde con el principio de legalidad del procedimiento sancionador;

Que, en el presente procedimiento tampoco se ha vulnerado el principio de predictibilidad, puesto que si bien es cierto, en las actas de recepción no se cuestionó el uso de la pintura usada por COVIPERU, fue en razón de que las obras estaban terminadas, debidamente señalizadas, lo cual no ha sucedido en caso cuestionado, que antes de la culminación de las mismas, se ha incumplido con señalar conforme con las indicaciones del supervisor y con la obligación de garantizar la seguridad de los usuarios;

Que, con relación a la utilización de carteles con la leyenda “PRECAUCIÓN –TRAMOS SIN SEÑALIZAR”, cabe señalar que de acuerdo al informe del Supervisor de Obras y las fotografías que adjunta, durante el periodo comprendido entre el 24 de septiembre de 2007 y el 24 de octubre de 2007 COVIPERU, luego de colocada la capa asfáltica, puso en operación el Sub Tramo 4 sin haber efectuado las señalizaciones horizontales, sin que existieran señales que hayan garantizado la seguridad de los usuarios, haciendo caso omiso a las indicaciones del supervisor. Asimismo, las fotografías presentadas por el Concesionario revelan la utilización de señalización alternativa y provisional a partir del 30 de noviembre de 2007, fecha posterior al periodo de la infracción;

Sobre la determinación de la sanción

Que, de acuerdo a lo notificado al concesionario a través del Oficio N° 327-08-GS-OSITRAN, y en consideración a que no se ha evidenciado que se haya causado grave daño a los usuarios de la vía, el incumplimiento materia del presente procedimiento califica como Grave, de acuerdo al artículo 14° - Incumplir obligaciones relativas a la seguridad - del RIS, y en aplicación del artículo 61° del mismo reglamento correspondería como sanción una multa hasta de 60 UIT;

Que, para la determinación de la sanción se debe considerar entre otros, el principio de racionalidad para graduar la sanción, teniendo en cuenta la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición de la comisión de infracción;

Que, asimismo, se debe tomar en cuenta que se debe prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que incumplir las normas infringidas o asumir la sanción, sino su aspecto represivo carecería de sentido;

Que, sobre el particular, conforme al informe de vistos, se señala que se ha revisado el registro de accidentes del periodo de ejecución de obras en el Sub tramo 4 (del 20 septiembre de 2007 al 23 de octubre de 2007) elaborado por COVIPERU, mediante el cual se puede observar que no han ocurrido accidentes fatales en el tramo de las obras o que se hayan producido por la falta de señalización en el tramo en rehabilitación, lo cual constituye un atenuante;

Que, también, se debe considerar que esta es la tercera vez en que el Concesionario comete una infracción similar, vulnerando las Cláusulas 6.11 y 6.14, tal como consta de la Resolución de Consejo Directivo N° 059-2006-CD-OSITRAN que impuso una sanción por infracción a la cláusula contractual 6.14 y de la Resolución N° 005-2008-GG-OSITRAN que impuso una sanción por incumplir las cláusulas 6.11 y 6.14;

Que, conforme lo analizado a lo largo de la presente resolución, COVIPERU incumplió con lo establecido en las cláusulas 6.11 y 6.14 del Contrato de Concesión, al constatare que el Sub Tramo 4: Pampa Clarita – Intercambio Chíncha Alta, no contaba con la señalización horizontal, haciendo

caso omiso a las indicaciones y recomendaciones del Supervisor de Obras y no cumpliendo con garantizar la seguridad de los usuarios;

Que, en consecuencia, teniendo en consideración los agravantes, atenuantes y precedentes expuestos, así como el objeto y finalidad de la sanción administrativa que es el de adecuar las conductas al cumplimiento de las normas emitidas para disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados, y tomando en cuenta que la infracción se refiere a un tema de seguridad, se considera que la sanción a imponerse, dentro del rango establecido para esta infracción, debe ser una multa aplicable ascendente a treinta (30) UIT's;

Que, finalmente, es importante resaltar que independientemente de la sanción a imponerse, la empresa concesionaria COVIPERU, mantiene su obligación de garantizar la seguridad del tránsito para los usuarios, debiendo proveer, colocar y mantener letreros y señales de peligro, diurno y nocturno, durante todo el período de ejecución de la obra, y en especial, durante las faenas de trabajo en la vía pública;

Que, de conformidad con el Numeral 15 de las Funciones Generales de la Gerencia General, del Manual de Organización y Funciones de OSITRAN, aprobado mediante Resolución N° 008-2006-CD-OSITRAN, corresponde a esta Gerencia resolver en primera instancia el procedimiento administrativo sancionador;

Por lo expuesto, se **RESUELVE**:

PRIMERO: Declarar que la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A., COVIPERU, incumplió lo establecido en las cláusulas 6.11 y 6.14 del Contrato de Concesión al constatar que el tramo ya recapeado, Sub Tramo 4: Pampa Clarita – Intercambio Chíncha Alta, no contaba con la señalización correspondiente de acuerdo con las indicaciones del Supervisor de Obras, poniendo en riesgo la seguridad de los usuarios de la vía; incurriendo en infracción GRAVE;

SEGUNDO: Imponer como sanción una multa de treinta (30) UIT a la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A., por haber incumplido con las obligaciones establecidas en las cláusulas 6.11 y 6.14 del Contrato de Concesión, la misma que deberá ser pagada dentro del plazo establecido en el Artículo 75° del RIS;

TERCERO: Notificar la presente Resolución y el Informe N° 161-08-GS-OSITRAN a la empresa Concesionaria Vial del Perú S.A.;

CUARTO: Poner la presente resolución en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones y de la Gerencia de Supervisión de OSITRAN;

Regístrese, Comuníquese y Archívese

ING. JULIO ESCUDERO MEZA
Gerente General